

00781

25
25.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION ESTUDIOS DE POSGRADO

**LA JUSTICIA DE MENORES Y SUS INSTITUCIONES
JURIDICAS**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN
DERECHO PRESENTA:**

LIC. HECTOR ARTURO HERMOSO LARRAGOITI

TUTOR: DR. ALVARO BUNSTER

MEXICO, D.F. MARZO DE 1998

**TESIS CON
FALTA DE ORIGEN**

269693



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Título de la tesis:

LA JUSTICIA DE MENORES Y SUS INSTITUCIONES JURIDICAS

Grado y nombre del tutor o director de tesis:

DOCTOR ALVARO BUNSTER BRICEÑO

Institución de adscripción del tutor o director de tesis:

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA U.N.A.M.

Resumen de la tesis: (Favor de escribir el resumen de su tesis a máquina, como máximo en 25 renglones a un espacio, sin salir de la extensión de este cuadro.)

Con el objeto de establecer bases claras que permitan ubicar la naturaleza jurídica de la respuesta del Estado frente al problema de la delincuencia juvenil, y de ahí analizar si las instituciones jurídicas con las que en la actualidad se enfrenta el fenómeno responden a nuestro marco constitucional y a los compromisos que, sobre la materia, adquirió nuestro País con la adopción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1990, en el presente trabajo se realiza un análisis histórico sobre las ideas que han permeado al fenómeno en las doctrinas penales aparecidas a partir del Estado moderno. De ello se distinguen instituciones que permiten entender las actuales estructuras y establecer que, históricamente, la justicia de menores corresponde a la competencia del Derecho Penal y no a la de Asistencia Social del Estado.

Con el estudio histórico comparativo de la Legislación con la que México ha enfrentado el problema, es posible desmitificar conceptos que han legitimado un sistema de administración de justicia irrespetuoso de nuestro marco constitucional.

Con estas bases se han analizado las instituciones y temas de mayor conflicto doctrinario en la justicia de menores, lo que permite arribar a un grupo de conclusiones que ofrecen la posibilidad de rediseñar las estructuras de este sistema de justicia.

Por último, se realizó un análisis comparativo entre nuestros principios constitucionales, los de la Doctrina de Protección Integral de Naciones Unidas y las instituciones procesales de la Ley Para el Tratamiento de Menores Infractores para determinar, a nivel doctrinario, la ausencia de sustento constitucional en este cuerpo normativo y de este modo denunciar la necesidad de una reforma legal que adecue este sistema a los principios de un Estado de Derecho.

Dentro de las propuestas más significativas, destacan la dotación plena de la garantía de defensa al menor; que los consejos y tribunales para menores dependan del Poder Judicial y que se reconozca que esta materia se encuentra inscrita dentro del ámbito punitivo del Estado.

LOS DATOS ASENTADOS EN ESTE DOCUMENTO CONCUERDAN FIELMENTE CON LOS REALES Y QUEDO ENTERADO QUE, EN CASO DE CUALQUIER DISCREPANCIA, QUEDARÁ SUSPENDIDO EL TRÁMITE DEL EXAMEN

Fecha de solicitud: _____

Firma del alumno

Acompaño los siguientes documentos:

- Nombramiento del Jurado del examen de grado
- Aprobación del trabajo escrito por cada miembro del jurado
- Copia de la última revisión de estudios
- Comprobante de pago de derechos por registro del grado

Biblioteca del Plantel

Biblioteca Central

Entrega ejemplares de tesis

In order to establish clear bases that allow to locate the juridical nature of the answer from the State facing the problem of juvenile delinquency, and coming from that point, analyze if the juridic institutions that are currently facing up to such phenomenon are responding to our constitutional frame and to the compromises that, on the subject, acquired our country with the adoption fo the International Convention on the rights of Children in 1990 (Convención Internacional de los Derechos del Niño), This work contains a historical analysis on the ideas that have influenced the phenomenon in the criminal doctrine which appeared when the modern State was born. Derivated from it, we can distinguish institutions that allow us to understand the current structures and therefore, we can formulate that, historically, justice for minors corresponds to the competency of Criminal Law and not to the Social Assistance of the State (Asistencia Social del Estado).

Having a comparative historical study on the Legislation ,which has helped to confront the problem, is possible to demistify concepts that have been legitimated in a disrespectful administration of justice in our constitutional frame.

Institutions and topics that involve more doctrinal conflict regarding justice of minors. have been analyzed with these bases. This permits to reach a group of conclusions that offers the possibility of replanning the structures of this system of justice.

Finally, A comparative analysis was formulated. This analysis comprised our constitutional principles, the Doctrine of Integral Protection of the United Nations and procedural institutions of the Law for the Treatment for juvenile delinquents so as to determine, in a doctrinal level, the absence of constitutional support in this normative body and therefore denouncing the necessity of a legal ammendment that is according to this system of principles of a State of Law.

Among the most remarkable proposals, we can highlight the importance of the absolute giving of the guaranty of the minor's defense; that the juvenile courts depend on the judicial Power and that it is recognized that this subject is located within the punitive sphere of the State.



Introducción

UNAM Facultad de Derecho



INTRODUCCION

A lo largo de los últimos 80 años se ha sostenido que la problemática de la delincuencia juvenil es un asunto que interesa al Estado en su función protectora de la sociedad y de asistencia a los necesitados. Al hacer un estudio de las teorías que se encargan de este asunto y de la evolución histórica de las leyes e instituciones que se han ocupado del problema, nos percatamos de que actualmente no existen elementos para seguir sustentando esa posición.

El estudio de las doctrinas e instituciones de la justicia de menores demuestran que, pese a su discurso explícito de amor y filantropía estatal, las leyes siempre han escondido una carga de innegable naturaleza penal.

Negar la naturaleza del conflicto y cubrirla con una orientación inadecuada, simulándola con eufemismos, ha promovido la actuación del Estado en forma absolutamente arbitraria, sin más límite que la honorabilidad y dignidad que puedan asegurar los valores morales, religiosos o sociales de los funcionarios encargados de esta misión. En muchas ocasiones esta situación ha acarreado injusticias, ha promovido la inseguridad jurídica y ha roto por completo con una tradición de respeto a los derechos humanos y a las garantías individuales, consagradas en nuestro marco jurídico y constitucional.

Es necesario, a finales de este siglo XX, replantearse si la concepción jurídica de la delincuencia juvenil responde a la realidad, si las instituciones del Estado cumplen con oportunidad su misión, si adoptar una visión de asistencia social o una visión penalista del asunto permite aportar elementos que mejoren las instituciones dentro de un marco de legalidad y respeto por el ser humano, pero sobre todo, de respeto y la conservación de los valores sociales y culturales de una comunidad.

Es necesario recorrer el camino de la historia y de las ideas para extraer la verdadera naturaleza del conflicto y estar así en posición de analizar las actuales leyes e instituciones y resolver en que grado responden a nuestra realidad social.

La delincuencia juvenil, a finales del presente milenio, es un problema que parece crecer en progresión geométrica. Es cada vez mayor el número de jóvenes que envueltos en acciones delictivas, que hacen estremecer a nuestra organización social.

La delincuencia, capitaneada actualmente por niños y adolescentes, se está apoderando de nuestras capitales, haciéndolas en extremo inseguras. Se vaticina a la descomposición social y con ello aumentan las voces que claman por el endurecimiento de las estructuras del Estado para enfrentar el conflicto.

Lamentablemente nuestra sociedad carece en la actualidad de instituciones adecuadas y suficientes para controlar la delincuencia juvenil, y no son pocas las opiniones que se inclinan por fortalecer los aparatos represivos del Estado, disminuir la edad penal, aumentar las penas, incorporar la pena de muerte, etc.

Es ampliamente conocido que la delincuencia tiene un gran número de factores que la originan y promueven, como la pobreza, la falta de educación y de oportunidades laborales, la sobrepoblación, etc. Si bien es necesario atacar al problema desde sus orígenes, también es importante reaccionar en el caso actual, en el contexto real y cotidiano, en que la delincuencia actúa. Concomitantemente, deben tomarse acciones para prevenir futuros daños.

Cuando se comete un delito el derecho se viola, la sociedad se irrita, la víctima o el ofendido exigen satisfacción para que les sean resarcidos sus daños. En una palabra, se exige justicia. Esta situación no cambia cuando quien comete el delito es un menor de edad, el derecho continúa violado, la sociedad no deja de irritarse, el ofendido no deja de sentir dolor e impotencia ante el mal causado. Sin embargo, el Estado actúa de modo diferente, ya que existe la idea de que el menor es un sujeto inimputable, es decir, carente de capacidad intelectual para prever los resultados de sus actos.

La vida cotidiana nos muestra que el anterior argumento y muchos otros que se utilizan para justificar un tratamiento especial, diferente para los menores que cometen delitos, convencen menos a la sociedad y al ofendido por el delito. Por el contrario, las instituciones con las que cuenta el Estado han sido criticadas y atacadas, ya que se advierte que en lugar de cumplir con su objetivo regenerador y ejercer una influencia positiva en el menor, promueven la impunidad y refuerzan sus actitudes antisociales que, con el paso del tiempo, van causando daños mayores en cantidad y en calidad a la integridad social.

México es un país de jóvenes. De acuerdo con las estadísticas del último censo de población de noviembre de 1995, el número de jóvenes menores de 18 años es de 42,403,782 de un total de 91,158,290 personas como población total, es decir, un cuarenta y seis por ciento de la población son menores de 18 años.

Si bien esta cita pueda parecer prometedora ya que garantiza una fuerza creativa para nuestro futuro como país, también es aterrador el darnos cuenta que como sociedad no estamos identificando la problemática a tiempo, con el objeto de diseñar instituciones que garanticen una sociedad estable, que promueva el desarrollo individual en forma libre y armoniosa, y no una sociedad a la que la delincuencia ha rebasado en forma incontrolable.

Por lo que hace al menor delincuente como persona, también es importante que el Estado, por medio de sus instituciones, detecte a tiempo y con certeza la problemática biopsicosocial que le aqueja con la intensión de, con respecto a sus derechos como persona y como futuro ciudadano, brindar los apoyos necesarios para ayudarlo a descubrir sus potencialidades y los fines de su existencia para ser desarrollados en armonía con los ritmos y normas sociales.

Si bien en 1991, se dio en México un paso muy grande al modificar la concepción del menor y de las instituciones encargadas de la justicia de menores, al adoptar la Convención Internacional de los Derechos del Niño, inspirada principalmente en la Doctrina de Protección Integral de Naciones Unidas, y al abandonar los criterios tutelares que por más de 70 años imperaron en la materia, el abandono de tales criterios no pudo ser total, como lo demuestra la inclusión de instituciones tutelares en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores de 1991, incompatibles con la doctrina de protección integral y con el marco jurídico constitucional.

Estas instituciones, abiertamente contradictorias con nuestro marco constitucional, fueron toleradas en el pasado porque alrededor del tema se hiló un discurso de humanismo y filantropía que fue generando complicidades entre las autoridades, con lo que, al distorsionarse la naturaleza del problema, se dejó abierto un camino de impunidad y de falta de respeto por nuestra Constitución. Parece lógico que aun con la existencia de la nueva ley se da una gran confusión respecto a la naturaleza jurídica de la delincuencia juvenil, de los contenidos de la ley y de las instituciones formadas.

Los actuales pensadores y doctrinarios de la materia penal en su mayoría fueron educados con una concepción tutelar del asunto. Su formación profesional y su experiencia los inclina a conservar las estructuras y las instituciones como ellos las conocieron, y en ocasiones se resisten a discutir el problema a otros niveles.

Algunos estudiosos del derecho penal se abstienen de participar en el análisis y discusión del tema; adoptan las anteriores posturas y niegan

categoricamente su naturaleza penal. Consideran que el problema pertenece a las estructuras del derecho social, con lo que desvirtúan su verdadera naturaleza.

Esta actitud de viejos y jóvenes doctrinarios impide la discusión. En ocasiones, el atavismo de los anteriores modelos impide hasta el diálogo. Esto, insisto, en detrimento de nuestra sociedad, al no poder encontrar instituciones que permitan en un futuro dar respuesta inteligente y civilizada al conflicto.

Por medio de la utilización de los métodos histórico, inductivo, deductivo, analítico, comparativo y sintético se intenta arribar en el presente trabajo a algunos principios, con el objeto de participar en la discusión doctrinal a partir de hechos ciertos. En el capítulo primero he realizado el estudio de las principales escuelas penales y su concepción del conflicto, todo ello para descubrir y tratar de establecer que la verdadera naturaleza jurídica de la delincuencia de menores es penal y no tutelar o de solidaridad social.

En el segundo capítulo, por medio de un fatigoso análisis histórico de las leyes y las instituciones de menores, queremos demostrar que a lo largo de este siglo en México no solo en lo teórico, sino en lo jurídico y en lo práctico el problema de la delincuencia juvenil es un problema penal.

Ofrezco una disculpa, si el lector coincide conmigo, por ser dicho estudio poco gratificante. Sin embargo, creí necesario tratar de abarcar todos los elementos posibles para impedir visiones parciales o incompletas.

Una vez establecida la naturaleza del problema, hemos hecho un análisis de la legislación actual para observar si sus contenidos son congruentes con los principios constitucionales y con los de la doctrina de protección integral.

Tratamos de analizar sus principios generales, sustantivos y procesales, para confrontarlos con los constitucionales y los de la mencionada doctrina, con el objeto de averiguar si el marco legislativo con que contamos actualmente se concibió con una mentalidad innovadora o conservadora de las anteriores estructuras.

Las conclusiones en el presente trabajo no pueden ser absolutas. Estas son ideas y propuestas que el autor ofrece a la comunidad investigadora como material para ser discutido una y otra vez.

La intención del suscrito, además del académico, es invitar a los interesados en el tema a un debate que permita diseñar instituciones jurídicas para la delincuencia juvenil que afronten esta problemática social en el próximo milenio con dignidad y con resultados positivos y satisfactorios para la sociedad y para los individuos en particular.

MARCO DE REFERENCIA

En la actualidad, escuchamos con gran frecuencia en los medios masivos de comunicación que la delincuencia juvenil aparece en constante aumento, que los niños delincuentes, además de crecer en número, crecen en ferocidad y agresividad en los delitos que cometen, que es necesario tomar medidas importantes y graves para asegurar a la sociedad ante el peligro inminente que significa la delincuencia juvenil.

Esta problemática no es exclusiva de nuestros tiempos. La preocupación por los niños que cometen delitos la encontramos modernamente desde la época de Beccaria en el siglo XVIII, posteriormente en la Escuela Clásica del derecho penal de principios del siglo XIX, y en la Escuela Positivista, indignada ante la ineficacia para contener a la delincuencia. A principios del presente siglo, el tratamiento científico de la delincuencia juvenil fue precisamente el argumento para adoptar un sistema procesal y de sanciones diferente del de los adultos, y que se generalizó en todo el mundo a lo largo del siglo.

Hablar de la política de un Estado frente al problema de los menores abandonados y de los que delinquen es un tema muy espinoso, cuyas aristas parecen impedir una posición global que pueda resolver jurídicamente el asunto, y dejan, con ello, insatisfechas a todas las partes interesadas.

La necesidad de ajustar las leyes a modelos que en ocasiones son insuficientes para responder a la realidad, ha hecho que las instituciones adoptadas para enfrentar esta problemática sean fuertemente criticadas por su ineficacia para cumplir sus objetivos o porque sus métodos y formas no alcanzan a cumplirlos y, en ocasiones, generan problemas de mayor gravedad que los que pretenden resolver. La actuación del Estado frente al problema de la delincuencia juvenil parece no haber alcanzado aún una etapa mínima de maduración, que nos permita pensar en instituciones que resuelvan de mejor manera esta conflictiva social.

En este estudio deseamos abordar algunos puntos que permitan conocer la problemática y las soluciones aportadas, tanto en los modelos penales que han generado algunas escuelas que abordan el problema, como en el desarrollo de las leyes que adoptaron los diversos modelos y las instituciones encargadas de la atención al menor delincuente.

Para estudiar la delincuencia de los menores de edad desde el punto de vista jurídico debemos partir de un punto incuestionable, que permita observar el fenómeno en forma objetiva.

Una verdad de que podemos partir, no justificada por un mito de la humanidad o por razones históricas, sino eminentemente científicas y objetivas, y reconocida desde las primeras sociedades, es la de que existe en el ser humano una etapa de la vida en que, por razón de su naturaleza, es extraordinariamente vulnerable a las circunstancias externas, naturales y sociales.

La determinación de los límites de esa etapa es muy difícil de precisar. Los científicos, ocupados en la conducta y el desarrollo del hombre, han formulado parámetros para intentar delimitarla. Sin embargo, no se ha llegado a una conclusión unánime, y no se logrará llegar, porque el ser humano es cambiante y resulta difícil encasillarlo en parámetros rígidos. Nuestro propósito no es tratar de agotar el tema en este sentido, sino solamente plantear que ese estado biopsicosocial existe y es imposible negarlo.

En esta etapa, el ser humano requiere de un gran número de recursos externos para sobrevivir, ya que no es capaz de obtenerlos por sus propios medios. En un principio necesita ser alimentado, ya que su cuerpo y su psique, a diferencia de otros seres vivos, no están capacitados para proveerse de sus propios alimentos. Asimismo, debe ser protegido del mundo externo, que resulta hostil para la supervivencia de cualquier ser vivo sin las potencialidades para superarlo.

Cuando este ser humano posee capacidades mínimas de fuerza y comprensión, debe ser preparado para ser autosuficiente en la satisfacción de las necesidades básicas para su existencia. Al definirse al hombre como un ser social y estar inmerso en una comunidad, dichas necesidades deben ser satisfechas de acuerdo a los cánones sociales, respetando sus procedimientos y sus valores.

Para la sociedad resulta importante que cada uno de sus nuevos miembros sea preparado de tal forma que se promueva la permanencia de la sociedad y la seguridad de sus integrantes, a través de que se le inculquen los valores y normas culturales y jurídicos imperantes. De esta manera, se pretende garantizar que todos los integrantes puedan lograr sus fines dentro de esta sociedad, sin disgregarla ni atentar en su contra. Así, la comunidad exige a los individuos que la integran, que reconozcan y respeten los valores y normas que le permiten subsistir.

En el momento en que se ha considerado que el sujeto ha concluido suficientemente esa preparación, de acuerdo al promedio general, y que regularmente se sitúa en una edad determinada, el grupo social le exige que se conduzca de acuerdo a los principios y valores que se considera debe tener; en caso de infringirlos, le impone una sanción, con el objeto de reparar el daño causado y de hacer ver lo importante del valor, objeto del atentado.

La preparación del ser humano en relación a las normas y valores culturales requiere del concurso de muchos factores, pero, principalmente, de los seres que biológicamente le dieron la vida, que naturalmente están dotados de instintos que en forma espontánea los conducen en ayuda inmediata del recién nacido o de un pequeño. A falta de los padres, algún familiar se haría cargo de éste, o de lo contrario, las instituciones civiles o gubernamentales.

De tal modo, la comunidad otorga a los padres, en forma originaria, la obligación de preparar a sus hijos para integrarlos a la sociedad; a falta de éstos, delega esta responsabilidad en alguna otra persona o en instituciones civiles o en el Estado en forma subsidiaria.

Al derecho de educar, preparar o corregir se le conoce desde el derecho romano como patria potestad, y si bien en aquella época ésta era universal y arbitraria, hasta el grado de poderse disponer de la vida de los hijos, en la actualidad su evolución jurídica limita legalmente su ejercicio. En la vida cotidiana, se ejerce en ocasiones con tino y en otras con gran brutalidad, por cualquiera de los depositarios. Es importante no perder de vista que este derecho se reconoce y se respeta, ya que uno de los fines que se persigue es la preparación de los futuros ciudadanos, que habrán de respetar los valores de la comunidad e incorporarse armónicamente a sus formas y sus ritmos, independientemente de los valores afectivos que se cultivan en una familia.

El Estado, de acuerdo a los fines de la sociedad, debe plantear políticas o sistemas tendientes a cumplir con el objetivo de preparar a sus nuevos integrantes. Sin embargo, la realidad nos muestra que existe un sinnúmero de situaciones que impiden que este objetivo social se cumpla; por ejemplo, la ausencia de padres o familiares capaces de hacerse cargo del menor. En estos casos, la comunidad, las agrupaciones religiosas y modernamente el Estado, se han hecho cargo de los menores que carecen de apoyo familiar. Así, el Estado pretende sustituir a los padres y tomar para sí el derecho de educar a los menores hasta que se les reconozca como ciudadanos capaces de participar en las decisiones de su comunidad.

En el caso de los menores huérfanos o abandonados físicamente, es evidente e incuestionable que el abandono y la falta de guía puede promover que sean objeto de abusos, maltratos, vejaciones. Por tal motivo, el Estado acude en su ayuda, los recoge, los concentra en instalaciones y pretende darles una mejor condición de vida. En este momento nos encontramos al Estado actuando como el encargado de la asistencia social, en una fase proteccionista y paternal que acude en auxilio de los necesitados de apoyo.

En ocasiones, el objetivo de la preparación del futuro ciudadano no se cumple cabalmente, ya que el Estado se demora en iniciar su actividad protectora; así, el menor huérfano o abandonado ha aprendido a sobrevivir sin un apoyo. Los valores y principios de este menor rara vez son congruentes con los de la sociedad; por el contrario, en la mayoría de las ocasiones, esos valores son opuestos.

Otra razón por la que el objetivo no se cumple, se da cuando el menor se encuentra inmerso en un ambiente familiar, en que la patria potestad se ejerce con gran brutalidad. Por ello los menores prefieren escapar de dicho medio. En otras ocasiones, el descuido y la permisibilidad de quienes ejercen esta patria potestad impide que los valores sociales sean introyectados por los seres humanos en formación.

En los anteriores casos nos encontramos con que la sociedad, como medio preventivo, exige al Estado se encargue de proteger y educar al menor, en detrimento de los derechos de los titulares de la patria potestad, bajo esa facultad proteccionista y paternal.

Hemos enunciado solo algunas de las hipótesis que pueden presentarse por las cuales no se cumple el objetivo de la sociedad, consistente en que sus nuevos miembros se incorporen respetando sus formas y sus ritmos.

En el proceso de preparación del ser humano, puede darse el caso que existan menores que potencialmente pueden ser objeto de la acción educativa directa del Estado u otros que, de acuerdo a su modo aparente de vida, no requieren el apoyo del Estado, que realizan conductas que la sociedad prohíbe porque atentan en su contra. El ser humano en su etapa de desarrollo puede violar o transgredir dichos valores jurídicos y sociales resguardados en las leyes penales como delitos. De hecho, siempre ha sucedido. Sin embargo, cuando a los transgresores se les concibe como ciudadanos en preparación con cierto grado de maleabilidad e inmadurez, la sociedad reacciona con menos dureza, en comparación con la reacción que tiene con los individuos que se considera con

capacidades plenas. En este caso, cuando se ha actuado y se han violentado las normas jurídicas, nos encontramos con un conflicto de derechos del Estado frente al transgresor. El primero, el derecho de educar y corregir derivado de su función social, de la obligación que tiene de acudir con los menores necesitados de ayuda y prepararlos para ser buenos ciudadanos. El segundo, el derecho de castigar derivado del *ius puniendi* que lo obliga a imponer una sanción, a relegar al criminal para poner a salvo a la sociedad.

Cuando un menor de edad comete un delito nos enfrentamos, pues, a un gran conflicto de intereses, en el que concursan varios derechos innegables.

Tomando en cuenta que las instituciones públicas no reconocen al menor su derecho de actuar en forma independiente y sin apoyo, tenemos que los padres del menor o sus encargados defienden su posición para seguir conservando su derecho de educarle. Por otro lado, el Estado litiga su derecho de educar y corregirle, al considerar que el delito cometido es el resultado de que los padres no han cumplido como el Estado y la sociedad les exige.

A este conflicto se suma el réclamo de la sociedad, para evitar que se lesionen sus valores y principios, poniendo en riesgo su equilibrio y armonía. Ante un agravio serio, exige la segregación del delincuente y la acción estatal para enmendar su omisión, educándolo y reintegrándolo a la sociedad, en condiciones tales que no la ponga nuevamente en riesgo.

Es preciso diferenciar entre el derecho de la sociedad y el derecho de los padres. La primera exige que quien tenga a su cargo la patria potestad del menor, sean sus padres o el Estado, cumpla con su cometido; los padres, por la incapacidad de reconocer que no han podido cumplir con las exigencias sociales, disputan su derecho a seguir educando a su menor, negando el derecho del Estado de entrar subsidiariamente en tal actividad.

En este confuso y difícil problema, el menor es considerado como un ser biopsicosocial en desarrollo, que puede ser objeto de influencias varias que impiden que pueda decidir y optar por una posición firme frente a la sociedad, o que por esa etapa evolutiva carece de madurez para adoptar dicha posición.

Tomando en cuenta el estado del menor y adivinando la falta de guía o la incapacidad de los padres, la sociedad exige la intervención del Estado para prevenir los futuros males. Esto es, partiendo de la base de maleabilidad y la falta

de guía, se pronostica un resultado negativo para la sociedad y, por ello, se demanda la intervención preventiva del Estado, en un momento predelictual.

Con base a lo anterior, identificamos varias posiciones en conflicto:

1) Los padres del menor o quien ejerza la función: al identificar la inmadurez del menor y al no poder reconocer su incapacidad para cumplir con las exigencias sociales, desean que el menor no sea sujeto de la acción estatal, ya que ello implica en ocasiones la privación de la libertad de sus hijos, la anulación de su derecho a educarlos y corregirlos, independientemente de las implicaciones sentimentales y afectivas.

2) El Estado: que descalifica, por la conducta de un menor, la capacidad de los padres para cumplir con las exigencias sociales y por ese hecho (o en ocasiones por un pronóstico de personalidad) priva de sus derechos a los padres. Además de la libertad o el derecho de educarlo, les impide gozar de una vida cotidiana en familia, entre otros.

3) La sociedad: a la que sin importar quién eduque al menor, en el caso de un delito, exige que se segregue al infractor y se le dé un tratamiento que lo condene a reparar el agravio social y que no exista en este individuo un nuevo peligro para ella.

4) Podemos agregar una posición más, que en pocas ocasiones se toma en cuenta: la del menor; ¿Qué desea el menor?, ¿ser educado por sus padres, por el Estado o, simplemente, que se le permita vivir en el medio en el que lo ha hecho; el medio del que han violentado su cotidianeidad; en donde la falta de guía, la sustituyen sus pares; al medio que por difícil e inhumano que sea, se ha acostumbrado y que quizá sea menos riesgoso que el que tenía anteriormente con su familia?

Así pues, nos encontramos con cuatro diversos intereses cuando un menor ha cometido un delito.

- 1) El de los padres.
- 2) El de la sociedad y la víctima del delito
- 3) El del Estado
- 4) El del menor

El derecho de cada una de las partes es incuestionable; nadie puede negar el derecho de la sociedad de defenderse, ni el de los padres de educar a sus hijos, ni el del Estado de educar cuando no existen padres o éstos no han cumplido como se esperaba, ni el del menor de opinar sobre su futuro.

En este conflicto puede presentarse un sinnúmero de hipótesis diferentes, en donde los intereses en debate pueden o no concurrir, por faltar alguna de las partes en un conflicto en particular.

Por ejemplo, cuando el menor carece de padres o tutores, prevalece el conflicto entre la sociedad, el Estado y el menor; o en el estado de peligro, la sociedad no ha sido agraviada de forma alguna, y los intereses en conflicto son el de los padres, el menor y Estado; y faltando aquellos, es solamente el menor frente al Estado.

Tomando en cuenta a los actores del debate, nos percatamos que lo que está en juego no son valores o intereses nimios. En este conflicto se enfrentan derechos individuales, reconocidos universalmente, y esenciales, como el derecho a la libertad, a la defensa de la sociedad, el del ejercicio de la patria potestad y los derechos humanos, para que el individuo sea respetado como un fin en sí mismo.

Debemos pues identificar la problemática en los siguientes términos: ¿Cómo debe interpretarse el hecho de que un miembro de la sociedad en preparación, viola alguno de los preceptos de la ley en ese tránsito? ¿Este hecho debe considerarse como un acto de la voluntad libre del menor y, por tanto, sancionarle como un individuo al que se le reconocen dichas capacidades?; ¿o se le interpreta como una acción resultado de la ausencia de quienes ejercen la patria potestad o como resultado de la mala actuación de los titulares de este derecho?

Es precisamente en este punto donde radica lo conflictivo de la situación. Cuando un menor comete un delito, ¿bajo qué posición actúa el Estado? De su respuesta podemos determinar el camino a seguir, que permita seguridad a los gobernados y el cumplimiento de los objetivos de la sociedad. Esto es, debemos preguntarnos si actúa en el ejercicio de la patria potestad o del *ius puniendi*, o bajo qué circunstancias actúa en una forma y en cuáles en otra, qué instituciones tiene para abordar su función de protector sustituto y cuáles para enfrentar a la delincuencia juvenil.

En mi opinión, las soluciones que se han dado a este conflicto a lo largo de la historia han sido parciales y erróneas, al pretender abarcar todos sus aspectos,

privilegiándose en cada solución el interés de alguno de los contendientes, en perjuicio de los intereses de los otros.

Esto ha traído como consecuencia injusticias para alguna de las partes, ya que al privilegiar a alguno, los intereses de los otros se ven mermados. Las teorías y sistemas empleados por el Estado para enfrentar el problema ha llevado aparejadas incongruencias y aberraciones, que a la larga implican perjuicios para los involucrados y, lo que es más importante, aparejan la frustración de los fines de todos, del Estado, del menor, de sus padres, de la sociedad y de la vida misma, que es ésta, y la felicidad del ser humano, la meta que debe tener toda sociedad, que se organiza para garantizar que cada individuo pueda cumplir sus objetivos y ser feliz.

Trataremos de explicar, a grandes rasgos, cuáles han sido hasta ahora las posibles soluciones planteadas y sus desventajas respecto de los resultados para los actores del conflicto.

No podemos negar que la problemática es tan antigua como la humanidad misma y que las fórmulas para su atención han sido muy variadas. De ello nos dan cuenta las leyes romanas, las precolombinas, la normatividad canónica, etc.; sin embargo, por razón de método nos remontaremos sólo a la concepción científica del derecho penal a partir de Beccaria, no sin antes dejar patente que este fenómeno social ha sido enfrentado por el Estado, sea cual fuere su origen, por dos mantos en forma indeterminada y confusa, el manto de la asistencia social y el manto del *ius puniendi*; en algunas etapas ha sido más confusa la actuación del Estado, ya que lo que se consideraba de asistencia fue penal, y lo penal fue de asistencia.

Un punto que puede ser de mucha utilidad es precisamente el situarnos en la hipótesis de que un menor, no tomando en cuenta la edad, sino la reacción diferenciada del Estado respecto de los adultos, ha cometido un delito o infracción a las leyes penales.

También tomaremos en cuenta estos dos mantos con que el Estado atiende el problema: el derecho de proteger y educar o el derecho de castigar que la sociedad le ha conferido.

A nuestro juicio, la confusión del quehacer del Estado se plantea a partir de la aparición del Estado moderno, resultado de la Revolución Francesa. Antes de éste no existía problema tal, ya que la diferenciación de reacción frente al adulto o

al menor que delinquía era resuelta por el monarca en forma arbitraria y variada, o podía reconocerle derechos y un trato diferencial y benévolo, o hacer caer, con toda fiereza, la brutalidad represiva.

~~Ante este panorama, el súbdito obedece sin cuestionar, ya que el gran padre~~ es el monarca, quien tiene derecho sobre todos sus súbditos, como el paterfamilias romano sobre sus hijos. La vida o la muerte dependían de su palabra; el encierro y la libertad, lo mismo. Recordemos que en la Edad Media un atentado en contra del monarca era calificado como parricidio.



Capítulo Primero

Las Escuelas Penales

UNAM Facultad de Derecho



CAPITULO PRIMERO

LAS ESCUELAS PENALES

I. PERIODO ILUMINISTA

César de Beccaria (1738-1794), el ilustre reformador italiano que recogió el pensamiento de su época y protestó en contra de las arbitrariedades del medioevo en el actuar del Estado en lo penal, hizo patente la necesidad de graduar y dulcificar las penas de acuerdo a las cualidades de los delitos, ya que el abuso de la pena de muerte y de las penas desproporcionadas había hecho inoperante y cruel al derecho penal de la época. Este pensador dedicó un capítulo de su famoso libro *Tratado de los delitos y de las penas* a señalar la importancia de la educación como medida preventiva de los delitos, debiendo el Estado ocuparse principalmente de los niños.

"Finalmente, el más seguro pero mas difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación... la industria ofrece a los tiernos ánimos de los jóvenes: en guiar a la virtud por el camino fácil del dictamen, y en separar del mal por el infalible de la necesidad y del inconveniente, en vez de hacerlo por el incierto del mando y de la fuerza, por cuyo medio se obtiene solo una disimulada y momentánea obediencia".¹

En los comentarios a este libro, Voltaire se duele, en 1766, de lo injusto de las leyes de su época al comentar que supo del ahorcamiento de una niña de 18 años que, al quedar embarazada, tuvo el parto en un camino y, por temor al repudio social, dejó a la criatura expuesta en éste. El remordimiento se apoderó de ella y al regresar al día siguiente, encontró muerta a la criatura. En este punto se cuestiona respecto de si esta niña merecía tal pena como si hubiese sido un asesino que mata con premeditación. De igual forma se cuestiona:

"Las profanaciones sacrílegas, no son nunca cometidas mas que por jóvenes corrompidos; ¿les castigaréis tan severamente como si hubiesen matado a sus hermanos? Su edad habla en su favor. No puede disponer de sus bienes, por que se supone que no tienen bastante madurez en su entendimiento, para conocer las consecuencias de una mala acción, por consiguiente no ha tenido bastante, para ver las consecuencias de su impío arrebato.

¿Trataréis a un joven disoluto, que a su ceguedad habrá profanado una imagen sagrada, sin robarla, como habéis tratado a Brinvilliers, que había envenenado a su padre y a su familia? ¿No hay ninguna ley expresa contra este desgraciado, y vosotros haríais una para entregarlo

¹ Beccaria, César de.- *Tratado de los delitos y de las penas*.- 4ª. edición facsimilar, Porrúa, México, 1990, p. 204.

al mas cruel suplicio! Merece un castigo ejemplar; ¿pero merece acaso, unos tormentos que horrorizan la naturaleza, y una muerte espantosa?
¡Ha ofendido a Dios! Sí, sin duda; y muy gravemente. Usad de él como Dios lo haría, si hace penitencia Dios le perdona: imponedle una fuerte penitencia y perdonadle".²

Percibimos cómo estos autores, testigos de las crueldades del sistema de justicia penal en su época, que no contemplaba en forma alguna diferencias de edades para la imposición de penas, de donde la misma pena cruel puede ser aplicada a un adulto que a un menor, en sus escritos reclaman: más que castigar, hay que prevenir, con educación, con corrección y al momento de castigar, hay que hacerlo de acuerdo con la edad del delincuente.

Estamos, pues, ante las dos actividades del Estado: una la preventiva, como la educación, la aplicación a un trabajo desde la tierna edad; la otra, como la penal o represiva, que se sugiere sea proporcional a la edad del delincuente.

De igual forma, Manuel de Lardizábal y Uribe en su *Discurso sobre las penas* (1782), al considerar que para el Estado es injusto e inconveniente que se imponga la pena de muerte para diferentes tipos de delitos. Al igual que Beccaria, propone cuantificar las penas, de acuerdo al daño que haya sufrido la sociedad por el delito, tomando además otros elementos importantes que debiesen tener en cuenta los magistrados al momento de individualizar tal pena.

En este sentido, considera que "Débese tener también consideración en la imposición de penas a la edad y sexo, porque uno y otro influye en el conocimiento. Un niño no tienen ninguno, y el menor de catorce años regularmente no lo tiene perfecto",³ y hace referencia a la ley 8. tit. 31 part. 7 que dispone que el menor de 10 años estará exento de pena, y en el menor de 17 la pena debe ser inferior a la que se le impondría si fuera mayor de edad.

Lo anterior está específicamente relacionado con la comisión de delitos por parte de menores; sin embargo, toma parte de su discurso para proponer que un

"Gobierno justo e ilustrado, y ciertamente no se conseguirá nunca si no se guarda exacta y justa proporción de las penas, y si al mismo tiempo no se procura dar por todos los medios posibles una buena educación al pueblo, para evitar la ociosidad y la mendicidad, que son las fuentes mas fecundas de delitos y desordenes.

Pero esa educación debe comenzar desde los primeros años, por que después por la mayor parte es inútil e infructuosa. A un niño con facilidad y sin violencia se le enseña a habituarse

² Beccaria, César de. *Op. Cit.* pp.261 y 262.

³ Lardizábal y Uribe, Manuel.- *Discurso sobre las penas*. Primera Edición facsimilar. Porrúa, México. 1982, p. 117.

al trabajo, y acostumbrado a él desde la tierna edad conserva después voluntariamente toda la vida esa inclinación. Pero el que pasó la niñez, y por consiguiente la juventud en la ociosidad y holgazanería, es moralmente imposible que se le aplique a trabajar: y no teniendo con qué subsistir, y con qué fomentar los vicios que son consiguientes a semejante vida, es preciso que recurra a medios ilícitos con detrimento de la sociedad. ¡Quánto mejor y más conveniente sería prevenir con suavidad estos males por medio de la educación que haber de recurrir al rigor de las leyes para corregirlos! Si no se ponen los medios necesarios para dar indistintamente a todos los niños una educación correspondiente a su clase, de cualquiera que sean, jamás se extinguirá la mendicidad, ese recurso tan fácil y provechoso a los holgazanes y gente perdida...

Entre los piadosos institutos de las Juntas de Caridad nuevamente establecidas en la Corte por el Gobierno, ninguno es mas útil y provechoso, que el de poner oficio a los muchachos, que por imposibilidad de sus padres o deudos se van criando en la ociosidad... Los padres, tutores y demás personas que tienen niños a su cargo, deben darles educación y destino correspondiente a su clase desde los primeros años. Pero si éstos, olvidando lo que deben a Dios, a sus mismos deudos, y a la República, no cumplen con esta estrecha obligación, deben suplirla con autoridad los Magistrados, como verdaderos tutores de la República y padres de la patria".⁴

Resulta importante la recomendación de este autor del siglo XVIII, de ser precisamente los Magistrados como representantes de la República que deben constituirse en tutores de los menores que carecen de padres, o cuando éstos se han olvidado de su obligación de educarlos, responsabilidad que tienen con Dios, con sus deudos y con la República.

La educación, y sobre todo la de los menores abandonados o huérfanos, es un tema de vital importancia para la prevención del delito, por lo que no debe extrañarnos que se asocie la acción tutelar del Estado con su función represiva.

Encontramos en estos tres autores el dolor de castigar para corregir; prefieren educar previamente a la necesidad de castigar, y cuando se castiga al menor piden que la pena sea proporcional a su edad y no similar a la de una persona que ha alcanzado la mayor edad.

La concepción del Estado moderno ya traía consigo esta confusión en el actuar frente a los menores abandonados y los delincuentes, confusión que hasta la fecha persiste.

El pensamiento de Beccaria y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en Francia, en 1789, iniciaron el desarrollo de muchas teorías relacionadas con el derecho penal, que trataban de explicar sus fenómenos resultantes, el

⁴ Lardizábal y Uribe, Manuel.- *Op. Cit.*, p. 206.

derecho del Estado a reprimir los delitos, los límites de éste en su función, la pena y sus límites, el delito, el juicio penal, etc. Todos los autores se esforzaron por legitimar y explicarse el fenómeno penal por diversos medios.

~~Antes de iniciar la exposición de algunas de las más importantes escuelas penales, que han sido materia de menores, es preciso advertir que no es nuestro propósito el tratar de agotar en forma exhaustiva las posiciones y los problemas penales que abordan, sino por el contrario, sólo queremos esbozar sus principios filosóficos más relevantes y su incidencia básica respecto de los menores que infringen las leyes penales.~~

II. LA ESCUELA CLÁSICA

En Italia, la preocupación de los doctrinarios en la materia criminal fue mucha y es en este país donde se genera la Escuela Clásica del Derecho Penal, que posteriormente sería adoptada por buena parte de los países del orbe, incluso México. Uno de los principales exponentes de esta Escuela fue Francesco Carrara, que en su obra *Programa de Derecho Criminal*, editada por primera vez en 1859, realiza la sistematización del derecho penal como lo conocemos actualmente.

Para Carrara resultaba importante encontrar una verdad absoluta, que le permitiera establecer un punto de partida para desarrollar una teoría lógica y razonada del Derecho Penal, en la que pudiera encontrar la razón básica de la prohibición, la pena y el juicio, con el objeto de limitar y restringir al máximo la acción de la autoridad dentro de las vías de la justicia, impidiendo el autoritarismo, la arbitrariedad y la injusticia que derivase en tiranía, cosa común en la Edad Media y que fue denunciada por Beccaria y los autores de su tiempo.

Al criticar el pensamiento de los autores iluministas, en relación a la creación de la sociedad y del Estado con base en un contrato social, Carrara parte del "estado de asociación" primitivo o natural, concebido al principio como asociación patriarcal, a la que poco a poco fueron agregándose leyes permanentes y una autoridad que vigilara su observancia, ya que

"La ley eterna impulsa al hombre a la sociedad. Y el Creador que lo conformó a esta ley, lo guía a ello...La tendencia física produjo la primera conjunción de los cuerpos; la tendencia

moral prolongó y perpetuó la unión recíproca entre los padres, entre éstos y los hijos, y en todas las generaciones que les siguieron como en las que siempre vendrán."⁵

El autor parte de la premisa de que "Dios sometió todo lo creado a perpetua armonía" y que el hombre fue dotado de alma espiritual, inteligencia y, sobretodo, de voluntad libre; por esta razón última, el hombre no solo debía estar sometido a las leyes físicas; sino también a una ley moral, que nació con él, que se encuentra inscrita en su mente y que por medio de la razón se puede descubrir. Esta Ley es la Ley Natural. Ley, que a diferencia de las físicas, por sí misma, no tenía fuerza coactiva ni sanción, y por ello el Creador, por virtud de la ley eterna del orden, encargó al hombre a ser súbdito y, al mismo tiempo, conservador del precepto moral.

Para realizar tal labor, esto es, la observancia y respeto de la ley natural, era necesario una ley política, ya que el hombre aislado, o en asociación natural, por sus pasiones, podía incumplir la ley natural. El autor encuentra la razón de ser de la sociedad civil en "La necesidad de la defensa del derecho".

Para que exista un orden en la sociedad civil, es necesario también que exista una autoridad con poderes para prohibir acciones y reprimirlas cuando se realizan a pesar de la prohibición. Todo esto no es mas que una cadena de elementos de la ley del orden, por lo que "el derecho penal tiene su origen y su fundamento racional en la ley eterna de la armonía universal".⁶

Considera que el precepto, la prohibición y la retribución del bien y del mal tienen como único fundamento la justicia, y la justicia ordena que a quien haga un mal sufra un mal. De tal suerte, la defensa de la humanidad no será la razón del derecho de castigar, sino la razón por la que el hombre ejerce tal función sobre su semejante. El derecho de castigar, en la mano de Dios, no tiene otra norma que la justicia (ley de orden interno); en la del hombre, su razón es la defensa de los derechos de la humanidad (ley de orden externo).

La ley del orden interno (la justicia) obliga a que el derecho penal sólo acuda en donde sea necesaria la protección del derecho, por lo que no puede acudir en donde el derecho no sea violado o puesto en peligro, ya que ello derivaría en injusto.

⁵ Carrara, Francesco.- *Programa de Derecho Criminal*. Volumen I, Parte General, 5ª. Edición, Trad. José J Ortega Torres. Editorial Temis, Colombia. 1988, p. 13.

⁶ Carrara, Francesco.- *Op. Cit.* p. 16.

Carrara separa la función de policía de la penal, atribuyéndole a la primera la característica de ser utilitaria y destinada a la defensa pública, cuyos ordenamientos son relativos y variables; la segunda debe sancionar sólo hechos moralmente reprobables, porque tiene la medida de su derecho en la justicia absoluta, por lo que es absoluta en todos sus principios fundamentales, extraídos, por lógica, de la eterna razón que Dios dio al hombre por inspiración. De la confusión de estos sistemas ha nacido precisamente la tiranía de los gobiernos despóticos; de su escrupulosa separación, los regímenes libres.

Así, concibe al delito como un ente jurídico y no de hecho, dado que su esencia debe consistir en la violación de un derecho, consubstancial al hombre, otorgado por Dios y cuyos principios son preexistentes al legislador humano, que lo obliga y que es independiente de sus caprichos, que sustrae al hombre de la tiranía de los demás.

Los límites de la prohibición serán todas aquellas acciones que ofenden o amenazan los derechos de los coasociados, y como estos derechos no pueden ser ofendidos o amenazados sino por una voluntad libre y un hecho exterior dañoso, se establecen las dos fuerzas esenciales del delito, la primera, subjetiva, consistente en la voluntad libre, y la segunda, objetiva, que es el hecho lesivo.

De esta fórmula se deduce la legitimidad de la represión y sus límites, ya que el derecho, para serlo, necesita de contenidos que lo autodefendan, además de que no puede constantemente ejercer defensa coactiva directa, que impida la violación del derecho; por ello, existe en el derecho la coacción moral, que mediante la amenaza de un mal sirva para apartar a los violadores de la agresión.

Si a pesar de la amenaza de recibir un mal, el hombre viola el derecho, se considera que ha sido resultado del libre albedrío con que fue dotado por el Creador; esto es, tenía la posibilidad de elegir entre el bien y el mal y se inclinó por lo segundo, por lo que será merecedor a que se actualice la amenaza.

Carrara rechaza las ideas correccionalistas, por su fundamento filosófico que explica la función de la pena, porque él la concibe como un contenido necesario del derecho, consecuencia de la necesidad de protección del mismo; por ello, para establecer su cualidad y cantidad, es necesario tender a las dos fuerzas antes señaladas, la física y la moral.

Cuando se castiga a un delincuente, no se viola, sino se protege el derecho, con tal de que el mal infringido no sea mayor que la necesidad de la defensa del

derecho. Todo exceso será abuso y tiranía. Es por ello que los límites para establecer la represión deben ser proporcionales a la cantidad y cualidad del mal, además de tener en cuenta las condiciones de lugar, tiempo y persona.

Respecto del juicio, establece la necesidad de que el mismo sea apegado al derecho, ya que el Juicio

"Debe ser obsecuente con el derecho de los hombres honrados que reclaman la represión, y con el derecho de los mismos enjuiciados, que exigen no ser condenados sino cuando se establece su culpa, y que no puedan ser castigados con un mal mayor que el que requiere la necesidad de la defensa del derecho, calculada con arreglo a la exacta verificación del hecho criminoso".⁷

Regresando a las fuerzas del delito, se establece que la fuerza moral subjetiva es la voluntad inteligente del hombre que obró. Su resultado moral será el mal ejemplo que el delito produce con los demás, por ello se le llama daño moral.

La moralidad de la acción se obtiene del concurso de cuatro elementos: a) conocimiento de la ley; b) previsión de los efectos; c) libertad de elegir; d) voluntad de obrar.

En los dos primeros, basta que existan potencialmente, y se resumen en el concurso de inteligencia. Los dos últimos se resumen en el concurso de voluntad. Del concurso de la inteligencia y de la voluntad surge la intención, que Carrara define como "un esfuerzo de la voluntad hacia cierto fin; y en particular, como un esfuerzo de la voluntad hacia el delito".⁸

Cuando el entendimiento y la voluntad es plena, la intención es perfecta; cuando alguna disminuye, es imperfecta; cuando alguna o ambas falta, no hay intención, por lo que no puede imputársele al sujeto; cuando alguna está disminuida, sí hay intención, pero imperfecta, por ello la imputabilidad es aminorada.

Es aquí donde la Escuela Clásica aporta bases fundamentales que fueron aplicadas en los principales Códigos Penales de la época, incluso en México, en materia de delincuentes jóvenes.

A tres cuestionamientos sobre la edad hace alusión el autor:

⁷ Carrara, Francesco .- *Op Cit.* p. 9.

⁸ *Idem.* p. 71.

- a) si la edad debe asumir este valor (aminoración de la imputabilidad del agente por modificación de la inteligencia) por razones de política o de justicia.
- b) Si la edad aminora la inteligencia o la libertad de la voluntad.
- c) Si se debe o no admitir un periodo de absoluta irresponsabilidad que ponga al agente al cubierto de toda persecución, en virtud de una presunción *juris et de jure*.

Si en el primer planteamiento se inclina sobre las razones políticas, el tercero se resuelve afirmativamente, esto es, sobre la admisión del periodo de irresponsabilidad absoluto. Si se inclina por el criterio de la justicia, dicho periodo no se admitirá.

En el segundo punto, si la edad la entendemos como modificación de la voluntad, encontraremos una causa de minoración, y si la establecemos como modificatoria de la inteligencia encontraremos una dirimente.

Carrara se inclina por aceptar un periodo de absoluta irresponsabilidad y de tomar a la edad como un factor que influye sobre el entendimiento del sujeto; por ello, para los efectos que nos interesan, establece dos periodos con consecuencias diferentes respecto de este problema.

En el primero, denominado de irresponsabilidad absoluta, que comprende la infancia (desde el nacimiento hasta los siete años) y la impubertad próxima a la infancia (desde los siete hasta los doce años), no existe imputabilidad frente al Estado, ya que se presume *juris et de jure* que no existe discernimiento. Cuando exista precoz maldad y extraordinario desarrollo mental la autoridad de policía adopta medidas preventivas.

En el segundo periodo, identificado como responsabilidad condicionada, que comprende la impubertad próxima a la minoridad (de los doce a los catorce años) y la minoridad (de los catorce a los dieciocho años), se tiene una presunción *juris tantum* de capacidad para delinquir, por lo que el juez debe examinar si el sujeto obró o no con discernimiento. Si no lo encuentra, debe absolver; si lo halla, debe imputar el acto, pero en grado menor que al adulto.

Considera que es necesaria una investigación, porque se observa la diversidad de avances en el desarrollo de las personas y esto disminuye la imputación, ya que si el menor tiene, para algunas cosas, suficiente capacidad mental, ésta aún no es madura y carece de experiencia para usar de la luz de la razón y para contraponer los consejos de ésta a las fuertes sugerencias de las pasiones. Asimismo, propone

que dicha excusa debe admitirse en toda especie de delitos, por lo que es un error eliminarla en razón de la atrocidad del delito, ya que tiene su fundamento en las condiciones de la persona, que no se mudan por las condiciones del hecho.

Hemos visto pues, que de acuerdo con la Escuela Clásica el grado de la pena debe ser adecuada exclusivamente a la necesidad de proteger el derecho violado o amenazado, y en su aplicación debe tenerse en cuenta el grado de culpabilidad del individuo que se identifica con la fuerza moral subjetiva, esto es, la voluntariedad integrada de entendimiento y de libertad de voluntad, y que la minoridad determina la inteligencia del individuo, por lo que un menor independientemente de su capacidad intelectual o de voluntad siempre se le reconocerá un trato diferenciado del adulto, en el sentido de disminuir la cantidad de pena, y eliminar algún tipo de pena, como los trabajos forzados, la pena de muerte, etc. También vimos cómo en el pensamiento del más reconocido "Clásico" se aceptan las medidas preventivas del Estado, esto es, las de policía en el caso de los menores de doce años con precoz maldad y extraordinario desarrollo mental, ya que éstos, de acuerdo a la doctrina que es atacada de retribucionista, y en ocasiones de cruel e inhumana, están "fuera del derecho penal", entendiendo esta sentencia como el hecho de no estar incluidos en este sistema diseñado para la delincuencia.

Efectivamente, como se observa, dada la presunción *juris et de jure*, independientemente de la realidad objetiva, se presume la carencia de discernimiento, o la disminución de la capacidad de inteligencia en el menor, por lo que no pueden ser sujetos del *ius puniendi* del Estado.

En el caso de la responsabilidad condicionada, pensamos también que la suerte del declarado sin discernimiento por el Juez, será similar a la del irresponsable, o sea, absuelto penalmente y sujeto de las medidas de policía del Estado.

Queremos resaltar un último punto, que tiene relación con la doctrina que expondremos a continuación, el correccionalismo de Roeder, sobre el cual Carrara se manifiesta. Éste se opone abierta y de forma terminante a los fundamentos que Roeder pretende dar a la pena, que como veremos adelante es la corrección del reo; sin embargo, siempre se muestra optimista y conciliador cuando esta doctrina es contemplada como un complemento de la doctrina clásica, esto es, cuando actúa como medio enmendador del reo una vez que se ha dictado una sentencia, y

manifiesta que "La enmienda del reo debe ser uno de los fines de la pena y que un prudente legislador nunca debe perder de vista".⁹

III. LA ESCUELA CORRECCIONALISTA

Si bien el correccionalismo puede encontrar su fundamento remoto en la doctrina bíblica cristiana, la concepción moderna de la necesidad de corregir al reo es presentada y discutida por Carlos Augusto Roeder, profesor de la Universidad de Heidelberg, en el primer tercio del siglo XIX.

Roeder escribe en 1846 su famoso artículo "*Fundamento Jurídico de la Pena Correccional*", en el que marca su pensamiento respecto del tema, posición que contradice lo argumentado por el clasicismo italiano, doctrina dominante de la época.

El autor acepta la idea del libre albedrío y la considera como la base del sistema social, en el que los hombres deben prestarse mutuamente las condiciones y medios necesarios para cumplir su destino. Para asegurar ese orden social, el Estado debe adoptar medidas que defiendan el derecho vigente y combatan la injusticia por medios justos; en caso necesario, debe ser utilizada la coacción jurídica.

En este sentido, el Estado tiene dos funciones, la primera será una tendencia a prevenir la injusticia, evitarla o desviarla en su primer momento, o a repararla cuando se ha consumado por mala voluntad.

Considera más conveniente prevenir que reprimir al delito, lo que se obtiene mediante la educación intelectual y moral del pueblo, que lo lleve a repugnar el delito y sentirse arrastrado hacia la justicia. Los delitos en muy pocas ocasiones pueden ser prevenidos por la coacción física inmediata y la coacción física mediata. El temor a la pena poco hace para el cumplimiento de este objetivo, sobre todo cuando se trata de una voluntad corrompida. El temor a la pena es un medio ineficaz para prevenir delitos futuros.

"Poco importa, que se aspire a conseguir dicho efecto (temor a la pena) en todos los ciudadanos con la intimidación de la ley penal -prevención general- o con la ejecución de la

⁹ Carrara, Francesco. *Op. Cit.* Vol. II, p. 30.

pena-ejemplaridad- o bien inmediatamente en cuanto al penado y para lo sucesivo - prevención especial".¹⁰

A pesar de las medidas de intimidación, el delito se comete con frecuencia, lo que será inevitable mientras no se destruya el verdadero germen de lo malo y de lo injusto. Por ello, el Estado debe dar paso a todas las consecuencias del derecho sobre el violador del mismo, esto es, dar paso a la pena.

Al criticar la idea de que la pena es un mal impuesto al delincuente por el mal cometido, considera que el derecho no se limita al daño exterior sino también a la disposición injusta del espíritu como origen continuo de la acción exterior. Así pues, el derecho no quedará satisfecho sino hasta cuando el daño exterior y el daño interior (inmoralidad) del autor se hayan reparado totalmente. Por ello, el Estado debe procurar al infractor las condiciones que sean indispensables, positivas o negativas, para traerlo en hecho y en idea a la justicia.

Partiendo de la anterior consideración, propone que la base jurídica, íntima y fundamental de la pena es el arbitrio inmoral, dirigido a la perturbación activa del orden jurídico y por lo mismo incompatible con él.

De similar forma, el objeto íntimo de la pena es la destrucción, por medios justos y apropiados, de la injusticia e inmoral disposición del hombre manifestada en un hecho.

Al considerar al hombre como algo más que una pura máquina movida por resortes materiales, y que su libertad interior determinada por la ley moral es algo más que la estéril aptitud de elegir entre uno u otro gusto o capricho, establece que la pena

"es la consecuencia jurídica de la injusticia cometida, consecuencia que afecta a la voluntad jurídica del que perturba el derecho, o con más precisión: la pena es un procedimiento dirigido a la destrucción de esa voluntad en sus fundamentos o motivos, esto es, a los ímpetus materiales o inmateriales que solicitan a la perturbación del derecho, por todos los medios justos positivos o negativos proporcionados a aquellos motivos".¹¹

Roeder propone que el derecho de tutela de quienes tienen la capacidad de dirigir a los que carecen de ella está basado en que el derecho debe cumplirse, aun mediante la coacción jurídica independientemente de la injusticia y de la voluntad del individuo.

¹⁰ Roeder, Carlos Augusto.- *Estudios sobre el derecho penal y sistemas penitenciarios*.- Trad. Vicente Romero Girón, S/E.- Imprenta T. Fortanet. Madrid, España, 1875. p. 488.

¹¹ *Idem*. p. 459.

Al considerar al delincuente como incapaz del uso entero de su libertad, éste debe ser tratado como un menor falto de educación y necesitado de ella, por lo que se le debe limitar en su libertad, y sujetársele a todas las influencias positivas, como la educación y la doctrina, que son indispensables para corregirlos. El tratamiento debe prolongarse hasta lograr el arrepentimiento y la enmienda:

“...el carácter y el espíritu del único procedimiento justo aplicable, es el de la post-educatio de los individuos abandonados, enteramente incultos, o sumidos en la corrupción de costumbres, y en la barbarie, por medio de un influjo bienhechor sobre el fundamento interno u origen de la injusticia... Sólo la educación fundada en el perfecto conocimiento del hombre, puede indiciar el procedimiento que haya de emplearse, lo mismo que en el caso frecuente del encierro necesario en casas de corrección”.¹²

Es necesario alejar al delincuente de los atractivos del mundo exterior, así como de los placeres materiales y de las distracciones de todo género que dan ejemplo y enseñanza del mal, mediante la separación de la sociedad, incluso el aislamiento. Pero éste debe ser compensado mediante un tratamiento humano y generoso que obligue a la gratitud, por medio de la educación, de la sensibilidad, de la inteligencia y de la voluntad, a través de la instrucción y estímulo del sentimiento del honor.

Esta consecuencia jurídica debe ser aplicable como privación de la libertad, aunque al enjuiciado parezca dolorosa, ya que aquí nada interesan su gusto o su sentimiento, sino el derecho y el objeto esencial jurídico de su rehabilitación.

"La pena, pues, debe aplicarse sin consideración a que afecte al criminal de un modo desagradable, o que la haya reconocido como saludable y para su propio bien, o en fin, que por error de juicio no vea en ella más que el daño exterior; pero nunca ha de imponerse con el fin inmoral de causarle un mal, o solo de hacerle sentir la superioridad de fuerzas..."¹³

La pena, entonces, debe conseguir atacar y destruir la voluntad injusta y su exteriorización. Para ello debe:

- a) Destruir el motivo interior de la voluntad injusta por medio de la educación y reforzamiento del espíritu y del sentimiento.
- b) Apartar al delincuente de todo aquello que desde el exterior ayuda al mal o impide el bien.

¹² *Idem.* p. 461.

¹³ *Idem.* p. 463.

c) Que el inclinado a la injusticia desista de ello por su convencimiento, por medio de facilitarle una ocupación apropiada para él y procurándole, de esta forma, un estímulo exterior digno.

Vemos como Roeder reconoce que la pena es un mal, una consecuencia jurídica en contra de la voluntad injusta, aunque considera que lo será a los ojos del penado, mas no debe serlo a las pasiones de la autoridad. La pena es un medio benéfico para lograr la disminución del delito, evitando la reincidencia, propiciando el mejoramiento del ser humano delincuente, a través de otorgarle una guía y educación por las personas con alta calidad moral.

También reconoce que estas consecuencias beneficiosas y casuales de la pena son "objetos accesorios", en cuanto puedan agregarse al principal, pero siempre como secundarios; sin embargo, estos efectos secundarios son los medios justos de lograr precisamente el fin del objeto primario, esto es, llenan un gran vacío que el objeto primario de la pena no puede llenar, ya que por este medio se

"destruye el mal por medio del bien; produce una verdadera compensación moral y justa; ofrece ejemplo de la conservación vigorosa del derecho, aún contra la injusticia; procura al ofendido y a la sociedad del derecho la mayor satisfacción interior posible a la vez que moral (y cristiana)- compensación intelectual del daño - por la injusticia cometida, y al mismo tiempo la seguridad más completa contra injusticias futuras - reincidencias. Previene, por lo tanto, especialmente, pero sólo de modo fundado y determinado por la injusticia consumada; y previene en general, no sólo por su aspecto exterior, en cuanto se relaciona con una limitación de la libertad que la mayor parte sentirán y temerán como un mal exterior, sino que también por la impresión de la justicia interior, que impone el respeto y la gratitud más o menos lejana por el arrepentimiento eficaz del criminal, al cual se vuelve a la obediencia reconciliándole con la sociedad, cuyo regreso a ella se le facilita".¹⁴

Roeder, bajo este pensamiento correccional, no rechaza absolutamente el tratamiento que la Escuela Clásica le da a la pena, sino en tanto la concepción de ser un mal, que debe aplicarse a un mal cometido por la libre voluntad, esto es, vista a la pena como un modo de infringir el dolor por el dolor mismo. Más bien, agrega algunos elementos que permitan a la pena lograr sus objetivos de prevención.

Si bien es cierto que expone algunas posiciones que chocan directamente con la doctrina de la pena en la Escuela Clásica, como la sentencia indeterminada, la revisión judicial de la sentencia, etc., también lo es que vista de un modo complementario, sin necedades doctrinarias, ésta y la Clásica representan un conveniente complemento puesto en práctica por los Códigos de la época

¹⁴ *Idem.* p. 469.

considerados como correccionalistas, que sin abandonar los postulados principales de la Clásica, principalmente en el sentido de limitar al Estado en su actuación frente al ciudadano, agregan la intención y las instituciones de la de Roeder, al propósito y a la práctica de la pena, ya que si bien por la primera escuela se reconoce el derecho del individuo y, como tal, impone la obligación a la autoridad legislativa y judicial de ajustarse estrictamente al derecho y a una ley moral eterna, con el fin de que no se derive en tiranía y se abuse del poder, también se le da un sentido y utilidad a la pena, por razón de la segunda.

Para el tema de nuestro trabajo es importante hacer mención que Roeder justifica su teoría al someter al delincuente a una posición similar que al menor de edad, y el éxito de su tratamiento correccional depende de que sea concebido como "un medio riguroso de tutela, y tutela ejercida sobre seres moralmente menores, y se ejecute bajo ese espíritu..."¹⁵

No nos parece imposible que se pensara posteriormente que si este tratamiento de la pena puede ser aplicado a los adultos que son concebidos como menores, con mayor razón este tratamiento penal-tutelar servirá para los menores de edad cuyas mentes no están aún corrompidas por completo.

La Escuela Correccional, que podría considerarse como un complemento adecuado para las instituciones jurídicas de la Escuela Clásica, sirvió como fundamento para que se concibieran algunos postulados de la "Escuela Positivista Italiana", como veremos enseguida.

Si bien la Escuela Clásica desea justificar la adopción de las máximas garantías legales y procesales para lograr que se condene solamente a quien es culpable de haber transgredido al derecho, con el fin de evitar acciones subjetivas de los detentores del Estado, que aprovechando su posición abusan del poder conferido para fines propios, en contra de los intereses de los demás y del orden natural, considera a la pena un mal, una retribución por el daño causado, una penitencia civil por el pecado cometido ante la sociedad por haber violado el derecho natural. Sin embargo, no se trata de infligir el mal por el mal, sino éste tiene un sentido: la ejemplaridad y la restitución del derecho violado. La Escuela Correccional consideró, entonces, que la pena tenía un fin, que es la corrección y regeneración del reo por medio de la educación moral y del trabajo.

¹⁵ Roeder, Carlos Augusto, "Mejora del sistema de prisiones por medio del aislamiento". *Op. Cit.* p. 942.

En el caso de los niños, los fines de ambas escuelas poseen mayor relevancia y consideran un tratamiento especial, ya que por un lado no son capaces plenamente y, por el otro, son susceptibles de una mejor y más rápida corrección.

La mayoría de los códigos penales de la época adoptaron instituciones sustantivas y procesales de estas dos escuelas, para reaccionar en forma diferente contra los menores de edad que fuesen declarados inimputables, ya por una declaración del juez, o porque la ley presumiera *juris et de jure* que algunos niños carecían de discernimiento, como lo sugiere Carrara por razón de política penal.

Para éstos había un proceso y consecuencias especiales diferentes de los adultos o de los menores de edad a quienes se acreditare hubiesen obrado con discernimiento. Sin embargo, existían diferencias respecto de los adultos, como disminuciones considerables de tiempo en las penas, la posibilidad de excarcelación, cuando el menor enmendara su conducta, e instituciones especiales separadas de los criminales adultos para cumplir con su sentencia.

En los procesos establecidos en estos códigos existían diferencias en relación a los adultos, que tendían a beneficiar al menor; por ejemplo, cuando se dispone que el Juez debe trasladarse al lugar de reclusión del menor para celebrar las diligencias. En la pena, cuando menos en lo teórico, existía la preocupación de una preparación moral y física para el sentenciado, que lo ayudara a enmendarse por medio de un aislamiento reflexivo. Tenía que considerarse al reo en general, como un niño susceptible de ser guiado y tutelado.

Esto demuestra, a nivel doctrinario, que las teorías clásicas de Carrara de la libertad moral y las instituciones correccionales de Roeder, en las que se inspiraron muchos códigos penales de la segunda mitad del siglo XIX, incluso el mexicano, dedicaban una atención especial, protectora y distintiva para el tratamiento del delincuente menor de edad respecto de los demás delincuentes. En cuanto al fin de la pena, no era el proporcionar un castigo o sufrimiento al menor por el delito cometido, sino enmendarlo por medio de la educación moral y física en una institución especial diferente de la de los adultos, por lo que el discurso proteccionista que acusa a los códigos de este corte de retribucionistas e inhumanos carece completamente de sentido, y podemos entender dicho discurso solamente como un argumento justificatorio basado en una falacia.

IV. FERRI Y EL POSITIVISMO PENAL ITALIANO

A mediados del siglo XIX, la utilización de las ciencias experimentales se encontraba en auge. Estas habían mostrado sus magníficos resultados en la física, en la química, la medicina, la biología, la antropología, etc. La observación y la experimentación era la base, en este momento, de muchas ciencias que anteriormente se habían basado en dogmas y racionalizaciones para explicar su objeto de estudio. Muchos científicos y doctrinarios iniciaron sus investigaciones con el objeto de explicarse la conducta del hombre; de ahí que la antropología, la psicología y la sociología tuvieran, de igual modo, una época de grandes descubrimientos.

Algunos científicos, preocupados por la conducta del hombre, y en especial la del hombre criminal, así como por investigar la génesis del delito, iniciaron sus investigaciones en cárceles y manicomios, aplicando el método de observación, descripción y estadístico, para descubrir elementos que permitieran conocer, por su aspecto y características externas, al hombre predispuesto para el delito. La teoría evolucionista de Darwin sirvió de inspiradora a la doctrina denominada Antropología Criminal. Uno de sus más grandes exponentes fue César Lombroso, quien al hacer un estudio estadístico y descriptivo de cráneo y la antropometría de los delincuentes, elabora una clasificación científica del ser humano, dando así las categorías del criminal nato y criminal pasional.

En la misma época, estudiosos simpatizantes con la aplicación del método científico al derecho, en especial al penal, inician una serie de estudios relacionados con la delincuencia, el delito y el delincuente, dando así origen a lo que se conocería como la "Escuela Positivista", desarrollada en Italia, heredera de algunos postulados del Correccionalismo de Roeder y del Penitenciarismo de Howard, y que se convertiría en el gran contrincante de la Escuela Clásica de Carrara.

De los exponentes del positivismo penal podemos identificar a César Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo. El segundo de ellos, en su libro intitulado *Sociología Criminal*, publicado en 1881, expone con claridad los principios de esta nueva escuela. Del pensamiento de este autor obtendremos los principales argumentos que nos permitirán conocer la gran influencia del positivismo en la justicia penal y, en especial, en la justicia de menores.

Esta escuela, según comenta Ferri, nace ante una ausencia y un olvido por parte de la Escuela Clásica y de la Correccional. Menciona que ambas representan

la culminación gloriosa de la corriente penal iniciada por Beccaria en el siglo XVIII, cuya preocupación era disminuir las penas en la primera y la corrección moral y jurídica en la segunda. Sin embargo, si bien la Clásica logró cumplir sus fines de dulcificar las penas y la segunda corregir a algunos con potencialidades biológicas para ello, no habían podido detener con sus principios e instituciones el alto grado de criminalidad que crecía permanentemente.

Ante la imposibilidad del sistema clásico del derecho por frenar el incremento de la delincuencia, Ferri considera que es necesario dejar atrás las viejas enseñanzas dogmáticas para dar paso a los conocimientos científicos de la antropología, la psicología y la sociología criminal, con el objeto de estudiar al delincuente y al delito como un hecho social y no como ente jurídico (postulado que sostenía la Escuela Clásica) y, por medio del método científico, arribar a conclusiones y leyes científicas, para que los postulados de la ciencia penal fueran verdaderos universalmente y no sólo supuestos metafísicos y filosóficos, en ocasiones contradictorios entre sí.

Criticó que la doctrina penal se había preocupado por estudiar al delito como una entidad abstracta

"hasta ahora el criminólogo ha estudiado el robo, el homicidio, la falsedad en sí mismas y para ellas mismas, <<como entidades jurídicas>>, como abstracciones y con la ayuda exclusiva de la lógica abstracta y de los sentimientos peculiares al hombre honrado, que se ha creído de un modo equivocado, idénticos a los de los criminales, ha establecido para cada delito,...una pena determinada, por anticipado, de igual suerte que para cada una de las antiguas especies de enfermedades, se habían prefijado de antemano los remedios rigurosamente dosificados".¹⁶

¹⁶ Ferri, Enrico.- *Sociología Criminal*.- Trad. Antonio Soto y Hernández, Centro Editorial de Góngora, sin fecha, aunque el prólogo habla de 1908. Madrid, España. p. 15.

Lamentablemente, con el paso de los años y la aplicación de un sistema penal adaptado a los postulados positivistas, nos demuestra que la sentencia de Ferri debe revertirse en contra de su propia Escuela. Efectivamente, éste criticó con fuerza que quienes elaboraron las leyes creyeron que todos los hombres eran iguales; del mismo modo, los jueces, médicos, psicólogos, educadores, antropólogos, criminólogos, etc., encargados de administrar justicia en los menores infractores, creyeron que las causas del delito eran unas y para ellas consideraron el remedio, y lo aplicaron, y una vez probado ese camino lo continuaron de manera invariable durante mucho tiempo. Esto es, desde los años veinte hasta los sesenta creyeron que la génesis del delito se encontraban en los antecedentes hereditarios, se privilegió las investigaciones hereditarias y siempre encontraron sifilíticos, tuberculosos, alcohólicos, epilépticos, en todos los menores sujetos a la acción del tribunal; cuando se privilegió el estudio social, posteriormente, en todos los caso encontramos a familias disfuncionales.

Así pues, vemos que los sistemas y creencias, ya lógicas o científicas, son sujetas de un subjetivismo acentuado de quien elabora los modelos a los que deben ajustarse los demás; la comodidad u holgazanería científica lleva a elaborar cajones o etiquetas para cada enfermedad o categoría del individuo, tan generales que en el trabajo práctico todo individuo, normal o no, cae en diferente grado dentro de alguna de las categorías, y es precisamente en donde radica lo peligroso de esta teoría para el respeto de los derechos humanos, en tanto el destino de un menor se

Para el abogado clásico, al igual para el médico de antaño, la persona es un elemento secundario. Es un sujeto al que se le aplican fórmulas teóricas, teóricamente imaginadas, un maniquí animado sobre cuya espalda el Juez pega el número de un artículo de la ley penal, y que llega a ser igualmente un número para la ejecución de la sentencia.

Sostiene que al igual que el delito de la Escuela Clásica, la pena está muy lejos de conseguir su objetivo, ya que la pena prescrita apriorísticamente es resultado de un silogismo abstracto de personas que consideraban que, como ellos, todos los hombres compartían el mismo sentimiento y la conciencia honrada, esto es, creyeron que todos eran iguales a ellos. Pensaron que el hombre tiende hacia el bien, y si hace el mal es por ignorancia o malignidad y siempre por la libre manifestación de su voluntad.

Reconoce que no todos los hombres son iguales, ya que muchos no sienten la menor repugnancia en cometer delitos; el robo es un oficio, la pena es un riesgo profesional, como el del albañil al caer del tejado. La idea de sufrimiento e infamia que la prisión forma en la gente honrada, es para otros un lugar en donde se encontrarán con antiguos amigos y donde se puede vivir a costa del Estado.

La Escuela Positiva que propone Ferri pretende encontrar las causas naturales del delito para descubrir los remedios eficaces, no para suprimirlos, sino para contenerlos en ciertos límites. Y así, como hemos visto a la Escuela Clásica elevarse en nombre del individualismo, para reivindicar los derechos oprimidos por el Estado durante la Edad Media, la Escuela Positiva intenta poner límites a la soberanía excesiva de este individualismo, y tiende a establecer este equilibrio entre el elemento social y el individual.¹⁷

A continuación, con el objeto de precisar mejor a la doctrina que inspiró a los sistemas tutelares, haremos una breve revisión de sus principios.

encuentra al arbitrio de quien califica su personalidad, como perteneciente al cajón A o al B, a la característica de normal o "sifilítico, tuberculoso, moralmente abandonado o incorregible".

Por otro lado, la realidad nos demuestra que la incapacidad de prevenir o controlar el delito criticado ampliamente por Ferri de la Escuela Clásica fue un problema que no pudieron resolver las instituciones inspiradas en el positivismo, aunque con el inconveniente de que, a diferencia del sistema clásico con el positivista, no existían mecanismos con los que el ciudadano pudiese defenderse del arbitrio mal entendido de los funcionarios del Estado.

¹⁷ Ferri, Enrico. *Op. Cit.* p. 23.

A) Ineficacia psíquica de la pena para controlar al delito

Al considerar en crisis a la Escuela Clásica por la ineficiencia de la pena para disminuir o controlar dentro de ciertos límites a la delincuencia, Ferri afirma que la pena no posee esa coacción psicológica inhibitoria en contra del delito (en que basan toda su teoría preventiva los iluministas) o, cuando lo hace, su acción es muy limitada.

El asesino no mira las penas, sino al Juez que condena a muerte y, sobre todo, al verdugo que ejecuta la pena, por lo que más que la severidad de la pena para alguna acción lo importante es la severidad del Juez que aplica la pena. La represión judicial es un factor importante en la efectividad de la coacción psíquica de la pena; por ello, el número de absoluciones y la baja proporción de la aplicación de penas graves en relación al total de los condenados, es un factor que disminuye la eficacia de la medida, puesto que "en virtud de la ley psicológica... tanto para el castigo como para un dolor cualquiera, se contiene más ante la certidumbre del mismo que ante su gravedad".¹⁸

Otro elemento es la esperanza de impunidad por razón de que en los delitos no denunciados o no descubiertos, la pena no puede ejercer acción alguna,

"el conocimiento de un delito grave, acompañado del hecho de quedar ignorado el autor, tiene infinitamente más influencia para tentar y provocar al delito a aquellos que están predispuestos a él, que el poder que tenga para detenerlos el conocimiento de las condenas que todos los días se pronuncian".¹⁹

La efectividad de la coacción psíquica de la pena también se ve afectada por las características antropológicas, físicas, sociales y psíquicas de las sociedades y de los individuos que la integran. Ferri identifica tres clases sociales diferentes: la primera, la clase moralmente más elevada, que es honrada por razón de su constitución orgánica, por su sentido moral, y cuya única sanción importante está representada por su conciencia o la opinión pública, y no por temor a la pena. La segunda, más baja, integrada por los individuos refractarios a todo sentimiento de honradez, porque privados de instrucción y sumidos en la miseria moral y material, sensibles a una lucha feroz por la existencia, transmiten por herencia recibida también de sus antepasados una constitución patológica y degenerada, resultado de un atavismo al estado salvaje. En esta clase se encuentran los criminales natos. Una tercera clase intermedia de individuos, es la constituida por las personas que no han nacido para el delito, que no están privados del sentido moral, educación y

¹⁸ *Idem.* p. 262.

¹⁹ *Idem.* p. 266.

cultura, pero que oscilan entre el vicio y la moralidad. En esta categoría se encuentra a la mayoría de los criminales de ocasión y es en ésta, en donde se observa que la pena produce un efecto psíquico determinado.

~~Para sostener la ineficacia que produce en la psique la amenaza de la pena,~~ argumenta que una de las características del hombre es la imprevisión, que lo hace desafiar hasta las consecuencias naturales más ciertas, que son impotentes para impedir la realización de actos peligrosos o contrarios a la naturaleza.

“El hombre es idéntico a sí mismo, y no es ciertamente un código penal más o menos severo el que podrá destruir en él tendencias naturales e invencibles, tales como la atracción del placer y la continua esperanza de la impunidad”.²⁰

Ferri concibe al delincuente como un incapaz de motivarse para abstenerse de realizar una conducta violatoria de la ley penal, como un niño que ante la amenaza de una represalia desconocida, por no haberla vivido, y no ser visualizadas las consecuencias, no es motivado por ella, o cuando se conocen las consecuencias, pero el beneficio del ilícito es mayor, se arriesga a sufrir las consecuencias en pro del beneficio obtenido.

B) Equivalentes de la pena

Ante la ineficacia de la amenaza psíquica de la pena para prevenir el delito, propone otros medios que a su juicio serán más efectivos para lograr el fin propuesto, y que llama "equivalentes de las penas", que son una serie de acciones que el Estado realiza con el objeto de prevenir los delitos. Entre ellas podemos encontrar, en el orden económico, el libre cambio, impuestos y restricciones a la fabricación y venta de alcohol para prevenir el alcoholismo. En el orden político, el respeto a las libertades públicas, para impedir atentados, revueltas, conspiraciones y guerras civiles. El orden científico aporta conocimientos nuevos que evitan ciertos delitos. En el aspecto civil y administrativo, una legislación testamentaria adecuada evita homicidios causados por herencias. En el orden familiar la adopción del divorcio evitará bigamias, adulterios y homicidios.

En orden educativo, argumenta que si bien la educación no es el remedio eficaz y directo contra el delito, si produciría efectos positivos en algunos casos; por ello propone abolir espectáculos crueles, suprimir las casas de juego, aplicar las leyes de la fisio-psicología para los planes de estudio y dar orientación

²⁰ *Ibidem.* p. 288.

vocacional, mejorar la situación de los maestros, abolir fiestas, y establecer, en su lugar, diversiones higiénicas y gimnásticas, suprimir revistas inmorales, controlar la entrada a las audiencias de los tribunales criminales.

En relación a los menores, considera que se debe atacar el germen del delito al suprimir sus causas; por ello, se debe prevenir la degeneración de los niños, dando comidas escolares y educación a los menores abandonados, con la ayuda de escuelas para pobres, escuelas agrícolas, etc., sin necesidad de esperar que el mal se haya consumado para tomar medidas represivas.

Acusa que la infancia abandonada es producto del industrialismo desmedido que obliga a padres y madres de familia a trabajar día y noche, dejando a los hijos en medio del arroyo, acostumbándose a la miseria y al delito. Califica de absurdas las penas impuestas a los menores, derivadas de la doctrina clásica, por que ésta reconoce *a priori* la irresponsabilidad del menor, graduando poco a poco hasta la mayoría de edad, ello bajo la falsa idea de que un malhechor comienza por delitos leves y gradualmente va aumentando su gravedad. Por el contrario, argumenta que los niños que comienzan con delitos leves, nunca llegan a los graves, se quedan toda su vida cometiendo esta clase de delitos leves. Los grandes criminales, comienzan sus graves fechorías desde su juventud, dado que la precocidad es una de las características del criminal nato.

Critica el envío de los menores a prisión por los cortos plazos que se establecen en la ley, porque con el contacto con los delincuentes peores, perfeccionarán el arte del delito y aumentarán su degeneración física y moral, por lo que sugiere que la represión sea sustituida por los medios preventivos apropiados.

Considera que es necesario distinguir a la infancia materialmente abandonada; esto es, los niños huérfanos, los moralmente abandonados, que con frecuencia es la infancia maltratada o torturada, víctimas de sus padres, o los hijos de delincuentes, alcohólicos, vagabundos y mendigos, que llevan en las venas el virus hereditario de la degeneración.

C) El libre albedrío y el determinismo

La Escuela Positivista rechaza terminantemente el concepto de *libre albedrío*, y lo califica como una mera ilusión, atendiendo a los descubrimientos de la fisiopsicología, así como de las dificultades teóricas de la aplicación de este concepto

en los tribunales. Si bien el determinismo no logra comprobar la inexistencia del libre albedrío, los razonamientos empleados pretenden hacer ver la inconveniencia de su utilización como la médula de la responsabilidad del derecho penal clásico. Además de que los descubrimientos científicos lanzan por los suelos la idea metafísica de una voluntad como ente existente por sí mismo en el alma del ser humano, se denuncia el inconveniente práctico relacionado con la función judicial de tomar en cuenta todos y cada uno de los elementos que intervienen en la voluntad del hombre y que son independientes a sí mismo, resultado de factores externos, fuera de su alcance material y espiritual.

Esta Escuela, en lo práctico, hace ver los inconvenientes de seguir el principio del libre albedrío para el derecho penal, diciendo que si se toma en cuenta la edad, el sueño, la sordomudez, la locura, la embriaguez, para determinar el grado de libertad con la que actuó el individuo y así fijar una pena proporcional a este grado, debe tomarse en cuenta también, la instrucción, educación, profesión, estado civil, domicilio, situación económica, temperamento sanguíneo o nervioso, el clima, la raza, la temperatura anual, producción agrícola, aglomeración de la población, grado de latitud en que se cometió el delito, grados centígrados, metros cúbicos de aire respirable, etc.

Denuncia que las circunstancias tomadas por la doctrina clásica para medir el grado de libertad, es en mucho injusta porque castiga más severamente a los delincuentes menos peligrosos que cometen delitos de ligera importancia, ya que de él no se investigan sus condiciones psicopatológicas, a diferencia de los delincuentes peligrosos con obras atroces, para los cuales se dan absoluciones o dulcificaciones extraordinarias en las penas.

D) La defensa social

Ferri urge el cambio de sistema, ya que a su juicio el libre albedrío es insuficiente e injusto en un sistema penal. El derecho de la sociedad y del Estado de relegar a los que cometen el delito, no se funda en el libre albedrío y la obligación moral de respetar las leyes morales del universo, sino en que la sociedad tiene el derecho inalienable de defenderse de lo que la amenaza o la daña.

El autor explica que al igual que todo sistema de vida lucha por su existencia y reacciona cuando es amenazado, el reino animal, y sobre todo los mamíferos, reaccionan por medio del jefe de la manada cuando se ve amenazado el grupo.

Existen tribus salvajes en las que los individuos viven aislados, en las que algún ataque y la respuesta defensiva no están sujetos a ninguna regla por parte de la tribu. La ofensa se considera como algo meramente individual, y se le concede el derecho de reaccionar individualmente para defenderse para el presente y para el porvenir; así, el individuo exitado por el resentimiento o deseo de venganza, reacciona en un grado mayor en contra del ofensor. Esta reacción se manifiesta en forma inmediata en el momento de la agresión o es aplazada para otro momento, lo que podría considerarse como una verdadera venganza.

Atento a que la reacción individual siempre es excesiva, la comunidad se vio en la necesidad de refrenarla y tomar parte de la reacción del ofendido, convirtiéndose en *vindicta pública* sobre la individual, aplicándose la Ley del Tali3n, que si actualmente se mira como un sistema bárbaro, en su 3poca fue uno de los más grandes adelantos penales para evitar la excesiva violencia.

Ferri concuerda con Rousseau y Beccaria al afirmar la naturaleza contractual de la sociedad, en la que se justifica el derecho de castigar del Estado, en que cada asociado que lo integra se ha despojado de dicho derecho en favor del Estado y que en forma transitoria, cuando el Estado no puede defenderle, el individuo lo recupera para protegerse, como en la legítima defensa.

E) Culpabilidad moral

La reacción individual, como la social, tienen como fin exclusivo la defensa, ya del individuo, ya del grupo, pero esta defensa es amoral, no existe ningún señalamiento en cuanto a la perversidad del ofensor, o su calidad moral, etc.

Se trata de una misión preservativa, porque cuando la sociedad reacciona en contra de alguno que ha cometido un delito, lo hace con un sentido de conservación, ya sea de defensa inmediata, concomitante a la acción o de preservación, previniendo males futuros. Por otro lado, si la defensa legítima se otorga al individuo cuando sufre una agresión actual, real e inminente, el autor considera que la sociedad en todo momento se encuentra en este supuesto, ya que todos los días y a todas horas está siendo atacada y agredida, por lo que no se trata del derecho de castigar, sino del derecho de defenderse.

F) Responsabilidad social

Como la función de defensa social es independiente de la responsabilidad o culpabilidad moral, la Escuela Positiva sustituye tal concepto por el de "responsabilidad social".

La primera condición para que un hombre sea sujeto a una pena determinada por el legislador y aplicada por un Juez, es que el delito sea cometido por el mismo hombre que es juzgado, esto es, que le sea imputable físicamente, que la acción sea suya. Para que esto último sea posible es necesario que en la acción, en su última fase, haya existido un proceso fisio-psicológico, físicamente libre.

La Escuela Clásica considera que para unir la imputabilidad política o responsabilidad penal a la imputabilidad física, es necesaria la mediación de la responsabilidad moral, imputabilidad moral, o culpabilidad moral, que para Ferri tienen el mismo contenido, ya que cualquiera de ellas está integrada por la voluntad libre y la inteligencia (o conciencia) normal del autor. Por el contrario, la Escuela Positivista considera que al no existir libre albedrío o voluntad libre, no existe responsabilidad, imputabilidad o culpabilidad moral, sin que ello quiera decir que desaparezca la imputabilidad, responsabilidad penal o la punibilidad del delincuente, por lo que la sola imputabilidad física basta para establecer la responsabilidad penal. No por el hecho de argumentar que no existe responsabilidad moral, el Estado queda cruzado de brazos sin reaccionar contra el delincuente, para defender al derecho y a la sociedad.

Esta concepción de la defensa social como base del derecho del Estado a reaccionar frente al criminal, fue criticada por los clásicos cuando afirmaron que "Autoriza a prohibir, bajo pretexto de utilidad pública, actos que nos son perjudiciales, concediendo a la autoridad social la tiranía de la arbitrariedad".²¹ Se

²¹ Carrara, Francesco. Citado por Ferri, Enrico, *Idem.* p. 66.

Lamentablemente esta sentencia de Carrara fue en aquella época una profecía que la historia se encargó de cumplir. En este sentido podemos ver el derecho penal de los países totalitarios, justificados por la defensa social, legitimaron un régimen de derecho penal arbitrario y tirano, en otro sentido, en el de los menores infractores utilizado también en los países que se autoproclamaban como Estados democráticos de derecho, la utilización de principios y sistemas inspirados en la Escuela Positivista llevó a este absurdo en que la utilidad social y la necesidad de proteger a los menores abandonados y la necesidad de corregir a los infractores llevó al mismo sitio y al mismo proceso de readaptación a los menores víctimas y a los menores agresores. Se reunía en un mismo edificio al violador y al violado, al agresor y al lesionado, etc. En actos que no son perjudiciales como la orfandad, la venta de golosinas, etc., en manos de la autoridad social fueron los hechos por los cuales se persiguió a los menores y se castigó indiferentemente a los culpables y a las víctimas.

podría castigar indiferentemente al inocente y al culpable, si la muerte del primero se estima tan útil como la del segundo.

A este argumento Ferri responde ingenuamente manifestando su absoluta confianza en que la arbitrariedad termina cuando los principios científicos y la ciencia misma avanzan, principios que se dan de acuerdo a las observaciones sociales y no a principios apriorísticos.

G) Las sanciones

Al igual que el orden planetario, la vida es siempre una sucesión incesante de acciones y reacciones, por lo cual donde quiera que exista un animal o un hombre, siempre estará presente el concepto de sanción, equivalente al de reacción. Así, existen tres grandes grupos de sanciones, la física, la biológica y la social. El ser vivo que viola las leyes de la naturaleza encuentra de inmediato la sanción, quien se inclina de más en una ventana, aun con la intención más moral y bienhechora, cae y muere (sanción física); el que come demasiado y sufre de una indigestión, puede comprometer su integridad fisiológica y mental (sanción biológica); el transeúnte que por distracción tropieza con otro produce en él una reacción, que aunque se manifieste la falta de intención, la reacción subsiste y si estas situaciones son comunes en aquél le producirá un estigma, que le acarreará humillaciones y desprecios (sanción social);

"Si un hombre nace irascible y torpe, y si por ello le ocurren accidentes continuos de los cuales sufre y hace sufrir a su prójimo, estos defectos innatos encontrarán una excusa ante el celeste tribunal; pero aquí sobre la tierra, sus fracasos no son menos desagradables a sus semejantes que si fueran faltas intencionales o negligentes."²²

De esta forma se demuestra que toda reacción y sanción social se producen independientemente de la voluntad y de la culpabilidad moral del individuo que acciona; por ello, la sociedad que reacciona en contra de lo que le afecta o daña, es un elemento eminentemente natural, necesario e inevitable.

La teoría positivista no exige este elemento en la sanción social, y ello va en concordancia con el determinismo universal, además de estar acorde con las leyes de la naturaleza.

La vida social no es más que una continuación indefinida de acciones y reacciones, por lo que toda acción individual, por indiferente que parezca,

²² *Idem.* II tomo, p. 70.

determina en el cuerpo social una reacción que le corresponde en cantidad y en calidad.

Ferri expresa su deseo de que algún día, con el avance de la ciencia, la sociedad llegue a considerar a los delincuentes como similares a los locos, quienes son individuos a los que la anormalidad de su organismo les empuja al delito desde la tierna edad, sin tener fuerza necesaria para resistir tal impulso. De esta forma, no producirán tal odio y repulsión en la sociedad, lo que implica que al igual que con los locos, la sociedad tiene el derecho de separarlos de los demás hombres cuando los medios preventivos resulten insuficientes.

H) El grado de sanción

La justificación que existe para el derecho de defensa en contra de un individuo no es la responsabilidad moral sino la social, que el hecho le es imputable por la razón de haberlo realizado.

Como se vio, existen sanciones físicas y biológicas; éstas, si bien son iguales en calidad, no lo son siempre en cantidad o grado. El que cae de una ventana desde muy alto seguramente morirá, a diferencia de quien lo hace de una más baja; quien toma veneno muere; quien se indigesta, se molesta y enferma; quien abusa del alcohol por poco tiempo, las consecuencias son salvables a diferencia de quien lo hace por mucho tiempo, que casi siempre se vuelve loco. Asimismo, las sanciones sociales, a la par de ser independientes de la culpabilidad moral del individuo, cambian en calidad y grado según las circunstancias particulares del individuo que obra, del acto realizado y de la sociedad en que vive.

En el aspecto de las sanciones, la Escuela Positivista parte de una premisa diferente a la Clásica en el siguiente sentido: la segunda concibe como ente separado al arte de gobernar del derecho penal, considera como accesorias las cuestiones civiles derivadas del delito, esto es, el derecho penal es un ente separado de cualquier otra instancia política, en tanto es universal y absoluto; en cambio, la primera considera necesario el reunir todos y cada uno de los medios de defensa como uno sólo:

"la prevención y la represión son igualmente necesarias para asegurar la defensa social. del propio modo que en la defensa contra las enfermedades ordinarias, conviene emplear a la vez la profilaxis higiénica y la terapéutica clínica."²³

²³ *Idem.* p. 156.

De esta forma, las sanciones sociales en su conjunto, diferentes de las penales de la Escuela Clásica, en el pensamiento positivista penal se dividen en cuatro, y son:

a) Medios preventivos: que consisten en una serie de restricciones llevadas a la actividad individual o social, por lo que "es fácil reconocerles el carácter propio de una verdadera sanción, aplicada, es cierto, bajo la forma más indirecta y menos grave".²⁴

b) Medio reparatorios: que se producen cuando el hecho antijurídico, crimen, contravención, ha sobrevenido ya, como la reparación de los daños causados.

c) Medios represivos: como la prisión, colonias agrícolas para adultos y menores, el internado, la multa conmutada por días de trabajo, suspensión del ejercicio del cargo o profesión.

d) Medios eliminatorios: los que pretenden hacer imposible la reincidencia y deben emplearse en los casos de las acciones criminales más peligrosas, por su gravedad (homicidios calificados, violaciones, incendios), etc. o por el carácter de los individuos que los comenten (criminales natos, locos o habituales); tienen como fin purgar a la sociedad de los elementos inadaptables y que le constituyen un peligro constante se cuentan entre ellos: la pena de muerte, los manicomios para locos y las colonias agrícolas

El *quantum* de la sanción se basa en el grado de temibilidad del delincuente y en el grado de adaptación al medio social, esto es, que la modalidad de la pena debe ser acorde con la posibilidad de adaptación del culpable a la sociedad para dejar de ser temible.

El tipo de sanción a aplicar debe ser resultado de las investigaciones de la antropología criminal respecto de las características de los criminales, por lo que se emplearán los medios eliminatorios para los criminales natos más peligrosos y para los criminales locos que son un riesgo; los represivos temporales y reparatorios, para los ocasionales y pasionales.

En relación al grado de la sanción se debe atender a la "cualidad más o menos antisocial del acto, y la más o menos antisocial del agente".²⁵

²⁴ *Ibidem.* p. 160.

²⁵ *Idem.* p. 167.

Los motivos determinantes del individuo representan lo que posteriormente se vendría a conocer como los elementos biopsicosociales, esto es, lo constituyen las condiciones antropológicas, biológicas, físicas y sociales que determinan al individuo a reaccionar o actuar de cierto modo. Estas son una de las instituciones más relevantes de la teoría positivista, en tanto responden directamente a su posición respecto del libre albedrío.

Ahora analizaremos algunas instituciones procesales de esta teoría:

I. El procedimiento penal positivista

Con base a estas concepciones y planteamientos doctrinarios de la Escuela Positiva, Ferri critica a las instituciones procedimentales clásicas y sugiere modificaciones substanciales a las mismas, para adecuarlas a los principios de su escuela, que son:

1. Establecer el equilibrio de los derechos y de las garantías entre el individuo que debe ser juzgado y la sociedad que juzga.
2. El oficio del Juez no debe ser comprobar el grado de responsabilidad moral del delincuente, sino, una vez probada su culpabilidad material o responsabilidad física, fijar la forma de preservación social más apropiada al procesado, según la categoría antropológica a la que pertenezca.
3. Debe existir continuidad y solidaridad entre las diferentes funciones prácticas de defensa social, desde la policía judicial hasta la sentencia y su ejecución.

Ferri propone un nuevo procedimiento penal, en el que la labor del Juez sea acreditar la existencia del delito y que el mismo le sea imputable a una persona, para posteriormente basar el juicio en la categoría antropológica del individuo, por medio de los principios científicos, resultado del diagnóstico proporcionado, convirtiendo al proceso en un medio científico para la aplicación de una sanción. Así, el hecho delictivo se convierte en una condición necesaria para proceder en contra del autor y no la preocupación exclusiva del Juez.

Las pruebas en el proceso adquieren una relevancia especial cuando se trata del proceso positivista, ya que además de las pruebas clásicas, deben tomarse muy

en cuenta las pruebas científicas para acreditar la existencia del delito, tales como las pruebas físicas, químicas, mecánicas, caligráficas, toxicológicas, etc., pero sobre todo deben tomarse en cuenta todas las pruebas individuales concernientes a la persona, como las psicológicas, antropológicas y psicopatológicas.

En la etapa de recopilación de pruebas (policía judicial), los estudios que determinan las características orgánicas y psíquicas del delincuente, así como el estudio científico de las clases delincuentes, ayudarán a la persecución de culpables más eficazmente. Los tatuajes, formas del cráneo, la fisonomía, los reseñamientos fisiopsicológicos, reacciones vasculares, darán mayor certeza a las investigaciones y a las sentencias.

Con este procedimiento se evitaría que los culpables puedan ser absueltos por falta de pruebas, con la aplicación y utilización de pruebas científicas, como la antropometría a la prueba de identidad personal, para efecto de descubrir a los reincidentes, o como las indicaciones de las pruebas efigmográficas, sobre variaciones de la circulación de la sangre, para detectar cuando el inculcado o el testigo mienten.

Sugiere que en cada juzgado exista un grupo de peritos en antropología criminal que auxilién al Juez a indicar el grupo antropológico al que pertenece el acusado.

Recogidas las pruebas y acreditada la existencia del delito y de que el procesado fue el autor del mismo, la discusión debe centrarse en los factores determinantes de la conducta y en la categoría antropológica del sujeto, para lo que se precisa que tanto el acusador y la defensa tengan conocimientos de ciencias biológicas, psicológicas, etc., por lo que podría convertirse el oficio de abogado penal en un oficio público como el de fiscal, ya que la discusión en el juicio no será la objeción de pruebas para demostrar la menor o mayor libertad de la voluntad del sujeto, sino solamente su ubicación en una u otra categoría antropológica.

“La defensa y la acusación, deben ser, pues, tanto la una como la otra, funciones sociales, confiadas a funcionarios diferentes, por la única razón de que hay imposibilidad cerebral de que un mismo hombre, en un mismo proceso, determine igualmente en un examen imparcial las pruebas de acusación y defensa”.²⁶

²⁶ *Idem.* p. 288.

Esta sentencia de Ferri no fue tomada en cuenta por algunas instituciones procesales relacionadas con la justicia de menores, en las que por necesidad de justificar la presencia de una institución que representara los intereses de los menores y de la sociedad, diferente del Ministerio Público, para dar al procedimiento tutelar visos

Es necesaria la desaparición del principio de cosa juzgada en materia penal, cuando existe condena, ya que la sentencia debe ser revisada periódicamente por el Juez, quien en unión de otros funcionarios a cargo del reo, determinará el plazo de ~~segregación y tipo de sanción correspondiente al inculpado para lograr su readaptación al medio social.~~

J. Tipos de sanciones penales

Para lograr que el derecho penal basado en los principios positivistas cumpla con su cometido de prevenir la delincuencia, controlarla y defender a la sociedad, es necesario que las instituciones se circunscriban a tres criterios principales: a) segregación por un tiempo indeterminado; b) reparación de daños; c) apropiación de medios defensivos para las diferentes clases de delincuentes.

a) En el primer caso se requiere adoptar el principio de la pena indeterminada, puesto que es más efectivo el tratamiento al delincuente de continuo, que el establecer penas de prisión de corta duración que promueven la constante reincidencia. Por otro lado, si se concede la garantía al individuo de la libertad condicionada cuando se presume que no volverá a delinquir, por qué no conceder una garantía similar a la sociedad de no dejar libre a un individuo hasta en tanto esté preparado para vivir en libertad en la sociedad. Así,

"el juez deberá solamente decretar, en la sentencia condenatoria, la segregación por tiempo indeterminado, ya sea en la casa de locos criminales, ya en el establecimiento de incorregibles o los establecimientos dedicados a los culpables ocasionales, adultos y menores. En seguida la ejecución de esta sentencia -que por tal razón nunca será irrevocable- deberá ser dirigida con precisión por un trabajo ulterior, que no esté tampoco separado, como hoy, de la obra del Juez. sino que la continúe, siendo una función de defensa práctica confiada a órganos especiales. Las comisiones de ejecución penal, compuestas por peritos antropólogo-criminales, del Juez, del acusador, del defensor, al propio tiempo que los funcionarios administrativos, continuarán así ocupándose del condenado: éste no será abandonado, olvidado, como lo es hoy, desde que ha oído pronunciar su sentencia, salvo el

de legalidad, se creó la figura del promotor, quien tenía a su cargo, tanto velar por los intereses del menor, como por los de la sociedad. Fue precisamente ésta una de las características principalmente explotadas por los autores defensores del sistema tutelar moderno, lo que sirvió para justificar un proceso eminente inquisitorio en el que el menor no era más que un objeto de proceso y no, como lo puede ser en un proceso con inclinaciones acusatorias, un sujeto de proceso, con derechos y garantías procesales. Por otro lado, la historia demuestra que la figura del promotor sólo vino a ser eso, una figura, ya que no gozó de autonomía que le garantizara ejercer sus facultades con toda libertad; en la práctica se convirtió solamente en un auxiliar del Consejero Tutelar, a quien le ayudaba a realizar acusaciones y sentencias, una especie de secretario de acuerdos, desvinculándose completamente su actuación con las facultades conferidas por la ley.

verse de improviso liberado por la gracia del indulto, o bien, apenas salido de la prisión, reaparecer ante el tribunal, como todos los días ocurre".²⁷

b) En la reparación del daño, deben ser tomados en cuenta los siguientes aspectos: como obligación del delincuente hacia la parte ofendida; como sanción con la que se sustituya la pena de reclusión en los pequeños delitos cometidos por delincuentes ocasionales; como función social perteneciente al Estado en interés directo del particular perjudicado, aunque también en interés indirecto y no menos real de la defensa social.

c) Por último, la apropiación de las medidas defensivas a las categorías antropológicas del delincuente es un mecanismo útil que permitirá la reforma penal positivista, dado que la pena única del sistema clásico no atiende a las diferencias antropológicas de los condenados.

Adoptando el criterio de la clasificación antropológica del delincuente, el delito queda en un segundo término, porque no es el delito el que se castiga sino al delincuente, a causa de su delito; para ello se requiere: en primer lugar, que las casas de fuerza y de tormento se transformen en establecimientos de tratamiento físico y moral, ya que deben responder a su fin, que es la segregación, temporal o permanente; en segundo lugar, evitar que los culpables estén aislados; y en tercero, la obligación de trabajar debe ser universal y absoluta.

Para la apropiación de medios defensivos para las diferentes clases de delincuentes, se propone para los locos, o medio locos, la creación de manicomios criminales, tomando la experiencia de Inglaterra, Irlanda, Estados Unidos y Canadá (ya que en esa época dichas instituciones no existían en el continente Europeo), en donde los criminales locos puedan tener un lugar especial, y puedan ser tratados respecto de su patología, para que no se confundan en las cárceles con los criminales no locos.

Dado que la criminalidad nata es congénita y transmisible por medio de la herencia, sugiere, siguiendo a Platón, que si bien los niños no deben sufrir por los delitos de sus padres, cuando el padre, abuelo o bisabuelo hayan sido condenados a muerte,²⁸ que el Estado no destierre sino atienda a estas razas infortunadas, por lo que se debe "encerrar en las casas de reforma o en las escuelas industriales a los hijos de los condenados".²⁹

²⁷ *Idem.* p. 273.

²⁸ *Idem.* p. 309.

²⁹ *Ibidem.* p. 310.

Para identificar a la clase antropológica de los criminales natos y los incorregibles, considera que en los delitos graves, como asesinatos o robos con homicidios, debe bastar el primer hecho y el dictamen de ser criminal nato; en los menos graves, como violaciones, heridas, robos o estafas, con tres o cuatro reincidencias, deben bastar para ser considerados como incorregibles.

En el caso de los menores, la sanción preventiva producirá mayores efectos para la disminución de la criminalidad, tomando en cuenta que las discusiones respecto de la responsabilidad serán sustituidas por el estudio y la cura fisiopsíquica de los menores criminales o candidatos al crimen. Para ellos sugiere la internación en colonias agrícolas por tiempo indeterminado.

De esta forma, Ferri sugiere la modificación o eliminación del sistema penal clásico, para abrazar el sistema penal positivista. En algunos países con características de gobierno particulares, adoptaron, como ya dijimos, este sistema como la base del sistema represor estatal, y en los países autodenominados democráticos y de derecho, adoptaron algunas de las instituciones propuestas por el positivismo y las incorporaron a sus códigos, pero el principio de legalidad y un juicio penal más inclinado hacia el sistema acusatorio, nunca dejaron de aplicarse. En el caso de los menores, la globalización permitió que este sistema de prevención penal derivado del positivismo, cobrara carta de naturalización.

Así vemos que la Escuela Positivista de Ferri, al rebatir y negar los postulados básicos del sistema clásico en los que se basa todo el derecho penal de finales del siglo XIX y principios del XX, propone una concepción diferente del delincuente, de la que se deduce que no existe diferencia entre el adulto o el niño, tanto en la concepción sustantiva como en la procesal. La única diferencia que se puede observar es el tipo de sanción y los lugares de ejecución.

Es fácil notar, al considerar a todas las personas en un mismo universo, del que se puede seleccionar a los criminales natos, ocasionales y pasionales, sin establecer diferencias en edades, que este sistema penal está diseñado para todo el universo de la criminalidad y de la precriminalidad, atento al derecho de defensa social, que no mira la libertad del delincuente para cometer el delito, sino el daño causado o el peligro latente con la presencia del criminal en la comunidad, por lo que la reacción social y el procedimiento para ello debe establecerse igual para cualquier delincuente, adulto o no; sin embargo, en atención a las consecuencias más negativas de mezclar niños con adultos, sugiere la existencia de instituciones separadas que atiendan a cada tipo de delincuente.

Debemos hacer notar la ausencia de razones de tipo sentimental en el tratamiento de la delincuencia. La racionalización fría y científica del autor nos hace ver un sistema penal natural y objetivo, cuyo único fin es la preservación de la sociedad; para lograr este fin debe eliminarse toda traba y formalismo inútil que limite o entorpezca la acción social en esta vital función. Es por ello que desestima al sistema clásico, al que considera como un medio que protege al criminal, que no preserva a la sociedad y que no resuelve en nada el problema de la delincuencia.

Esto resulta importante, porque como veremos adelante, esta forma de concebir a la justicia penal y a las instituciones derivadas de ella, son matizadas por un sentimiento de compasión y solidaridad humana, que llevó a desvirtuar y a confundir el papel del Estado en esta función, ya que si para el positivismo originario fue un evidente sistema penal, como resultado del derecho de defensa social, en el que no se elimina como medio de anulación del peligro la pena de muerte o la segregación perpetua, en la mente de otros autores es un sistema ejercido por el Estado, en función de la solidaridad social y el amor fraterno, creando con ello un caos y una disociación entre las autoridades e instituciones encargadas de este problema.

V. EL POSITIVISMO DE DORADO

Uno de los autores positivistas que más influencia tuvieron en México fue Pedro Dorado Montero, quien a finales del siglo XIX y principios del XX generó una producción literaria importante relacionada con su concepción del derecho penal tutelar de los delincuentes. Decimos que fue de gran influencia en México, porque sus pensamientos y acciones fueron seguidas con cercanía por don Luis Garrido,³⁰ quien, con José Angel Ceniceros, tuvo una gran participación en la elaboración del Código Penal de 1931 y, con él, en un sistema penal para menores que estuvo vigente por muchos años.

Por otro lado, el sistema penal de menores al que aludiremos más tarde fue sostenido, dentro del derecho positivo mexicano, por el respaldo de un criterio jurisprudencial emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en una tesis conocida como "La Tesis Castañeda", en la que se determina la naturaleza de las instituciones encargadas de la justicia de menores. En la resolución aludida, se retoman puntos importantes del pensamiento de Dorado (como fundamento

³⁰ Dorado Montero, Pedro.- *Bases para un nuevo derecho Penal*.- Prólogo de Manuel Riacoba y Riacoba. Ediciones de Palma. Nueva Edición. Buenos Aires, Argentina. 1973, p. VII.

considerativo para la decisión de la Sala), y es ésta la forma en que el pensamiento relacionado con los menores se refleja en los Códigos penales de los años 30's con gran influencia doradiana: y la tesis jurisprudencial emitida en 1931, con fundamentos dogmáticos doradianos, logra sostener durante más de 40 años un sistema protector de menores infractores en México.

Por lo anterior, y por la gran influencia en el pensamiento penal de menores en México, creo necesario realizar una sucinta exposición de los criterios de este autor, ya que así podremos entender muchas de las instituciones relacionadas con los menores infractores en nuestro país.

Dorado expone que la concepción del mundo y de la sociedad ha sido, desde hace muchos años dejada a la razón y sus arbitrios, en un abandono total de la naturaleza. A falta de una explicación de la naturaleza, resultado de una observación directa y constante, el hombre necesitado de una explicación inventaba alguna que era transmitida por generaciones; así, los filósofos y pensadores fundaban sus trabajos en este material, que si bien hablaba mucho sobre su potencia intelectual, su valor objetivo y científico era nulo.

Actualmente, el empleo continuo de la observación, la experimentación, la inducción y la deducción en las doctrinas físicas, al aceptar el principio de causalidad natural, no acepta actualmente fenómenos, producto de fuerzas extrañas, extranaturales. Lamentablemente las doctrinas que han permanecido más cerradas al influjo de la causalidad natural de los fenómenos han sido las denominadas morales y políticas, dentro de las que se incluye al derecho. Sin embargo, poco a poco la experimentación va demostrando el influjo de la acción natural sobre la sociedad y se van proscribiendo ideas antiguas, como el libre albedrío y lo prenatal, dejando paso a un sistema social moderno sobre el anterior. De la misma forma, al abandonarse ideas concebidas por la razón pura ante lo incuestionable de la ciencia, el derecho penal antiguo cede su lugar a una concepción moderna. Esta nueva concepción del derecho penal significa para Dorado " ...el abandono completo de la punición de los delincuentes, y en no emplear nunca con éstos sino medidas de protección tutelar.

Si el castigo de los delitos es... una exigencia del idealismo abstracto y racionalizador... la prescripción de todo castigo y su sustitución por un conveniente tratamiento terapéutico y profiláctico, es a su vez una consecuencia ineluctable del realismo filosófico, en virtud del sometimiento de los fenómenos humanos y sociales a la ley general de la causalidad natural".³¹

³¹ Dorado Montero, Pedro.- *Op. Cit.* p. 8

Esto es, asimilar a los delincuentes con los locos, alcohólicos, neurasténicos, epilépticos, vagos, niños abandonados, miserables, etc. En principio, por razón del sentimiento extendido de solidaridad humana y también por el conocimiento general de que los individuos que se encuentran en esta clase, no es resultado de su elección libre y espontánea, sino por causas múltiples de las que son objeto y víctimas, por lo que ninguna persona con cierto desarrollo intelectual considera que haya que aplicar un castigo a quienes no se han hecho merecedores de él. Es por ello que han cobrado más simpatía las instituciones dedicadas a curar, mejorar y proteger a estas clases, que anteriormente eran abandonadas a la ignorancia popular que las creerían causantes voluntarias de su estado, por lo que pretendían volver cuerdo al loco por medio de la pena, a los niños delincuentes enmendarlos por medio del castigo, a los alcohólicos y vagos, por medio del encierro en la cárcel.

Así, el mundo podrá, a través de la moral y de la fraternidad, convertirse en una familia, en la cual cada uno se sienta solidario con los demás, que el bien o el mal que recae sobre uno le afecte a todos, que le preocupe la prosperidad de los otros porque se trata de la propia, en que cada individuo se erija como tutor de sus padres, de sus hijos y de su hermanos. No existe razón para no adoptar estos principios de la relación familiar como la norma para regir a la sociedad y al Estado, como la protección cariñosa, la mutua cooperación y la responsabilidad colectiva. Por fortuna, reconoce Dorado, el actual concepto de tutela no sólo se limita a la acción de los particulares sobre los menores abandonados o huérfanos, sino es mucho más amplia, y la gran mayoría de las acciones sociales caen en él. La legislación en favor de los obreros, instituciones en beneficio de la infancia desvalida y abandonada, de los individuos orgánica y físicamente defectuosos, de los pobres, de los encarcelados, de los viciosos, etc., es la muestra de este avance.

"Lo más necesario para ello es que se arraigue y se difunda el sentimiento de la solidaridad, que las gentes se persuadan de que cuanto hagan por sus coasociados, lo hacen en beneficio de sus hermanos, de su propia familia, y por consiguiente de sí mismos." ³²

Así pues, el derecho penal de Dorado incluye dentro de esa corriente educadora y tutelar, a todas las instituciones penales. Propone que a los delincuentes se les considere como seres necesitados de auxilio y que, al prestárselos fraternal y amorosamente, se les coloque en disposición de contribuir al bienestar de la colectividad de la que forman parte. Así, la función penal perderá ese carácter odioso que inevitablemente le acompaña: lo represivo se convierte en

³² *Idem.* p. 12.

preventivo, lo punitivo en correccional, educativo y protector de ciertos individuos necesitados de auxilio.

Con el objeto de justificar que, más que la libertad en la buena o mala voluntad del agente cuando comete un delito, el hecho que se castiga no es éste, sino la peligrosidad social del individuo, reflexiona que no todas las personas que realizan acciones consideradas como delitos son delincuentes, ni son tratadas como tales, como en el caso de los menores, locos, idiotas, cretinos, alcohólicos o los que ejecutan alguna acción por orden superior de una autoridad legitimada por la ley, que pudiese ser delictuosa en otra persona, pero se considera justa en una autoridad. Todos ellos son considerados como no delincuentes porque, según los tratadistas de la época, carecen de voluntariedad, que es uno de los elementos básicos para que exista delito y delincuente; algunos otros actúan voluntariamente pero bajo alguna excusa que legitima su acción, como la legítima defensa. Tomando en cuenta que la voluntad encaminada a la comisión del delito es castigada precisamente por su mala intención, producida por alguna práctica egoísta y antisocial, Dorado estima que no puede ser considerado delincuente cuando viola el orden jurídico por móviles altruistas, levantados o generosos. Pero entonces reconoce la incongruencia de que bajo este criterio no podrían pensarse los delitos políticos y otros tantos que obran por motivos altruistas. Ante este problema, los escritores han dicho que lo importante no es la calificación de la voluntad, sino el sólo hecho de haber querido realizar la acción, lo que trae otra contradicción al dar tratamiento similar a dos circunstancias diferentes, como es el caso de la legítima defensa, miedo grave, etc., ya que éstos no son considerados delincuentes, pero han actuado con voluntad.

Ante la imposibilidad, en su época, de la doctrina clásica para resolver estos problemas, Dorado se inclina por sostener que la base de la punibilidad no es la libertad moral, o la voluntariedad del agente, sino la peligrosidad del mismo, lo que puede explicar que algunos delincuentes políticos sean perseguidos de manera encarnizada, mientras arrecia el peligro y son tolerados cuando éste cesa.

Como positivista, Dorado clasifica también a la criminalidad en atávica y evolutiva, dando como significación a la primera la de los individuos cuyos hechos o móviles son propios de sujetos pertenecientes a etapas anteriores de la evolución social, y a la segunda, la de aquellos cuyos hechos o móviles pertenecen a individuos de etapas y sociedades adelantadas, aunque reconoce que otros autores consideran a la primera como característica de los pueblos incivilizados y a la segunda a formas astutas refinadas, fraudulentas.

Pese a su clasificación, considera que la única forma de calificar o señalar de acuerdo con la legislación, quien es delincuente o no, es la sentencia de un Juez, pero desconfía de este criterio, ya que en ocasiones se condena a personas poco o nada peligrosas y se libera a personas que son muy peligrosas para el orden jurídico y social. Por otro lado, existen sujetos muy peligrosos que nada tienen que ver con los tribunales, que se aprovechan de todo y de todos, porque conocen los defectos de las leyes y las aprovechan en su beneficio, que por su inteligencia, astucia, actividad o posición social, no llegan a catalogarse como delincuentes en sentido ordinario.

Existe otra clase de delincuentes que vacilan entre la legalidad y la ilegalidad, que si no puede considerarse que generan la inmoralidad y la injusticia, sí la toleran y se aprovechan de ella.

"De esta clase hay muchísimos individuos, y en ella deben incluirse cuantos a menudo se hayan dispuestos a transigir con ciertas injusticias y todos los que se echan la culpa de que, estando mal las cosas y no siendo ellos los llamados a arreglarlas, lo mejor será dejarlas como están y aprovecharse de ellas, tal y como son, lo más posible".³³

Con lo anterior, se nos proporciona otro criterio de clasificación de la criminalidad, la oficial, la legal, "la grande", la que consta en las estadísticas judiciales, y la oculta, "la pequeña", la que existe pero no es fácilmente visible.

Existen algunos casos de individuos en los que su buena posición social, la educación recibida u otras circunstancias, son frenos a sus malas acciones y se mantienen en apariencia como hombres honrados; por el contrario, otros que con un ambiente favorable serían hombres honrados, en uno desfavorable se convierten a menudo en delincuentes habituales y de profesión, por causa exclusiva de su circunstancia social. Por ello, Dorado concluye al clasificar a los delincuentes en dos grandes grupos: los delincuentes por temperamento, y los que lo son por influjo exclusivo o casi exclusivo del medio social.

Respecto de la Escuela Clásica, la pena, su coacción psíquica y su ineficacia para detener o controlar a la delincuencia, la corta duración de las condenas, la limitación casi exclusiva de las penas a la prisión, los beneficios que obtienen los reos, etc., expone argumentos similares a los expuestos por los primeros positivistas, entre ellos Ferri, a quienes anteriormente estudiamos, por lo que nos remitimos a lo arriba mencionado.

³³ *Ibidem.* p. 40.

De esta forma, al criticar al sistema clásico, reconociendo su filiación al naturalismo causal y exaltando los avances de la psicología, la biología, la antropología, la sociología, etc., de su época, Dorado propone un sistema penal nuevo, que abandone las concepciones metafísicas y que sea sustituido por un sistema científico.

Este nuevo sistema penal debe considerar al delincuente como un individuo débil, de cuerpo o de espíritu, o de ambos, y por tal motivo necesitado de fortalecimiento y de ayuda. Tras dudar de la existencia de los delincuentes natos, asegura que algo realmente confiable es considerar que el que es conceptualizado como delincuente en una sociedad dada, es el que atenta en contra de las condiciones de existencia de quien impone las leyes, por lo que cualquiera que sea su temperamento o la bondad o maldad de su intención, el problema es que son peligrosos para la vida social, por lo que su propuesta se inclina por

“esforzarse por colocarlos en disposición de que dejen de ser lo que son, fuerzas hostiles, negativas, y se conviertan en fuerzas utilizables cooperadoras del bienestar social”.³⁴

Este objetivo se logra desde la aplicación de penas con fines de intimidación, hasta el uso de procedimientos higiénicos, fisiológicos, gimnásticos, dietéticos, etc. Todo dentro del contexto de la protección y auxilio.

A) Estructura judicial de Dorado

Pedro Dorado, de acuerdo a su pensamiento positivista propone la sustitución del aparato judicial por un sistema integrado por médicos sociales que tengan como misión limpiar la colectividad de todo germen, causa o malestar presente y preservarla del peligro para el futuro; esto es, la administración de justicia penal debe ser una función de “saneamiento social”, mediante la sustitución de los jueces y magistrados severos, adustos y temibles por médicos cariñosos y entendidos, que lo sean del cuerpo y del alma, con el ánimo de levantar al caído y ayudar al menesteroso, de apartarlo de las causas que le ocasionen nuevos tropiezos y de fortalecerlos para que resistan los embates de las corrientes malsanas.

El ejercicio de tal función será, al igual que el médico individual, a través de un diagnóstico, un pronóstico y el tratamiento correspondiente, dado que sin el conocimiento del estado físico y moral del sujeto y de las causas productoras de su estado (etiología), no es posible hacer un pronóstico, y sin éste no es posible trazar

³⁴ *Idem.* p. 64.

un tratamiento para su mejora o curación. Por ello, se requiere que estos médicos sociales tengan, sin importar el grado de su cultura jurídica, conocimientos de las ciencias relacionadas con el hombre. Deben dedicarse al cultivo realista de las ciencias, como la antropología, la psicología, la sociología y, sobre todo, de sus derivaciones criminales, pero siempre con la idea de que no son delitos los que hay que castigar, sino delincuentes que curar o reformar. Es indispensable individualizar la pena o, más bien, el tratamiento, esto es, determinar con precisión qué tratamiento conviene a una persona, diferenciado del de todas las demás, y no como lo realiza el sistema penal derivado de la Escuela Clásica.

El delito y la intención de cometerlo, que resultan de vital importancia para el sistema penal clásico, en el nuevo sistema penal adquieren una relevancia secundaria. El delito, en lugar de ser la base para la punibilidad, se convierte en un mero síntoma del estado particular del individuo; o sea, en lugar de ser la medida de la pena (a un delito grave corresponde una pena grave, sin tomar en cuenta la peligrosidad del delincuente), se convierte en un elemento más que mide la circunstancia personal del sujeto. De esto se infiere que el nuevo sistema penal no debe esperar la comisión del delito para iniciar su actividad, como sustentaba el sistema clásico, sino que puede y debe entrar en acción ante los individuos peligrosos de los que se teme puedan cometer delitos.

"El médico social no necesita, pues, esperar a que el delito se haya efectuado; bastárale con la amenaza de su probable comisión próxima y en este caso hará lo mismo que hace el médico individual; proceder como higienista, que es decir, como médico previsor".³⁵

La intencionalidad adquiere una dimensión diferente en este sistema, ya que en lugar de convertirse en un requisito para el delito, se vuelve un elemento necesario de estudiar para la individualización del tratamiento. Lo mismo sucede con los antecedentes del reo, que si en el sistema clásico no tienen relevancia, para el nuevo sistema son de gran valor, ya que éstos nos permiten conocer la etiología de la conducta del sujeto y pronosticar, con cierta probabilidad, las conductas futuras que puede llegar a cometer.

Este sistema penal precisa de dotar a los médicos sociales de un amplísimo margen de discrecionalidad para sus funciones, ya que si a nadie se le ocurriera decirle a un médico cómo atender cierta enfermedad, con el social sucede de manera análoga, así,

³⁵ *Ibidem.* p. 80.

"El médico social debe ser muy culto, y al par que lleno de cultura, lleno también de amor a sus prójimos, debe cerciorarse, cuanto le sea posible, de lo que va a hacer, y proceder siempre con circunspección, mesura y cariño al doliente, considerándolo como cosa propia, como persona de su misma familia (hermano suyo siempre)... es menester que disfrute de una libertad de movimientos absoluta, tan absoluta como aquella de que deben gozar los individuos que necesitan resolver en cada instante determinado qué es lo que la razón (su razón) aconseja que se haga en aquella circunstancia singular." ³⁶

Con ello, no podrán escapar del tratamiento tutelar los que se mueven dentro de la delincuencia oculta o pequeña. De igual forma, Dorado considera resuelto el problema de la diferencia entre delitos y faltas, entre derecho penal y policía correccional, entre potestad penal y potestad disciplinaria, entre el delito consumado, la tentativa y el delito frustrado, entre el cómplice y el encubridor, y otras tantas disquisiciones que realizan los criminólogos clásicos.

Por lo anterior, pierde sentido la existencia de leyes penales, por lo que deben de proscribirse, o cuando menos liberar a los textos de su obligatoriedad, debiendo ser consultadas como un mero criterio doctrinal.

B) El proceso

Este nuevo sistema debe, por supuesto, tener un proceso diferente al establecido; por ello, se reitera la desaparición del sistema procesal integrado por jueces, magistrados, acusadores, defensores, etc., en el cual al ser la pena un mal que se impone al delincuente por la falta cometida en forma libre y espontánea, el proceso tiene un carácter contradictorio, una verdadera lucha de astucia devastadora entre las partes, para obtener una condena o una absolución.

En el proceso propuesto, debe modificarse la actitud severa, amenazadora, temible del Juez, por una actitud que provoque la confianza del reo, que en lugar de considerarlo como un enemigo del que hay que desconfiar, porque busca elementos para causar un daño, se convierta en una relación análoga a la del maestro con el discípulo, del tutor con el pupilo, del patrono con el protegido, del confesor con el penitente, una relación de confianza e intimidad recíprocas, que

"ha de producir mañana... que sean los delincuentes mismos o sus parientes y allegados los que vayan a pedir auxilio a los órganos de justicia penal... cuando estò suceda, se echará uno en brazos de la justicia penal, al presente tan odiada, con igual interés y anhelo con que se echa hoy en los del médico, el alienista, pedagogo y el confesor". ³⁷

³⁶ *Idem* p. 83.

³⁷ *Ibidem*. p. 93.

Al terminar el carácter contradictorio del proceso, ya que en lugar de un mal para el reo lo que se busca es un bien para él y la sociedad, el acusador y el defensor perderán el carácter de contrapartes, pues el bien que se busca los hace tener causa común con el Juez y la sociedad. Así, se transformarán en verdaderos auxiliares del médico penal, para convertir a este nuevo proceso en una verdadera labor de cooperación, para resolver de común acuerdo lo que se considere más acertado y beneficioso para el reo.

Este nuevo procedimiento supone el abandono del procedimiento judicial, en el que los términos y las figuras procesales son rígidos e inmodificables, dado que lo que se busca es una garantía para el reo, ya que le impondrá un mal, y propone la adopción de un proceso de tipo administrativo, en el que el funcionario tenga más libertad y en lugar de buscar la realidad formal, encuentre la realidad real e histórica, en el cual las sentencias no sean cosa juzgada y hayan marcado una verdad jurídica, sino que las mismas puedan modificarse en el caso de un error.

Dorado visualiza el procedimiento tutelar y protector de delinquentes como una gran red de funcionarios, médicos, maestros, sacerdotes y agentes de policía, cuya misión sea el cuidar el bienestar social; ellos tendrán que conocer perfectamente a todos los individuos que vivan dentro de la circunscripción, de los que exista un *cárdex*, al igual que con los médicos individuales, en el que se contenga la historia y antecedentes de cada ciudadano, la vida que haga, los pasos en los que anden, sus negocios, etc. Siempre que esta policía considere peligroso a algún individuo, ya por tendencias o por instintos, deberá cerciorarse de estas circunstancias y adoptar las mejores medidas para el caso de que se trate. Por ejemplo:

"si se trata de un niño, cuyos padres cuidadosos de la educación de su familia se declaran impotentes para mantenerlo respetuoso del orden social vigente y en cuyo carácter díscolo, impetuoso, irritable, pueda sospecharse la existencia de gérmenes que, desarrollados en los sucesivos, pudieran hacer de él un verdadero criminal, será preciso someterlo a un escrupuloso examen antropológico y conocer sus antecedentes y conducta... para determinar las causas a que las mencionadas tendencias pueden obedecer y los medios de contrarrestar o detener su acción".³⁸

Propone que esto mismo debe hacerse con los vagos, alcohólicos, niños y jóvenes extraviados, delinquentes precoces, abandonados física o moralmente por sus padres, huérfanos o mal dirigidos por éstos, y con todos los demás casos de delincuencia.

³⁸ *Idem.* p. 102.

Para el diagnóstico mencionado, es necesario que el policía social reúna el mayor número de datos posibles. Para conseguirlos, debe tener un arbitrio y libertad absoluta, pudiendo tomar para tal efecto cuanto tiempo le sea necesario. Una vez terminado el diagnóstico, seguirá el tratamiento, que estará determinado con absoluta libertad.

Propone que no existan sentencias firmes, indiscutibles e irreformables, sino, por el contrario, determinaciones que puedan ser modificadas por el dictador de éstas, cuando se convenza de su error o de que la medida ha concluido su cometido. Por ello, tampoco puede ser fijado de antemano el término de la medida para mejorar a un sujeto peligroso, al igual que un médico no tiene limitaciones de tiempo para diagnosticar y curar a un enfermo.

Podemos apreciar cómo en la mente y doctrina de Dorado el sistema penal adquiere una dimensión diferente, ya no se trata de un científicismo frío y objetivo, sino de un actuar fraterno y solidario. Aunque los fines son idénticos a los de Ferri y la defensa social, las razones del actuar y las actitudes hacia el delincuente deben estar revestidas de un sentimiento de amor, protección y tutela, al considerarlo como sujeto débil y necesitado de ayuda.

Aunque este planteamiento parezca simpático a nuestra estructura occidental, influenciada por un pensamiento judeo-cristiano, no debemos perder de vista que este sistema propuesto por Dorado es un medio que la sociedad posee para atacar, controlar y defenderse de la delincuencia, sí con actitud fraterna, pero con un fin eminentemente penal y en el que al igual que en el positivismo de Ferri no deben existir diferencias entre un adulto y un niño delincuente, más que en el tipo de sanción y el lugar en el que se ejecuta.

VI. LA POLITICA CRIMINAL

A finales del siglo XIX y principios del XX, el pensamiento positivista había logrado atrapar la mente de un gran número de autores penalistas. El edificio que representaba la Escuela Clásica estaba siendo cuestionado fuertemente. Algunos autores aceptaban abiertamente el pensamiento científico penal; algunos otros, con sus reservas, se resistían a abandonar el principio del libre albedrío por completo, por lo que establecían combinaciones eclécticas de posiciones e instituciones de una y otra escuela. También existían los firmes clásicos, que discutían doctrinariamente los ataques de los positivistas; algunos otros se cerraban en su

posición sin escuchar a nadie y sin variar un ápice su pensamiento. Sin embargo, esta nueva forma de concebir al derecho penal había logrado penetrar en la mente de autores, legisladores, magistrados y políticos de toda Europa, y, así, algunas instituciones basadas en ideas positivistas comenzaron a ensayarse con buenos resultados.

Por aquella época existían dos asociaciones en Europa que agrupaban a la mayoría de los penalistas del continente y a las cuales se sumaban muchos colegas de América del Norte; estas asociaciones eran la Unión Internacional de Derecho Penal y la Sociedad General de Prisiones, de París, en cuyo seno, en reuniones muy periódicas y en congresos penitenciarios y criminológicos internacionales, se discutían y se presentaban trabajos en defensa de una u otra escuela, se tomaban posiciones respecto del camino que tomar en lo práctico para resolver el problema de la delincuencia, y se hacían recomendaciones a las autoridades de diversos países para adoptar instituciones o modificar legislaturas y hacerlas mavormente operativas.

La evidencia irreprochable de las verdades científicas que sostenían los positivistas, en relación al determinismo, a la categoría del delincuente, del delito como hecho social, la acción preventiva del Estado, los perfiles antropológicos, la pena y el tratamiento, etc., no podían ser ignoradas por los autores modernos. Sin embargo, tampoco podían abandonarse las instituciones penales y procesales conquistadas con base en un gran esfuerzo que limitaban la acción arbitraria de la autoridad frente al ciudadano, desarrolladas con el nacimiento del Estado Moderno y consagradas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en Francia en 1789.

Atento lo irreconciliable de las posiciones de cada escuela, el problema para enfrentar a la delincuencia consistía, principalmente, en adoptar adecuadamente en la legislación de cada Estado las instituciones o principios que permitieran introducir los avances científico-penales, pero sin abandonar, en lo posible, los derechos alcanzados por los ciudadanos, con el objeto de detener el crecimiento constante de la delincuencia y, en especial, de la reincidencia.

Franz Von Liszt, profesor de derecho de la Universidad de Berlín, había iniciado su lucha doctrinaria por la adopción de la Política Criminal, que es definida como "el conjunto sistemático de principios, con arreglo a los cuales deben organizar el Estado y la sociedad la lucha contra el delito".³⁹ Esta doctrina

³⁹ *Idem.* p. 113.

logró introducirse con gran aceptación, dado lo flexible de su postura, en la Unión Internacional de Derecho Penal y en la Sociedad General de Prisiones de París, cuyos miembros adoptaron sus principios y exigencias para hacerlas valer en sus respectivas legislaciones e implantar sistemas penales diversos para la lucha en contra de la delincuencia.

Las exigencias de la política criminal giraban en torno a la aplicación de un sistema de corte clásico, y la incorporación de instituciones de naturaleza científica positivista.

Estas exigencias eran, de acuerdo a Liszt, las siguientes:

I. Que la defensa social, sobre todo que la pena, como pena se adapte en su especie y medida a la naturaleza propia del delincuente, procurando impedir, por la privación de su libertad, la comisión de otros crímenes en lo futuro.

II. Que las penas cortas de privación de la libertad, imperantes en la legislación de la época, dado que ni corrigen, ni intimidan, ni mediatizan y sí, en cambio, arrojan frecuentemente al delincuente primario al camino definitivo del crimen, sean sustituidas por otros medios que considera más efectivos:

1. Adoptar el principio de mínima intervención y sustituir las penas cortas por multas, así como utilizar arbitraje en lugar de procedimiento en algunos casos.

2. En el caso de la delincuencia ocasional, evitar hasta donde sea posible el cumplimiento de una pena y la internación en una cárcel, por medio de la condena condicional, con o sin caución preventiva.

3. Para los jóvenes delincuentes, debe ser remplazada la prisión por medidas educadoras; descartar el discernimiento y regular la educación protectora, extendiéndose a los casos de abandono moral.

4. Promover una mayor utilización de la multa.

5. Cuando el delincuente revele una inclinación arraigada hacia el crimen, debe asegurarse el orden jurídico mediante la "inocuidación del delincuente". Esta inclinación no es necesario que se suponga con la comisión de delitos en forma reiterada, sino puede manifestarse desde el primer delito.

6. Si el acto revela una inclinación no arraigada aún, pero que puede desarrollarse, debe extirpar, por medio de una pena duradera y enérgica, la predisposición criminal, sobre todo cuando se trata de delincuentes profesionales aún jóvenes.

7. Se precisa la convivencia de los órganos de la justicia penal con las autoridades encargadas de la pena. Se inclina por la sentencia indeterminada, aun cuando no se define por sugerir qué autoridad debe determinar el tiempo, si la judicial o la administrativa.

8. Sugiere la formación profesional y la especialización en diversas materias para quienes participen en la administración del derecho penal.⁴⁰

En cuanto a los jóvenes delincuentes, la coincidencia de la propuesta de la política criminal respecto de los menores con el marco conceptual del positivismo, nos permite entender que las instituciones encargadas de los delincuentes jóvenes hayan intentado un procedimiento similar al planteado por la Escuela Proteccionista, completamente diferente al establecido por la doctrina clásica, reservada para los adultos.

De tal forma, un sistema diseñado para toda la delincuencia, de adultos y de menores, tuvo que iniciar con la aplicación de sus bases científicas en un sector de la delincuencia que representaban los delincuentes jóvenes. Con este sistema, se permitía el acceso a los promotores de las ciencias sociales a una materia reservada exclusivamente a los abogados; esto es, a través de la Escuela Positiva y de sus instituciones, se disputó a los abogados el monopolio respecto de un problema social tan grave como lo es la delincuencia.

Lamentable o afortunadamente, las propuestas positivistas absolutas no tuvieron el éxito que se esperaba en la legislación de los Estados destinada para los adultos, para hacerse cargo de todo el problema penal. Creemos que no tuvieron mucho éxito porque el procedimiento basado en sus principios implicaba que los logros y conquistas alcanzados a lo largo de la historia respecto de los derechos de los ciudadanos en materia penal, quedaban rezagados y abandonados.

Por otro lado, un sistema penal proveniente de un país con pretensiones de Estado de Derecho, debía contener en su estructura penal un sistema de corte

⁴⁰ Liszt, Franz Von.- *Tratado de Derecho Penal*. Traducido de la vigésima edición alemana, por Luis Jiménez de Asúa y adicionado por Quintiliano Saldaña, tercera edición, Editorial Reus, S.A. Madrid España, 1935, segundo tomo, pp. 19 a 28.

liberal, que restringiera la acción del Estado en esta materia a casos específicos, perfectamente delimitados, que dieran seguridad jurídica a los ciudadanos. En una palabra, que respetara, aunque fuera formalmente, las garantías individuales de los ciudadanos, consagrada en las Constituciones respectivas.

En materia de justicia de menores, la situación fue diferente; en este caso, el legislador no tuvo prejuicio alguno en adoptar el sistema positivista para el tratamiento de la delincuencia juvenil, ya que en el pensamiento de las personas encargadas en la toma de decisiones al principio del presente siglo, la idea sobre el menor seguía conservando una tradición romanista, en el sentido de considerarlos como seres incapacitados para dilucidar sobre el bien y el mal por sí mismos, seres necesitados de guía, de orientación y de auxilio. Eran concebidos como objeto de la protección de sus padres, en principio, y del Estado en forma subsidiaria, y no como sujetos de derecho.

Los menores, si bien cometían delitos y amenazaban igual a la sociedad, al igual que los adultos, estaban sujetos aún a la patria potestad y, como consecuencia, podían ser relegados del sistema penal clásico establecido para los adultos, lo que permitió que el Estado, en su política criminal, adoptara medidas preventivas que permitiesen readaptar al menor, con el objeto de evitar males futuros o mayor índice de delincuencia, sin necesidad de ser respetuoso con el marco constitucional.

A nuestro juicio, la posibilidad de que este sistema pudiese encontrar acogida solamente en el ámbito de la delincuencia juvenil, fue la consecuencia histórica de que los menores se encuentren sujetos a la patria potestad y los adultos no.

De esta forma era mucho más fácil aplicar todo este sistema de prevención y protección tutelar diseñado por los positivistas, para quienes, por su estatus jurídico, se acomodaba naturalmente a la condición de ser sujetos de tutela, protección y corrección por medios educativos y no retributivos.

Así, el Estado se asume como depositario de la patria potestad sobre los menores delincuentes y los que están en peligro de convertirse en delincuentes, y, en su actuación, se arroga amplísimas facultades sobre ellos. Este podía disponer de su libertad y de su educación como deseara, sólo con ponerles la etiqueta de menores infractores, incorregibles o en abandono moral, estigma que era resultado de algunos estudios psíquicos, sociales, hereditarios, médicos, etc.

La efervescencia sobre el causalismo natural emanado del positivismo, y la adopción de algunos principios similares a los postulados por la política criminal, permitió que la aplicación de los sistemas elaborados por esta Escuela fueran aplicados en algunas instituciones europeas. Los resultados eran ponderados y encomiados en diversos foros y congresos internacionales de criminología, penitenciarios, de derecho penal, etc. De esta forma, la adopción de tales sistemas revelaba internacionalmente que el país que asumía esta nueva forma de juzgar a los menores era progresista y moderno, por lo que muchos de ellos iniciaron la lucha por incorporar estas instituciones a sus respectivas legislaciones.

Lo cierto es que a finales del siglo XIX, cuando en la mentalidad de la mayoría de los estudiosos del derecho penal el tema de niños delincuentes recobra una importancia vital, no era posible ignorar las verdades que el método científico habían dado a luz; sin embargo, tampoco era posible abandonar los derechos alcanzados con tanto sufrimiento para la humanidad, y es así como se ensaya esta nueva forma científica de juzgar.

Algo que nos parece digno de mención es la administración de justicia penal dedicada a los jóvenes en Francia a finales del siglo XIX, y de la que nos da cuenta Dorado Montero. Este particular modo de juzgar parece que fue intentado antes de la creación del Primer Tribunal para Menores, en Illinois, en 1899, y que con apoyo de la Sociedad General de Prisiones de París se generalizó a todo el continente europeo.

Menciona Dorado que

"fuera de las leyes, por simple jurisprudencia o práctica de los tribunales, van introduciéndose también en la vida social ciertas instituciones penales preventivas.. La más importante,...es el procedimiento que, extralegem y hasta contra legem, hace ya años viene empleándose en París".⁴¹

El procedimiento consistía en que los jueces instructores de París, al momento de la llegada de un niño, daban aviso a la Junta de Defensa de Niños Procesados, quien nombraba uno o varios defensores, los cuales actuaban no en contra del juez o del Ministerio Público, sino colaboraba con los mismos. Se solicitaban informes respecto de la vida del menor, se interrogaba a los padres, tutores, amos, patronos, maestros, etc.; las audiencias eran secretas y se procedía a un examen minucioso de su desarrollo mental y moral, sin tomar en cuenta los plazos y los términos establecidos en las leyes. Concluida la investigación etiológica y elaborado el

⁴¹ *Ibidem.* p. 140.

diagnóstico, en algunas ocasiones se les devolvía a sus familiares. En otras, cuando el problema era precisamente la familia, se encargaba a otra familia; en casos de menores con desarrollo mental y moral retardado, o de viciosos, se les enviaba a establecimientos públicos.

Ya a principios del siglo XX (1902), cuatro jueces instructores de París se hacían cargo exclusivamente de los asuntos de los menores criminales. Para la apelación sólo una Sala y únicamente determinados funcionarios del Ministerio Público se hacían cargo de estos asuntos.⁴²

Vemos, pues, que el resultado de este procedimiento, que fue trasladado a toda Europa y luego a América, fue precisamente la eliminación de los medios de defensa. En este procedimiento, el Juez daba aviso a la "Junta de Defensa de Niños Procesados", que actuaba, no como defensor, cuya misión era velar por los derechos del menor, sino actuaba en coadyuvancia del Juez y del Ministerio Público como una causa común.

Esta es la forma como el sistema creado con bases de la Escuela Positivista comienza a adoptar partidarios en los ámbitos encargados de los menores y se implantan sus instituciones en las legislaciones de los Estados.

VII. EL PRIMER TRIBUNAL PARA MENORES

Un acontecimiento que representó un paradigma para aplicar el sistema positivista a los menores delincuentes, y que colmaba las ambiciones de sus precursores y publicistas, fue la integración de un tribunal especial, diferente de la jurisdicción común. Desde mediados del siglo XIX ya se ensayaban instituciones, como reformatorios, facultades especiales para los jueces respecto a los jóvenes, especialidad jurisdiccional, procedimientos diferentes en donde se aplicarían los estudios antropológicos a los menores, etc.; en una palabra, se iniciaba la introducción de elementos propuestos por el positivismo a los procesos penales de los menores. Sin embargo, lo que vino a cristalizar los anhelos de los proteccionistas fue la aparición del Primer Tribunal para Menores, con una jurisdicción especializada, con hipótesis de intervención estatal propias, un procedimiento conveniente a los fines preventivos y, sobre todo, sin la necesidad estorbosa de tener que ajustarse a los lineamientos del juzgamiento para los adultos.

⁴² *Ibidem*. pp. 140 a 143.

La mayoría de los autores coinciden en mencionar que el primer tribunal para menores fue el creado en Chicago, Illinois, en 1899, y del que se tomaron los modelos, tanto institucionales como procesales, para establecer en todo el mundo esta forma de juzgar a los menores con conductas antisociales.

La creación del Tribunal fue resultado del trabajo de una agrupación de personas que fue denominada como el movimiento de los "*Salvadores del Niño*", ya que el grupo estaba integrado principalmente por mujeres de clase social elevada, así como profesionales cuyas áreas de conocimiento estaban relacionadas con las ciencias médicas. Su discurso estaba encaminado principalmente a separar a los menores que habían cometido delitos de las cárceles de los adultos, además de extender sus acciones a menores abandonados y de la calle.

Este movimiento, si bien toma buena parte de la doctrina positivista y de los postulados de la política criminal en relación a los menores, y que los funcionarios y escritores de la materia asistían con regularidad a las sesiones de la Sociedad de Prisiones de París y a los congresos criminológicos Europeos, en los Estados Unidos había ya una práctica reformativa arraigada, cuyos antecedentes se remontan a las investigaciones de Howard, por lo que no parece extraño que esta forma de juzgar a los menores, en la que en pro de protegerlos, se elimina cualquier derecho que limite la actuación del Estado, se haya aceptado en los Estados de la Unión Norteamericana.

Por otro lado, todo este movimiento mesiánico de "Salvación" siempre fue arropado con un discurso de filantropía, de bondad y de amor religioso. lo que permitía la aceptación de la sociedad y la aportación de grandes capitales de los industriales para la consecución de sus fines propuestos.

La acción de los Salvadores ha sido duramente criticada, ya que a la vista de las particularidades sociales, políticas y económicas de los Estados Unidos de la época, y de las características personales de los participantes, más que actos de filantropía y benevolencia por parte de sus activistas, se denota la intención de ejercer un control social absoluto sobre la juventud, en un momento de crecimiento económico importante que protegía y aseguraba al sistema capitalista, en beneficio de las clases económicamente fortalecidas por el sistema. Por otro lado, la adopción de instituciones para los niños prometía, a futuro, mano de obra mejor

calificada y el aseguramiento del respeto de los valores éticos, religiosos y políticos de las clases dominantes.⁴³

Si bien es posible asegurar que el Tribunal para Menores de Chicago es la fuente inspiradora y legitimadora de una forma de juzgar a los menores, en el caso de México no podemos afirmar que esta misión tan abiertamente utilitaria haya prevalecido en la mente de los pensadores mexicanos, sino que en nuestro país se haya actuado con un sentimiento simpático de filantropía y de beneficencia, quizá cristiana, más inclinada hacia el idealismo de Dorado que al utilitarismo norteamericano.

A partir del conocimiento, de la existencia fáctica de los tribunales para menores en los Estados Unidos, esta forma de juzgar se fue propalando paulatinamente en Europa y posteriormente en América Latina. Existieron penalistas de gran autoridad moral que dedicaban estudios especiales para encomiar el sistema.⁴⁴ Algunos otros, en sus tratados y obras en materia penal, dedicaban algún capítulo al tema, donde se repetían constantemente que los menores habían salido del derecho penal; que el sistema especial al que se les sujetaba era resultado de la labor del Estado como subsidiario de la Patria Potestad, dado que no habían alcanzado aún la mayoría de edad, por lo que se les consideraba inimputables. Todos estos argumentos, sostenidos en principio por autores extranjeros y luego por nacionales, permitieron, como lo veremos más adelante, que esta forma de juzgar permaneciera vigente en gran parte del mundo durante casi la totalidad del siglo XX.

VIII. EL PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE TRIBUNALES PARA MENORES DE PARIS EN 1911 Y EL SISTEMA TUTELAR

Luego de la creación del Tribunal para Menores de Illinois, se inició una carrera entre las naciones por adoptar estas instituciones en su legislación; así, por ejemplo, se instalaron tribunales en Inglaterra (1905), Alemania (1908), Portugal

⁴³ Platt, Antoni.- *Los salvadores del Niño o la invención de la Delincuencia*, Siglo XXI, tercera Edición, México 1982.

⁴⁴ Ver. Cuello Calón, Eugenio.- *Tribunales para Niños.*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, España, 1917.- *Criminalidad Infantil y Juvenil*, Imprenta Clarasó, Barcelona, España 1934. Joly, Enrique.- *La Infancia Delincente*, Editorial Administración, Madrid, España. Beniceros, José Angel y Luis Garrido.- *La delincuencia Infantil en México*, Editorial Botas, México, 1936.- Solís Quiroga, Héctor.- *Los Menores Inadaptados*, Tesis Profesional, México, 1933; Garrido, Samuel.- *Delincuencia Infantil*, Dirección General de Prisiones, Santiago de Chile, Chile, 1940. Lozano, Godofredo, *Régimen jurídico-social de la menor edad*, El Ateneo, Buenos Aires, Argentina, 1944, entre otros.

(1911), Hungría (1911), Francia (1912), Japón (1922), España (1924). En el caso de Latinoamérica el proceso se inició a partir de 1921 y concluyó hasta 1939.

Un evento que promovió en forma global la instauración de estos tribunales a nivel mundial fue la celebración del Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores, celebrado en París en 1911, el cual delegados de varios países del mundo expusieron sus experiencias y expectativas relacionadas con la materia.

Los temas que se pusieron en la mesa de debates en este congreso fueron:

a) ¿Debe existir una jurisdicción especial de menores?, ¿qué principios y directrices deberán apoyar dichos tribunales para obtener mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad juvenil?

b) ¿Cuál debe ser la función de las instituciones de caridad, frente a los tribunales y frente al Estado?

c) El problema de la libertad vigilada o aprobatoria. Funciones de los tribunales después de la sentencia.

Este Congreso tuvo una gran adhesión entre los países que enviaron representantes, pero, sobre todo, se expusieron con gran claridad y bajo un sistema riguroso todos los principios y criterios que estuvieron y están presentes en el discurso oficial y en las leyes con tendencia netamente proteccionista.

“Dos son los motivos más importantes, declarados por el congreso que sirven para legitimar las reformas de la justicia de menores: las espantosas condiciones de vida en las cárceles, en las que los niños eran alojados en forma indiscriminada con los adultos y la formalidad e inflexibilidad de la ley penal, que obligando a respetar, entre otros, los principios de la legalidad y de determinación de la condena, impedían la tarea de represión-protección propia del derecho de menores”.⁴⁵

Emilio García Méndez proponía que el verdadero motivo declarado en la Convención para la legitimación de estos tribunales es el expuesto por Paul Deschanel, diputado y miembro de la academia francesa, que en el discurso de apertura manifestaba:

“Yo me siento muy feliz de poder transmitir una fe profunda en el futuro de los tribunales para niños. Tengo la certeza que en algunos años todos los países civilizados los habrán completamente organizado. Estos tribunales se transformarán en todas partes, en centros de

⁴⁵ García Méndez, Emilio.- *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la situación Irregular a la protección integral*. Editorial Forum Pacts, Santa Fe de Bogotá, Colombia 1994, p. 46.

acción para la lucha contra la criminalidad juvenil. No sólo ayudándonos a recuperar la infancia caída, sino también a preservar la infancia en peligro moral. Estos tribunales podrán transformarse además, en auxiliares de la aplicación de las leyes escolares y las leyes del trabajo. Alrededor de ellos se agruparán las obras admirables de la iniciativa privada, sin las cuales la acción de los poderes públicos no podría ser eficaz. Al mismo tiempo que mantienen la represión indispensable, suministrarán una justicia iluminada a quienes deben ser juzgados. Serán al mismo tiempo la mejor protección de la infancia abandonada y culpable y la salvaguarda más eficaz de la sociedad".⁴⁶

En el Congreso, la participación del delegado de los Estados Unidos, C.R. Henderson, tuvo una gran influencia, atento a que el resto de los delegados le dotaron de una gran autoridad moral, ya que en los Estados Unidos eran los pioneros en la materia y habían logrado instituciones concretas, objeto de elogio de los académicos y doctrinarios europeos, de tal manera en su ponencia analiza que:

"El niño no es más un adulto en miniatura, ni un cuerpo, ni un espíritu: es un niño. Posee una anatomía, una fisiología y una psicología particulares. Su universo no es más el del adulto. No es un ángel ni un demonio; es un niño. El estudio de la infancia se ha convenido en una rama de una ciencia especial. La difusión del resultado de estas investigaciones ha producido una revolución en los métodos educativos. Los principios de las investigaciones, han dejado de ser teorías abstractas y especulativas, para transformarse en generalizaciones producto de hechos y experiencias empíricas. Las escuelas-reformatorios, se han convertido en verdaderos laboratorios de ciencia pedagógicas. En todos los países civilizados, asociaciones de carácter filantrópico han puesto en pie iniciativas en favor de los niños abandonados. Sus integrantes han descubierto simultáneamente, las necesidades del niño u los errores de los procedimientos legales. Muchas de estas personas son juristas de profesión".⁴⁷

La piedra angular de las modificaciones a la legislación liberal es la dotación de facultades especiales a los jueces de menores. El sistema debe poseer un carácter familiar y el juez de menores debe ser un padre y un juez de vigilancia, además de que se concluye la necesidad de incorporar sentencias de carácter indeterminado.

Así entonces, la generalización de esta forma de juzgar y de reaccionar por parte del Estado frente a la delincuencia juvenil y sobre la minoridad abandonada fue tomada como una doctrina especial, como un sistema autónomo, independiente del Derecho penal, cuyos principios se basaban en una labor del Estado de naturaleza social, más que de represión o control social. No buscaba resarcir el derecho ni a la sociedad del mal cometido por el delito, sino educar y proteger a los menores de los que se les adivinaba una tenencia antisocial por la comisión del delito, o prevenía dicha comisión actuando antes, cuando se vislumbraba alguna tendencia hacia tales conductas.

⁴⁶ García Méndez, *Op. Cit.* p. 47.

⁴⁷ *Idem.* p. 48.

La aplicación legislativa de estos principios en los países del mundo fue variado: algunos aceptaron tribunales colegiados integrados por médicos, psicólogos, maestros; otros incluyeron tribunales unitarios integrados por abogados; unos dependían del Poder Judicial, otros eran tribunales del Poder Ejecutivo. Sin embargo, si las instituciones, las formas y los nombres eran diferentes, los fines y los principios eran los mismos.

En México, como en algunos otros países, el sistema tutelar evolucionó en forma importante, con el objeto de acercarlo más a los modelos internacionales planteados en las convenciones y congresos, o abandonando formas e instituciones que resultaban ya deficientes a una realidad de la delincuencia. Por ello, si el objeto del procedimiento en el nacimiento del sistema era la etiología antropológica de la conducta basada en la herencia, posteriormente se puso el acento en encontrar dicha etiología en las condiciones sociales del menor. Si en algún momento se respetó el principio de legalidad y tipicidad para defender a los menores, en otro se eliminó tal respeto y se establecieron otras hipótesis de intervención estatal; si en algunos casos no existían representantes o defensores del menor, ya que en el procedimiento no había contradicción, en otros existían figuras representantes de los menores que hacían causa común con el juzgador; sin embargo, todos coincidieron en manifestar que el menor había salido del derecho penal.

A estas alturas podemos entender que la frase de "haber salido del derecho penal" significa el abandono del procedimiento clásico, plagado de inconvenientes derechos que la autoridad debe respetar. Significa el extraer de las garras de los jueces (abogados) "torpes e inhumanos" a los menores, y entregarlos a las manos de maestros, psicólogos, médicos, antropólogos "amorosos y filántropos"; significa proteger, aunque sea con brutalidad y desgarró, al menor; significa imponer medidas exactamente iguales a la de los adultos, atendiendo a la privación de sus derechos, pero no con el afán de castigar sino el de educar (no sabemos que diferencia existe entre privar de la libertad a un menor, para castigarlo o para educarlo); significa violentar su cotidianeidad, a la que está acostumbrado, su mundo, porque ese mundo no se ajusta a ciertas tablas y concepciones antropológicas o biopsicosociales preconcebidas por "expertos de la conducta humana" y porque la sociedad teme que puedan ser peligrosos; significa evitar que el depositario originario de la patria potestad y el propio menor posean a su alcance, medios legítimos de defensa en contra de alguna arbitrariedad del Estado; significa dotar al Estado de absoluta discrecionalidad para actuar con los menores, sin sometimiento a norma alguna. Significa un retroceso en los derechos del

hombre en pro de una seguridad mayor de la comunidad envuelto en un discurso de amor y filantropía.

Luego de ver tanto las instituciones establecidas por los principios de la Escuela Clásica como los de la Positivista, y sobre todo respecto del idealismo de Dorado, no podemos sino llegar al convencimiento de que, pese al discurso filantrópico, las instituciones sustantivas, procesales y ejecutivas utilizada para los menores tienen un antecedente eminentemente penal, tendiente a la prevención de la delincuencia y sobre todo de la reincidencia.

IX. LA DOCTRINA DE LA PROTECCION INTEGRAL DE NACIONES UNIDAS

Desde el principio de la década de los años 80's la atención de los doctrinarios del derecho penal fue captada por una corriente ideológica que exigía con mayor fuerza el respeto por parte del Estado, independientemente del sistema económico o político que tuviese, de los derecho humanos o civiles de los ciudadanos.

Este movimiento cuestiona gravemente la legislación tutelar derivada de la Escuela Positivista del siglo pasado, que acomodaba en buena forma al Estado protector e intervencionista.

Las críticas al establecimiento de este sistema científico de enjuiciar a los menores, cobraron nuevos bríos y, así, la minoría que clamaba el respeto a los derechos mínimos de los menores delincuentes se hizo oír en diversos foros, hasta que su postura fue retomada por la Organización de las Naciones Unidas cuando, en 1984, se elaboraron las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, mejor conocidas como "Reglas de Beijing", ya que fue precisamente en Pekín, China, donde se concibieron.

Estas reglas fueron adoptadas y aprobadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, en 1985; finalmente la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas las aprobó el 29 de noviembre de 1985 en la resolución 40/33.

En estos documentos se cristaliza la ambición de muchos doctrinarios críticos del sistema tutelar y paternalista, que sostenían la mayoría de los estados respecto al tratamiento de los menores infractores, los cuales se preguntaban el por qué de

un régimen especial de excepción que aniquilaba los derechos elementales del ser humano.

Las reglas establecen principios mínimos fundamentales con los que se dota al menor de personalidad en el procedimiento, a pesar de reconocerle la minoría de edad; reconoce que el menor debe ser tratado con base en los fundamentos legales a los que tiene derecho todo ser humano, con apego a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, sin diferenciación de sexo, raza, religión o color.

En el Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, celebrado en septiembre de 1990 en La Habana, Cuba, se aprobaron dos documentos relacionados con la justicia de menores; el primero fue un complemento a las Reglas de Beijing, denominado "Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de Riad)", aprobadas por la 45 Asamblea de Naciones Unidas en diciembre de 1990. El proyecto general fue preparado por Defensa de los Niños Internacional, Oficina Internacional Católica de la Infancia, Comisión Internacional de Juristas y Amnistía Internacional, y fue revisado por el Instituto Max Planck (Friburgo, 1988).⁴⁸

Estas reglas "buscan que la privación de la libertad se aplique en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto a la dignidad humana de los menores, que se eviten o al menos se atenúen los efectos perjudiciales y que se respeten sus derechos civiles, económicos, políticos, sociales y culturales",⁴⁹ además de que en forma clara y a nivel internacional se estandariza a la minoría de edad en los 18 años y establece la obligación de que la legislación aplicable se pronuncie respecto del límite inferior de edad.

El otro documento discutido en La Habana fueron las "Directrices de Riad" o Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, aprobado en la misma asamblea de Naciones Unidas, que discutió el anterior documento.

Finalmente, como antecedente más directo a nivel internacional, que se incorporó a la legislación mexicana de acuerdo al artículo 133 Constitucional fue

⁴⁸ Rodríguez Manzanera, Luis.- "El Derecho Internacional ante el Menor Infractor". *Criminalia*, Año LVII, No 1, México, D.F. enero-abril 1992, p. 125.

⁴⁹ *Idem*. p. 126.

la Convención Internacional de los Derechos del Niño,⁵⁰ adoptada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, aprobada por la Cámara de Senadores el 19 de junio de 1990, y firmado el instrumento de ratificación por el Presidente de la República el 10 de agosto. El documento fue depositado en Naciones Unidas el 21 de septiembre del mismo año. Esta Convención fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

En la Convención, siguiendo la línea de los documentos internacionales mencionados, se establecen derechos a los menores como: la anulación de la pena capital para menores de 18 años, así como el sometimiento a torturas; b) expeditéz en el proceso, y el principio de legalidad; c) asistencia jurídica e impugnación de la resolución que lo prive de la libertad; d) la presunción de inocencia; e) conocer la causa de su detención; f) un proceso ante autoridad judicial; g) derecho a no declarar en su contra e interpelar a los testigos de cargo; h) asistencia gratuita de un intérprete en caso necesario; entre otras.

Interpretado este movimiento, se advierte un carácter humanista de la justicia de menores, ya no de asistencia o paternal; establece el criterio del menor delincuente y garantiza su desarrollo adecuado, independientemente de la peligrosidad de su personalidad.

El conjunto de principios contenidos en todos estos documentos internacionales, marcan el inicio de lo que se ha denominado "La Doctrina de la Protección Integral de las Naciones Unidas", que tiene su culminación en la Convención de los Derechos del Niño antes mencionada, firmada y ratificada por un gran número de países pertenecientes a la ONU.

A partir de estos documentos, se ha iniciado una marcada reforma a las orientaciones de la política criminal de los Estados, tendiente a armonizar su legislación relativa a menores con los principios que establece esta novedosa doctrina.

⁵⁰ A la fecha, casi todos los países de América Latina han suscrito la Convención e incorporado en sus respectivas legislaciones a tal instrumento, sin embargo, son pocos los países que han incorporado sus principios a su legislación, creando una especie de esquizofrenia jurídica, atento a que la legislación aplicada es una de tendencia proteccionista, basada en la doctrina de la situación irregular, y por lo que hace a la Convención que se incorpora por razón del reconocimiento de tratados en las constituciones de los Estados y que opera bajo el concepto de la doctrina de la protección integral de Naciones Unidas. Ver. Emilio García Méndez.- *Derecho de la Infancia-adolescencia en América Latina*.

Dentro de los primeros países que integraron comisiones con el objeto de realizar modificaciones legislativas figuraron Brasil, Ecuador, Perú y México, quienes continúan como un modelo a seguir a nivel mundial en esta materia.

Parece importante hacer una reflexión en este momento, en el sentido de reconocer que desde finales del siglo pasado, las tendencias que han guiado la forma de concebir y de juzgar la problemática que representa para los Estados la juventud que comete delitos han sido dictadas por organizaciones internacionales, por medio de acuerdos, propuestas y tratados; esto es, que los países del orbe han adoptado las reglas y propuestas creadas por estos organismos internacionales a sus respectivas legislaciones. En este punto es donde nos preguntamos si esta tendencia globalizadora irá o no de acuerdo con las particularidades de cultura, organización, idiosincrasia de todos los estados del mundo, si la problemática de la delincuencia juvenil es igual en México que en Alemania, España, Brasil o Perú, y si los mismos modelos e instituciones se adaptan de igual manera a la realidad imperante en cada comunidad.

De cualquier modo, resulta importante el conocer cuales son estos principios de política criminal establecidos por Naciones Unidas para abordar la situación de la delincuencia juvenil.

Si bien la culminación de esta doctrina la encontramos en el Texto de la Convención de los Derechos del Niño, al contemplar sus considerandos descubrimos que en materia de justicia de menores se inspira en los resultados de las convenciones internacionales y los documentos antes aludidos. Podemos identificar criterios que permiten definir conceptualmente al menor;⁵¹ y lo que debe entenderse como privación de libertad.⁵²

⁵¹ Convención 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Bejin: 2.2: Para los fines de las presentes reglas, los Estados miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos:

a) Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto.

b) Delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate; y

c) Menor delincuente es todo niño o joven al que se le ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.

Reglas NU: 11:A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes:

a) Se entiende por menor una persona de menos de 18 años de edad.

La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley;

⁵²Reglas NU: 11:A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes:

Por otro lado, encontramos principios generales que orientan sobre el trato personal al menor en conflicto con la ley penal,⁵³ la prohibición de aplicar torturas,⁵⁴ así como la pena capital, ni la prisión perpetua,⁵⁵ ser tratado con humanidad,⁵⁶ estar separado de los adultos,⁵⁷ la utilización de la privación de la libertad como último recurso,⁵⁸ respeto a su privacidad,⁵⁹ el establecimiento de un

b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en otro establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, sin que sea ordenado por cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

⁵³ Convención 40.1. Los Estados partes reconocerán el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido la leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

⁵⁴ Convención 37a: Los Estados partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Bejin: 17.3. Los menores no serán sancionados con penas corporales.

⁵⁵ Convención 37a: Los Estados partes velarán por que:

a)... No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.

Bejin: 17.2. Los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital.

⁵⁶ Convención 37c. Los Estados Partes velarán por que:

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad....

⁵⁷ Convención 37c. Los Estados Partes velarán por que:

c)... En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

Bejin: 13.4 Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.

⁵⁸ Convención 37b. Los Estados Partes velarán por que:

b)... La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.

Reglas NU: 1. El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento debería usarse como último recurso.

2. ...

La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el periodo mínimo necesario, y deberá limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.

⁵⁹ Convención 40.b.vii. Con ese fin,... los Estados Partes garantizarán, en particular:

b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales ... se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

VII) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

Bejin: 8.1. Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad.

límite inferior de edad,⁶⁰ información a los padres del menor sobre su situación jurídica,⁶¹ así como la aplicación de la ley más favorable.⁶²

Como principios de Derecho Penal Sustantivo, considera el de legalidad en la privación de la libertad,⁶³ tipicidad⁶⁴ y culpabilidad.⁶⁵

8.2. En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente.

Reglas NU: 18. Las condiciones de detención de un menor que no haya sido juzgado deberán ajustarse a las siguientes reglas... dadas las exigencias de la presunción de inocencia, la duración de la detención y la condición jurídica y circunstancias de los menores.

a) Los menores tendrán derecho a... comunicarse regularmente con los asesores jurídicos. Deberá respetarse el carácter privado y confidencial de esas comunicaciones.

⁶⁰ Convención 40.3.A. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

Bejin: 4.1. En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habido cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual.

⁶¹ Convención 40.2.II. Con ese fin..., los Estados Partes garantizarán, en particular:

b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales... se le garantice, por lo menos lo siguiente:

II) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por medio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él

Bejin: 7.1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como... el derecho a ser notificado de las acusaciones, ... el derecho a la presencia de los padres o tutores,

10.1. Cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el más breve plazo posible.

⁶² Convención. 41. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado Parte, o

b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

⁶³ Convención 37b. Los Estados Partes velarán por que:

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.

⁶⁴ 40.2a: Con ese fin... los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por acción u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron.

Riad: 56. A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización e incriminación de los jóvenes, deberá promulgarse una legislación por la cual se garantice que todo acto que no se considera un delito, ni es sancionado cuando lo comete un adulto, tampoco deberá considerarse un delito ni ser objeto de sanción cuando es cometido por un joven.

En relación con las autoridades en materia de justicia de menores, reconoce los principio de autoridad especializada,⁶⁶ juicio ante autoridad judicial,⁶⁷ discrecionalidad en beneficio del menor,⁶⁸ capacitación de funcionarios especializados.⁶⁹

Respecto del procedimiento, se establecen los principios de presunción de inocencia,⁷⁰ derecho de negarse a confesar o atestiguar,⁷¹ interrogar a los testigos

⁶⁵ Convención 40.2.b.i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

⁶⁶ Convención 40.3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades, es instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales...

⁶⁷ Convención 40.2. Con ese fin..., los Estados Partes garantizarán, en particular:

b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales... se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

III) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial...

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley.

Bejin: 14.1. Todo menor delincuente cuyo caso no sea objeto de remisión ... será puesto a disposición de la autoridad competente (corte, tribunal, juntas, consejo, etc.), que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo.

⁶⁸ Bejin: 6.1. Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.

11.2. La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar esos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.

⁶⁹ Bejin: 12.1. Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrán contingentes especiales de policía con esa finalidad.

22.1. Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción.

Riad: 58. Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley, u otro pertinente, para que pueda atender las necesidades especiales de los jóvenes; es: personal deberá estar familiarizado con los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes del sistema de justicia penal.

⁷⁰ Convención 40.2.I. Con ese fin..., los Estados Partes garantizarán en particular:

b) Que todo niño del que se alegue que haya infringido las leyes penales ... se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

de cargo y presentar testigos de descargo,⁷² asistencia de un intérprete,⁷³ asistencia jurídica,⁷⁴ aplicación de medidas proporcionales a la infracción,⁷⁵ estudios

Bejin: 7.1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia...

Reglas NU: 17. Se presume que son inocentes los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio ("prisión preventiva") y deberán ser tratados en consonancia. ...

⁷¹ Convención 40.2.IV. Con ese fin..., los Estados Partes garantizarán, en particular:

b) Que todo niño del que se alegue que se ha infringido las leyes penales ... se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

IV) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable...

Bejin: 7.1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como ... el derecho a no responder,...

⁷² Convención 40.2.IV. Con ese fin, ... los Estados Partes garantizarán, en particular:

b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales... se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

IV) ... que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad.

Bejin: 7.1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como..., el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a estos...

⁷³ Convención 40.2.VI. Con ese fin, ... los Estados Partes garantizarán, en particular:

b) Que todo niño del que se alegue a infringido las leyes penales... se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

vi) Que el niño contará con asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado.

⁷⁴ Convención 37d. Los Estados Partes velarán por que:

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a otra asistencia adecuada...,

Bejin: 7.1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como... el derecho al asesoramiento...

15.1. El menor tendrá derecho a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso o a solicitar asistencia jurídica gratuita cuando esté prevista la prestación en dicha ayuda en el país.

15.2. Los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor. No obstante, la autoridad competente podrá denegar la participación si existen motivos para presumir que la exclusión es necesaria en defensa del menor.

Riad: 57. Podrá considerarse la posibilidad de establecer una oficina del ombudsman o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles.... Se deberán establecer también servicios de defensa jurídica del niño.

Reglas NU: 18. Las condiciones de detención de un menor que no haya sido juzgado deberán ajustarse a las siguientes reglas... dadas las exigencias de la presunción de inocencia, la duración de la detención y la condición jurídica y circunstancias de los menores.

a) Los menores tendrán derecho al asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando ésta exista, y comunicarse regularmente con los asesores jurídicos. Deberá respetarse el carácter privado y confidencial de esas comunicaciones.

⁷⁵ Convención 40.4. Se dispondrá de diversas medidas, ... para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con las circunstancias como con la infracción.

Bejin: 5.1. El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de estos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

17.1. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

biopsicosociales para la determinación de medidas,⁷⁶ impugnación,⁷⁷ libertad de la autoridad para recabar pruebas,⁷⁸ juicio pronto y expedito,⁷⁹ pluralidad de medidas,⁸⁰ sentencia determinada,⁸¹ revisión y suspensión del tratamiento.⁸²

a) La respuesta que se da al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;

c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada;

⁷⁶ Bejin: 17.1. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

a) La respuesta que se da al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;

b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;

d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.

⁷⁷ Convención 37.d. Los Estados Partes velarán por que:

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho ... a impugnar la legalidad de la privación de la libertad ante un tribunal o una autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Bejin: 7.1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como... el derecho de apelación ante autoridad superior.

⁷⁸ Bejin: 16.1. Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que una autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito.

17.1.B. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.

⁷⁹ Bejin: 20.1. Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias.

Reglas NU: 17....

Cuando... se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible. Los menores detenidos a la espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.

⁸⁰ Convención 40.4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las ordenes de orientación, supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones,...

Bejin: 18.1. Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

a) Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión;

b) Libertad vigilada;

c) Ordenes de prestación de servicios a la comunidad;

d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;

e) Ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;

f) Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;

g) Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida, u otros establecimientos educativos;

h) Otras órdenes pertinentes.

19.1. El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo de tiempo.

Posteriormente, haremos alusión de cada una de estas concepciones con el objeto de descubrir en qué grado la ley se acerca o no a los principios rectores de la "Doctrina de la Protección Integral", aplicada en el ámbito espacial mexicano.

⁸¹ Reglas NU: 2. Sólo podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores.... La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial y sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.

⁸² Bejin: 23.1. Se adoptarán disposiciones adecuadas para la ejecución de las órdenes que dicte la autoridad competente...

23.2. Dichas disposiciones incluirán la facultad otorgada a la autoridad competente para modificar dichas órdenes periódicamente según estime pertinente, a condición de que la modificación se efectúe en consonancia con los principios enunciados en las presentes Reglas.



Capítulo Segundo

El menor
y el Derecho Penal
(Análisis histórico)

UNAM Facultad de Derecho



CAPITULO SEGUNDO

EL MENOR Y EL DERECHO PENAL (ANALISIS HISTORICO)

Luego de haber expuesto las ideas y escuelas penales que han tenido y tienen aún influencia poderosa en el tratamiento legislativo de la justicia de menores, es necesario hacer un breve análisis histórico para ubicar la aplicación y las instituciones adoptadas por nuestra normatividad. Este análisis tiene como objeto comprender la difícil y, a mi juicio, nunca lograda separación de la justicia de menores del Derecho Penal. Se precisa identificar, entonces, el momento de la división, así como lo que propiamente se consideró que la justicia de menores dejó de identificar como penal.

Atenderemos principalmente a tres puntos específicos en la exposición: las leyes vigentes en el período, la doctrina de la época y los criterios jurisprudenciales publicados.

Para ello, hemos dividido el proceso histórico en tres épocas principales: la primera, la etapa liberal del discernimiento. La segunda, la etapa proteccionista o tutelar, que se subdivide en tres períodos: el que va de 1926 a 1941, caracterizado por los primeros esfuerzos de establecer una justicia de menores independiente del derecho penal; el segundo, de 1941 a 1974, con la consolidación del Tribunal para Menores; y el tercero, de 1974 a 1992, con la creación de los Consejos Tutelares. La tercera y última etapa es la denominada garantista, que va desde 1992 a la fecha, vigente en materia federal y en algunos Estados de la República, conservándose el sistema tutelar en el resto de los mismos.

Intentaremos, pues, entender cuáles han sido realmente los acercamientos y las separaciones de la justicia de menores respecto del derecho penal, con el objeto de discutir como último punto si en el proceso histórico de nuestra materia ha sido en algún momento la respuesta del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* o en su actividad de auxilio o beneficencia, o, en su caso, en sustitución del ejercicio de la patria potestad.

No podemos negar que, objetivamente, es la ley la que determina la permanencia del menor dentro del ámbito del derecho penal o su salida; sin embargo, no nos referimos al cuerpo normativo como si se tratara de un Código o un cuerpo normativo perfectamente integrado o, en su caso, un grupo de cuerpos

normativos que regulan la materia y que para su aplicación es necesario relacionar, sino al sentido y la orientación filosófica que se le da a esa ley o grupo de leyes.

Es preciso mencionar, para verificar si nos encontramos dentro o fuera del derecho penal, que metodológicamente es necesario tomar un marco de referencia, ~~por lo que en este punto nos estableceremos dentro del ámbito de los Códigos y leyes que regulan la materia penal.~~ Así, trataremos de ubicarnos en los siguientes elementos:

a) PUNTO DE DIFERENCIACIÓN. La diferencia entre un régimen jurídico de los menores y de los adultos es consecuencia de que la ley reconoce que éstos son diferentes de los otros por alguna causa.

b) HIPÓTESIS DE INTERVENCIÓN ESTATAL. Si los supuestos para la intervención del Estado son exclusivamente penales, o si existen otras hipótesis de naturaleza proteccionista o tutelar.

c, JURISDICCIÓN. Significa la necesidad de establecer una jurisdicción diferente a la jurisdicción penal.

d) PROCESO. Contempla la necesidad de un proceso especial o diferente del proceso penal.

e) LEGISLACIÓN. Que cuenta con un cuerpo legislativo diferente del penal.

f) CONSECUENCIA JURÍDICA. Que la respuesta del Estado respecto de las conductas desviadas de los menores no está sujeta a la represión penal y que el menor no pueda ser sujeto a pena.

g) ESTABLECIMIENTOS PARA EJECUCIÓN. Implica, además, establecimientos especializados para la reclusión de los menores diferentes a los ocupados por la justicia penal.

h) DERECHO. Expresa la existencia de un derecho diferente del derecho penal, como lo puede ser el derecho tutelar, derecho social, o algún otro similar.

Asimismo trataremos, en la medida en que nos sea posible, de interrelacionar las posiciones normativas (legales) incluyendo textos y exposiciones de motivos, la interpretación jurisprudencial y la interpretación doctrinaria.

I. PERIODO PRERREFORMISTA Y CLÁSICO

A) Periodo prerreformista

A principios del México independiente, la encargada de la atención a jóvenes, niños, ancianos, viudas y desvalidos era la Iglesia Católica a través de sus diversas congregaciones, que realizaban dicha actividad como un apostolado religioso.

La usanza de la época nos la muestra la Ley para Juzgar a Ladrones, Homicidas, Heridores y Vagos, publicada el 5 de enero de 1857, por Ignacio Comonfort en la cual se establece que los vagos ineptos para el servicio de las armas o de la marina y los menores de dieciséis años se destinarán a los establecimientos de corrección y casas de misericordia, fábricas, talleres, obrajes o haciendas de labor por un tiempo que no baje de un año, ni exceda de tres (Art. 87).

De igual forma, disponía que los vagos menores de dieciséis años del Distrito Federal serían destinados a la Casa de Corrección de Jóvenes Delincuentes, por el tiempo de tres años como los señala su reglamento, (Art. 87). (El reglamento a que se refiere fue publicado el 5 de febrero de 1842 por Antonio López de Santa Anna, en su artículo 4o.).

Este establecimiento destinado a la casa de corrección era el Técpam de Santiago, ubicado en Tlatelolco, instituido por Don Manuel Eduardo Gorostiza en 1841, que posteriormente se convirtiera en la Escuela Industrial.

En la época de la Reforma, los liberales, sabedores de que la enseñanza y la beneficencia debían ser administradas por el Estado y no por la Iglesia, crearon el marco jurídico para hacer responsable de dicha actividad al gobierno. De esta forma, en 1861, Juárez expidió un decreto en el que se establecía que la Dirección General de los Fondos de la Beneficencia Pública, debía hacerse cargo del cuidado, dirección y mantenimiento de los establecimientos de asistencia social y hospitalaria secularizados. Así, se creaba un servicio público para atender al sector más desamparado del país. La invasión francesa impidió que los objetivos de la Beneficencia Pública se pusieran en marcha y fue hasta 1878 cuando se reorganizó e inició su cometido; en ese tiempo las instituciones dedicadas a esta misión estuvieron a cargo del Ayuntamiento.

Esta institución prestó una especial atención al cuidado y educación de los niños y adolescentes huérfanos, abandonados, con carencias físicas o deficiencias mentales y aquellos menores cuyas familias estaban incapacitadas para educarlos y sostenerlos. Sin embargo, se desentendió del cuidado y corrección de los menores delincuentes.

B) Periodo clásico y el código penal de Martínez de Castro de 1872

En el siglo pasado y principios del presente, la cuestión de los menores que habían delinquido era tratada por el Juez Penal, con base al procedimiento y en los términos que establecía el Código Penal llamado Código de Martínez de Castro, publicado en 1872.

Se ha dicho que en esa época la doctrina generalizada mundialmente para la elaboración de Códigos penales fue la emanada de la Escuela Clásica, sin embargo debe hacerse notar que este Código posee una fuerte carga correccionalista, tanto en materia de adultos como en relación con los menores delincuentes.

a) Punto de diferenciación

La concepción de *menor* que se desprende de este Código es que se trata de personas que no tienen debidamente desarrollada la inteligencia, concepción que de acuerdo a la doctrina imperante en la época, había sido tomada del Derecho Romano, en el cual se eximía de pena a los menores de 9 años y se trataba con menor severidad a los menores de 14 años.

Para sostener un régimen jurídico penal diferenciado para los adultos de los menores, entendiendo que éstos no habían desarrollado aún su inteligencia, el Código de 1872 se basó en dos criterios:

a) El criterio de la edad. El art. 34 inciso 5 determina que es causa de irresponsabilidad penal ser menor de 9 años, lo que significa una presunción *juris et de jure*, de que la persona que aún realizando los elementos constitutivos del delito no es responsable penalmente por razón de su edad.

b) El criterio del discernimiento. También se establece que es causa de irresponsabilidad ser mayor de 14 años y menor de 16 al cometer el delito, si el acusador no probare que el acusado obró con el discernimiento necesario para

conocer la ilicitud de la infracción, (art. 34. 6a). En este caso, la responsabilidad penal estaba condicionada a que la parte acusadora comprobara que el sujeto había obrado con discernimiento. Nos encontramos con una presunción en favor de los menores que se encontraban dentro de este rango; sin embargo, a diferencia de la anterior, esta presunción es *iuris tantum*, esto es, admite prueba en contrario. Según nos explica José María Lozano, el Ministerio Público o, en su caso, el ofendido debían demostrar ante el Juez de la causa que el indiciado había obrado con discernimiento en la comisión del delito.⁸³

c) "Los mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, son responsables de los delitos que comentan; pero en atención a la poca madurez de su razón, la ley les impone la mitad o dos tercios de la pena que les correspondería si fueran mayores de edad".⁸⁴

d) En esta legislación la cuestión de la edad es tomada también a excepción de las tres hipótesis anteriores, como una atenuante de cuarta clase (Art. 42), lo que permitía a los mayores de 18 y menores de 21 años una reducción, al momento de la individualización de la pena que le fuere impuesta.

Tenemos, entonces, que existen dos sistemas de diferenciación, el de la edad (menos de 9 años *jure et de jure* y de 9 a 14 con la presunción *juris tantum*) y el criterio del discernimiento (de 9 a 14 años y 15 a 18 años), en los que la responsabilidad penal era completa pero imperfecta con presunción *jure et de jure* de responsabilidad, así como la disminución de la pena al dictarse la sentencia por ser menor de 21 años.

Con relación a la falta de desarrollo intelectual, reconocido como excluyente de responsabilidad penal respecto de los menores de nueve años, Lozano nos explica:

"Cuando el niño comienza a balbucir las primeras palabras, su inteligencia comienza también a revelarse: adelanta aquél en el desarrollo de sus facultades físicas y adelanta su inteligencia; débil y vacilante primero, se va robusteciendo a proporción que se vigoriza el cuerpo, y cuando éste adquiere su desarrollo natural y completo, la inteligencia también lo ha adquirido, y el conocimiento de lo bueno y lo malo, de lo justo y de lo injusto, ha formado la conciencia".⁸⁵

⁸³ Lozano, José María.- *Código Penal del Distrito Federal*. - Imprenta del Comercio de Nabor Chávez. México. 1874. p. 161.

⁸⁴ Sodi, Demetrio.-*Nuestra Ley Penal*.- Librería de la Viuda de Ch Bouret.- 2a. Ed. México. 1917, p. 98.

⁸⁵ Lozano, José María.- *Op. Cit.* p.153.

En este sentido, vemos cómo el autor del siglo pasado realiza una relación directa entre el desarrollo físico y el de la inteligencia y su capacidad para conocer el bien y el mal, lo justo y lo injusto.

"En esos períodos faltan en el hombre los elementos morales de la criminalidad, la ~~inteligencia y la libertad, el dolo o intención deliberada de perpetrar una infracción con~~ conocimiento de su ilicitud, de la prohibición de la ley y de las penas que impone: en consecuencia, durante esos períodos, el hombre es irresponsable criminalmente, como el idiota y el demente privados por completo del uso expedito de sus facultades intelectuales".⁸⁶

"Nuestro Código fija la edad de nueve años para ese período de completa irresponsabilidad. Los niños que no tienen nueve años cumplidos tienen en su edad una circunstancia excluyente de responsabilidad criminal. La ley presume que en esta época de la vida el niño, si bien obedece ya a los instintos desordenados de las pasiones, a los impulsos de la ira, del arrebato y de la venganza, no tiene su razón desarrollada, ni la conciencia de lo lícito y de lo ilícito..."⁸⁷

En relación con los delincuentes mayores de nueve y menores de catorce años los autores de la época coinciden en manifestar que en atención a que la inteligencia se va desarrollando lentamente, así como el desarrollo del cuerpo, la educación, los alimentos, los ejercicios, el clima, el aire, la zona geográfica en la que vive influyen para su mayor o menor desarrollo, y es por ello que en este rango de edades sea necesario un estudio detallado del menor para determinar si obró o no con discernimiento.

La ley establecía que la carga de la prueba de discernimiento correspondía al acusador (Art. 34, 6a.), esto es, al Ministerio Público. En este punto existe contradicción entre los autores, ya que si bien Rodríguez⁸⁸ establece que "esta resolución debe ser previa y de especial pronunciamiento", Sodi⁸⁹ considera que "el Ministerio Público, tiene la obligación de probar el discernimiento cuando formule su pedimento acusatorio"; por su parte, Lozano⁹⁰ considera que "si la parte acusadora -el acusador privado si lo hubiere, o el Ministerio Público en caso contrario- promueve pruebas para hacer constar que el acusado obró con discernimiento, le serán admitidas tales probanzas...", de tal suerte que el discernimiento o la falta de él, de acuerdo al autor, se verá en el período de la instrucción.

⁸⁶ *Idem.* p. 154.

⁸⁷ *Idem.* p. 156.

⁸⁸ Rodríguez, Ricardo.- *Del Derecho Penal.*- Oficina Tip. de la Secretaría de Fomento. México. 1902. p. 441.

⁸⁹ Sodi, Demetrio. *Op. Cit.* p. 96.

⁹⁰ Lozano, José María.- *Op. Cit.* p. 160.

La prueba de discernimiento resultó criticable a los ojos de Sodi, ya que consideraba que los exámenes que realizaban los peritos médico-legistas eran poco serios, puesto que, de acuerdo a las respuestas de los menores a los cuestionamientos de si saben lo que es un robo o una lesión, o lo que es bueno o malo, daban sus fallos inapelables. Esto provocaba que jóvenes de 13 o 14 años lo suficientemente listos para engañar, quedaran sin castigo y que algunos otros con inteligencia atrofiada fueran castigados.⁹¹

b) Hipótesis de intervención estatal

La causa por la cual el Estado intervenía en la vida privada de los menores era específicamente la comisión de un delito, aunque debemos recordar que la vagancia era considerada como delito en dicho Código y en sus hipótesis (Art. 854) se establecía que "Es vago el que careciendo de bienes y rentas, no ejerce alguna industria, arte u oficio honestos, para subsistir sin tener, para ello, impedimento legítimo". A este delito se le sancionaba con pena de arresto mayor (Art.124), que iba de uno a once meses; pese a que en el artículo siguiente determina que la pena se extinguirá en un lugar diferente al destinado para prisión, Demetrio Sodi denuncia la falta de dicho establecimiento y critica la convivencia diaria y continua, atribuyéndole a ésta la profesionalización de los delincuentes.

El Código tenía una disposición especial para los menores que fueran descubiertos cometiendo el delito de vagancia (Art 856), en el sentido de que si el vago fuere menor de dieciocho y mayor de catorce, o sordomudo, se hará lo que previenen los artículos 225 a 228, si no tuviere padres ni tutor; cuando los tuviese, era necesario el pago de una fianza para poder ser liberados.

De esta forma, si las conductas que posteriormente, bajo un sistema protector, fueron motivo de la intervención estatal respecto de los menores y que eran además de la comisión de los delitos, la violación a los reglamentos y posteriormente los estados de peligro, el legislador de 1872 al contemplar ampliamente el delito de vagancia, mendicidad, etc. comprendía con gran amplitud las conductas o situaciones en las que se ubicaban los menores huérfanos, abandonados y otros que pudiesen representar a futuro un peligro para la sociedad.

⁹¹ Sodi, Demetrio.- *Op. Cit.* p. 96.

Sin embargo, las únicas causas para la intervención estatal con todo su aparato judicial y corrector, hasta antes de 1928, fue la comisión de una conducta debidamente prevista como delito por el Código Penal.

c) Jurisdicción

Por lo que hace a la Jurisdicción, la autoridad competente para conocer de estos procesos era el juez común, el mismo que conocía de los delitos cometidos por los adultos. En ocasiones, por razón de la gravedad del delito o de las penas que contemplaba la ley, quien conocía de los procesos de acuerdo al Código de Procedimientos Penales de 1894, eran los Jueces Correccionales, los que conocían de los delitos cuyo término medio de la pena no fuera mayor de dos años (Art. 33).

d) Proceso

Existían diferentes procesos, de acuerdo a la hipótesis que se le presentara al Juez, las que correspondían a los rangos de edades y características de los menores delincuentes.

a) Menores de nueve años

El Juez, de acuerdo con el procedimiento que establece el propio Código Penal (Art 157 a 159 y 161,162), tenía que estar atento a que si por el aspecto del acusado o que por algún medio legal se acreditaba que era menor de nueve años, debía, desde luego, levantar un acta en la que "fundadamente" se hiciese constar su determinación de entregarlo a las personas que lo tienen a su cargo o por la gravedad de la infracción o porque las personas no son idóneas para darles educación, se le enviará en reclusión preventiva en establecimiento de educación correccional.

El término de dicha reclusión debía ser fijada por el Juez, procurando que el acusado concluyera su educación primaria y que el mismo no excediese de seis años (Art. 159).

b) Mayores de nueve y menores de catorce, cuando hayan actuado sin discernimiento.

El procedimiento era similar, sin embargo, en este caso, el Juez no tenía la facultad de entregarlo a los encargados del menor, sino que la determinación sería siempre la de reclusión preventiva en establecimiento de educación correccional.

En atención a que en favor de estos menores se daba la presunción de irresponsabilidad por falta de discernimiento, en tanto se determinaba su situación de inimputabilidad, debían ser trasladados a dicho establecimiento de educación correccional, y a ese lugar el juez debía trasladarse para realizar las diligencias; en el caso de que se acreditara que había obrado con discernimiento, debía ser trasladado a un establecimiento de corrección penal (Art. 161).

En los casos anteriores, el Juez Penal estaba facultado para poner en libertad al recluso, cuando se acreditase que podía volver al seno familiar sin "peligro para la sociedad", por haber mejorado su conducta y concluido su educación, o porque podía terminarla fuera del establecimiento (Art. 162).

c) Mayores de nueve y menores de catorce que hubieren obrado con discernimiento.

En este caso era un proceso común, en donde se debían dar todos y cada uno de los pasos que la ley determinaba hasta llegar a la sentencia.

La única diferencia de los adultos es que la ley, al considerar a los menores que se encontraban dentro de este rango, con una inteligencia completa pero imperfecta, les otorgaba el beneficio de que se les impusiera una pena que no baje de una tercera parte y no fuera mayor de la mitad del término que le pudiese corresponder si el delito hubiese sido cometido por un adulto.

La reclusión debía ser en un establecimiento de corrección penal, en el que además de sufrir su pena debían recibir educación física y moral (Art. 127).

En todos los casos anteriores, esto es, menores de catorce años, el Juez Penal o Correccional debía, por mandato del artículo 107 del Código de Procedimientos Penales de 1894, nombrar un defensor para el menor, nombramiento que subsistiría mientras no hiciese otro nombramiento, el representante legítimo del inculcado.

d) Mayores de catorce y menores de dieciocho, que hubieran obrado con discernimiento, y menores de veintiún años.

El proceso en estas dos hipótesis era el mismo que establecían las leyes procesales para el caso de los adultos; la diferencia la marcaba la individualización de la pena y los rangos que la ley autorizaba al Juez aplicar. Para los menores de 18 y mayores de 14 la punición se establecía por un tiempo que no bajara de la mitad ni excediera de las dos terceras partes de la pena que se hubiese impuesto siendo mayor de edad (Art. 224).

En el caso de los menores de 21 y mayores de 18 la situación de la minoridad era considerada como atenuante de cuarta clase, esto es, se representaba como beneficio para el reo la disminución de la pena al momento de que el Juez dictase la sentencia respectiva. Para este caso la pena debía ser purgada en la prisión común.

El Código establecía reglas comunes para las reducciones de pena, libertad preparatoria y retención para los condenados a la pena de prisión o reclusión en establecimiento de corrección penal; esto es, los mayores de nueve y menores de dieciocho años que hubieren delinuido con discernimiento gozaban de las mismas garantías legales que los adultos, sólo que debían permanecer por el término de la sentencia en un establecimiento de Corrección Penal y no en una prisión con los demás reos adultos.

De esta forma, nos encontramos substancialmente con dos tipos diferentes de procedimiento, uno de naturaleza eminentemente penal, en donde al sujeto se le otorgan cabalmente el respeto a sus garantías constitucionales y legales, cuando nos encontramos con la hipótesis de que el sujeto actuó con discernimiento y la otra, un procedimiento preventivo que se traduce en que el juez envía al sujeto que obró sin discernimiento a un centro de educación correccional por un plazo no mayor a seis años, o entregarlo nuevamente a sus representantes legales sin mayor trámite, más que fundar y motivar su determinación en el acta respectiva.

Creo importante resaltar que tratándose de inimputables *iuris et de iure* o *iuris tatum*, el juez penal tenía amplísimas facultades sobre los menores que habían cometido un delito, no se necesita realizar todo el procedimiento penal hasta concluirlo con una sentencia, éste debe suspenderse y levantarse un acta en donde se exige la fundamentación de la misma con el objeto de enviar al menor a una escuela correccional o, en su caso, entregarlo a sus padres o tutores. Nos preguntamos que diferencia sustancial existía con las instituciones proteccionistas en el actuar del juzgador. Al parecer ninguna, a excepción de la profesión de Juez y de las opiniones científicas para calificar la idoneidad de los encargados del menor; por otro lado, estos jueces clásicos también tenían la facultad de excarcelar

a los menores cuando dieran muestra de su corrección, al igual que los jueces tutelares, pero la diferencia era de que el término de la pena impuesta por el juez clásico no podía ser superior a los seis años y la del positivista era indeterminada.

e) Legislación

En lo tocante a la legislación, la normatividad penal cubría la generalidad de las situaciones que se presentaban respecto de los menores, esto es, el Código Penal, de Procedimientos Penales y la ley transitoria que forma parte del cuerpo del Código Penal y que reglamenta las juntas de las Cárceles.

f) Consecuencias jurídicas

La consecuencia jurídica de la comisión de un delito por un menor de edad era considerada en la legislación como una pena y, en el caso de los que obraran sin discernimiento, como una medida de prevención.

La ley mexicana se ocupa también, en la sección respectiva, de las medidas que ha creído más convenientes para prevenir los delitos, comprendiendo que si bien la sociedad tiene el derecho de castigarlos, es su deber, y tal vez el primero, el de prevenirlos. "Comienza ocupándose ... de las medidas que deben tomarse en estos casos con los menores y sordomudos, para evitar que incidan en el delito, deteniéndolos en un establecimiento de educación correccional...; pero esta reclusión, como medida preventiva no debe considerarse una pena propiamente dicha, sino como una prudente precaución, que tiene por objeto procurar que los que sean destinados a los establecimientos de que se trata, entren a una nueva vida, a fin de que, con la conveniente instrucción y las ideas de moralidad que deben inculcárseles, se aparten de la senda del crimen, a la cual podrían dirigir sus primeros pasos".⁹²

Es fácilmente perceptible en este Código una marcada tendencia correccionalista. Se ha atacado al sistema clásico del Derecho Penal y a la legislación de la época como un sistema que atiende solamente al delito en abstracto, sin importar las condiciones y particularidades del reo; se le acusa también de que la concepción de la pena es meramente la retribución, que el castigo por sí mismo lograría la enmienda del reo. Cuando revisamos el Código en este sentido, nos percatamos de que fue preocupación del legislador, cuando

⁹² Rodríguez, Ricardo. *Op. Cit.* pp. 696 y 697.

menos tratándose de los menores de edad, el procurar la corrección moral, educativa y física de éstos en establecimientos separados de los adultos, por lo que pareciera que las críticas que se han levantado en contra de dicho Código en materia de menores son injustas e infundadas, ya que, cuando menos a nivel legislativo, se procuró que los menores cubrieran sus penas en establecimientos de educación correccional, o corrección penal, pero siempre separados de los establecimientos destinados para los adultos.

g) Establecimientos para ejecución

Una de las principales preocupaciones de la comisión redactora del Código Penal de 1872, en especial de Martínez de Castro, fue la de que el Gobierno tuviera lugares adecuados para que las distintas clases de reos pudiesen purgar su pena, sin que existiera comunicación entre unos y otros, así lo manifiesta en su exposición de motivos cuando explica:

"La mejora moral de los reos ha sido también la mira a que se dirigen las prevenciones sobre el castigo de los sordo-mudos y de los jóvenes delincuentes menores de diez y ocho años,..."⁹³

"En cuanto a los establecimientos para reclusión de jóvenes, tenemos ya el de Técpam y el Hospicio de Pobres que, con cortas variaciones, podrían adaptarse al objeto que en nuestro Proyecto proponemos".⁹⁴

"Son tan palpables las ventajas que hay en no mezclar a los jóvenes delincuentes menores de 18 años con los criminales mayores de esa edad, que sería de todo punto inútil cuanto dijera yo para recomendar la creación del establecimiento de corrección penal que consulta la Comisión, o para fundar las reglas que en el Proyecto se establecen".⁹⁵

Esta preocupación fue plasmada legislativamente en la ley transitoria, parte integrante del Código, que establecía, respecto de los establecimientos para menores de 18 años, lo siguiente:

Art. 13. En los edificios conocidos con los nombres de Técpam de Santiago y Hospicio de Pobres, se harán las reformas necesarias para adaptarlos, el primero a la corrección penal de jóvenes delincuentes, y el segundo a la educación correccional. En ambos se hará la separación absoluta de los dos sexos.⁹⁶

⁹³ *Idem.* p. 289.

⁹⁴ *Idem.* p. 307.

⁹⁵ *Idem.* p. 311.

⁹⁶ *Idem.* p. 193.

De acuerdo a las denuncias de los autores de la época, podemos estimar que por lo que hace a la escuela de educación correccional, el edificio del Hospicio de los Pobres y el de Técpam de Santiago, funcionaron superficialmente para este fin.

Lozano, quien escribió en 1874, recomendaba en relación al establecimiento de educación correccional lo siguiente:

"En el Distrito Federal no hay más que un establecimiento de este género: el Técpam de Santiago o Colegio de Artes y Oficios. En él hay dos departamentos, uno para los jóvenes a quienes simplemente se trata de dar educación, y otro para aquellos a quienes se procura corregir inspirándoles los hábitos de la subordinación y del trabajo para apartarlos de la senda del vicio a que sus tempranas inclinaciones parecen arrastrarlos. Este segundo departamento es el propio para esta clase de niños, cuyos primeros instintos hay que corregir, para liberar a la sociedad del peligro con que la amenazan".⁹⁷

Respecto del establecimiento de corrección penal, el mismo autor nos señala:

"Desgraciadamente no hay en el Distrito Federal un establecimiento de esta especie; pero debemos confiar en que la administración pública, poniéndose a la altura de las miras elevadas y eminentemente moralizadoras del Código Penal, cubrirá cuanto antes esa necesidad. Por grande que sea la perversión de los instintos de un joven menor de diez y ocho años que ha delinquido con cabal discernimiento, no es posible confundirlo con los criminales comunes, con los hombres a quienes una larga carrera de crímenes hacina en la prisión común.

Importa a la sociedad, y al porvenir separar a los jóvenes, del contacto de esos criminales, a quienes una educación descuidada ha lanzado en los primeros pasos de la criminalidad; importa no confundirlos con los grandes maestros del delito; importa no llevarlos a una escuela en donde al cabo de cierto tiempo, saldrían enteramente viciados y corrompidos. Por esto es conveniente que extingan su pena en un establecimiento especial en donde al mismo tiempo reciban la educación física y moral propia de sus pocos años.

Si sus instintos no están enteramente pervertidos, volverán a la sociedad ya regenerados; la luz de la moral alumbrará su conciencia, y los hábitos adquiridos de orden, de subordinación y de trabajo los convertirá en ciudadanos útiles a sí mismos y a su patria..."⁹⁸

La idea y preocupación de los doctrinarios sobre la necesidad de estos establecimientos es clara. Rodríguez, en 1908, expresa igualmente la urgencia de dichos establecimientos:

"...es una necesidad ineludible separar a los jóvenes que hayan delinquido, del contacto de los demás criminales; de otro modo, su prisión sería la escuela del vicio y de la corrupción; mientras que la obligada separación que la ley establece, así como el trabajo, la instrucción y la moralidad, iluminarán la conciencia de estos jóvenes culpables, que deben volver

⁹⁷ Lozano, José María. *Op. Cit.* p. 158.

⁹⁸ *Idem.* p. 192.

regenera los al seno de la sociedad, de donde salieron manchados con el estigma del delito. La separación de los demás criminales y su permanencia en un establecimiento de corrección especial, se imponen como una necesidad social, que para el porvenir será unos de los medios más eficaces para prevenir los delitos... "99

Finalmente, en 1912, Demetrio Sodi denuncia nuevamente la necesidad de establecimientos de educación correccional y corrección penal:

"Carecemos por ahora, de establecimiento de educación correccional. Los jóvenes sentenciados permanecen el Belem en el departamento llamado de "Pericos" en el que se corrompen de un modo completo, existiendo como prueba, menores de dieciocho años que cuentan con diez y más ingresos por diversos delitos. 100

"Establecimientos de corrección penal no los tenemos en la actualidad, y por eso es que los menores delincuentes permanecen en la cárcel general en un departamento especial que se llama "De pericos". 101

Sin embargo, tenemos noticia de que la "Escuela Correccional para Mujeres", viejo caserón, orfanatorio de Coyoacán, a donde fueron trasladadas las menores delincuentes que se encontraban recluidas en la Cárcel de Belem, se inauguró en 1906, y por lo que hace a la Correccional para Varones, los menores internados en la crujía de los Pericos de Belem fueron trasladados en 1908.

Consideramos lamentable que los objetivos del legislador de 1871, en relación a los establecimientos de corrección, no se hayan visto satisfechos sino hasta la primera década del este siglo, ya que, al parecer, la falta de recursos económicos del Gobierno para la construcción de los edificios necesarios, así como la falta de colaboración de la Beneficencia Pública para utilizar los edificios propuestos por las comisiones del Código, ya que el Técpam y el Hospicio de Pobres se dieron prioridad a la atención de menores abandonados y huérfanos sobre la función correccional de los menores infractores, originó que éstos tuviesen que ir a la cárcel común de Belem con las consabidas consecuencias negativas. A principios del presente siglo, lo intolerable de la situación provocó la creación de instituciones correccionales especializadas para menores delincuentes, como las casas correccionales para mujeres en Coyoacán y la de varones en Tlalpan, cuando se contó con presupuesto para ello, en el período de Porfirio Díaz.

De las instituciones destinadas a recibir a menores delincuentes en el siglo XIX, de las que hemos venido hablando, la primera fue fundada en 1841 por

⁹⁹ Rodríguez Ricardo, *Op. Cit.* p. 644.

¹⁰⁰ Sodi, Demetrio. *Op. Cit.* p. 101.

¹⁰¹ *Idem.* p. 282.

Manuel Eduardo Gorostiza con apoyo económico del Ayuntamiento en un local rentado en el Hospicio de los Pobres (situado frente a la Alameda Central) y recibió el nombre de Casa de Corrección.

En el Año de 1850, por acuerdo del Ministro de Relaciones y Gobernación, los menores delincuentes que estaban en el Hospicio fueron trasladados al Técpam de Santiago (lugar donde se hace justicia) en Tlaltelolco.

Tres años después, el Técpam fue ocupado además de los niños delincuentes por los huérfanos que fueron enviados del Hospicio de Pobres.

Ante la inconveniente convivencia de los huérfanos con los menores delincuentes, Antonio Diez de Bonilla, Superintendente de Policía, cambió el nombre de "Casa de Corrección" por el de "Colegio Correccional de San Antonio", además de que trató de separar a los menores delincuentes de los huérfanos.

En 1860 apareció el primer reglamento, y de llamarse "Colegio Correccional de San Antonio" pasó a ser el "Colegio de San Antonio", conocido como "Técpam de Santiago". Las menores delincuentes fueron enviadas a la "Casa de las Recogidas".

En 1864, cuando Maximiliano de Habsburgo encargó a Joaquín García Izcabalzeta rindiera un informe sobre la situación en la que se encontraba la Beneficencia Pública y las Casas de Corrección, éste informe originó que las menores que habían sido enviadas a la "Casa de las Recogidas" regresaran al Técpam, ya que el edificio en donde se encontraban:

"...estaba en muy mal estado, era casi una ruina, no tenía mantenimiento y la humedad estaba acabando con las paredes, pisos y techos, la planta baja ya no se utilizaba por que estaba convertida en un basurero. Los menores que ahí vivían no contaban con zapatos y la mayoría estaban casi desnudos. En las celdas sólo había una tabla por colchón y como las cerraduras no servían fácilmente se escapaban. Los internos pasaban los días sin hacer nada por que no tenían tareas específicas que les ayudaran a su corrección. Sólo permanecían ahí, aislados de la sociedad ya que nada se hacía por socorrerlos".¹⁰²

En el reglamento de la Casa de Corrección se establecía la necesidad de separar a los corrigendos de los huérfanos, ya que los primeros representaban una

¹⁰² Díaz Galván, Raquel.- *Tecpan de Santiago*, Las Vicisitudes de una Institución Educativa, 1841-1937. Tesis Profesional para obtener el título de Lic. en Historia. Escuela Nacional de Antropología e Historia, I.N.A.H., 1993.

mala influencia sobre los segundos; sin embargo, esta división fue teórica, en tanto compartían las mismas instalaciones y espacios.

En el año de 1866 fue trasladado todo el departamento de niñas del Técpam de Santiago al Hospicio de Pobres; de esta forma en el Técpam sólo quedaron los huérfanos y los corrigendos.

Ese mismo año, la "Junta Protectora de Clases Menesterosas", creada por Maximiliano, promovió un nuevo reglamento que cambiaba el nombre a la institución por el de "Colegio Imperial de San Antonio y Casa de Corrección", nombre que conservó hasta mayo de 1872, en que fue cambiado por el de "Escuela Municipal de Artes y Oficios".

En 1876, ante la posibilidad de que los menores infractores fueran enviados a otra institución y el Técpam pudiese continuar con su labor de educar a los huérfanos, las autoridades consultaron al Ayuntamiento sobre si el fin de la institución era el de una escuela o casa de corrección; dicha consulta tuvo como resultado un nuevo cambio de nombre al de "Escuela Municipal de Artes y Oficios y Casa de Corrección".

En el año de 1879, 92 jóvenes infractores fueron trasladados al Rancho "El Momoluco",¹⁰³ conocido también como la "Casa de los Padres Camilos o Escuela de Educación de Agricultura Práctica", que se encontraba ubicada en Coyoacán. Otros fueron trasladados a la Escuela de San Pedro y San Pablo, en el centro de la ciudad.

A mediados de 1885 se iniciaron los trabajos de construcción de la nueva penitenciaría, que se inauguró en 1900. Estaba calculada para 800 varones, 160 mujeres y 600 menores de 18 años.¹⁰⁴

Desafortunadamente, la falta de una política relativa a los menores delincuentes en el siglo XIX generó que éstos pasaran de establecimiento en establecimiento para obtener solamente como medida de corrección, la segregación y el ocio. Sin embargo, se puede observar una tendencia natural a diferenciar a los delincuentes menores de edad, ya que si bien los establecimientos correccionales se encontraban en instituciones con fines diferentes, a esos lugares eran enviados los menores cuyos delitos fueran leves, siendo que a los menores de mayor edad o cuyos delitos fueran considerados de mayor gravedad eran enviados

¹⁰³ González Navarro, Moisés.- *La pobreza en México*.- El Colegio de México.- México, 1985, p. 144.

¹⁰⁴ *Idem.* p. 144.

a la Cárcel del Belem, donde permanecían, como lo refiere Sodi, en la sección de los "Pericos".

En 1908 se inauguró la "Nueva Escuela Correccional" en Tlalpan, la que hasta la fecha ha servido de albergue de los menores infractores que se encuentran recibiendo tratamiento.

Consideramos que este peregrinar de los menores delincuentes, quienes en el siglo XIX eran considerados como indeseables en todas las instituciones en las que estaban asilados, era resultado de la falta de recursos económicos del México de la época, que más que pensar en corregir tenía como prioridad la de educar y rescatar, como medida preventiva, a los menores huérfanos y abandonados que aún no habían caído en la delincuencia.

Poco fue el beneficio que pudieron aportar las nuevas instituciones correccionales a la delincuencia juvenil, ya que las convulsiones sociales que generó la Revolución Mexicana provocaron el abandono de los fines de beneficencia del Estado, así como los procesos penales de los menores quedaron suspendidos, las cárceles fueron abiertas y no fue hasta la época de los 20's que se retoma nuevamente la necesidad de atención a la infancia delincuente.

II. ETAPA PROTECCIONISTA

En México, a finales del siglo XIX la ideas de los positivistas comenzaron a ser aceptados. La preocupación por los menores delincuentes se hace patente en el libro de Ricardo Rodríguez cuando hace referencia a que en la infancia abandonada deben reconocerse tres categorías:

"la primera se refiere a los niños abandonados, es decir, a los que han nacido de padres desconocidos o que han desaparecido; la segunda, los huérfanos; y la tercera los niños cuyos padres se encuentran en prisión o en los hospitales"; pero agregaría una nueva categoría, que hoy se impone por el estado de corrupción en que se encuentra la clase ínfima de nuestra sociedad: la de los niños moralmente abandonados.

Creemos que en toda esta gravísima materia, que tan directamente afecta el porvenir de la vida social, deben organizarse al mismo tiempo, medidas preventivas para los niños abandonados material o moralmente, y las represivas para aquellos que han caído por primera vez en una falta; y aunque las unas pertenecen al dominio de la caridad y la filantropía y las otras a la legislación penal, ambas se dirigen a evitar el mal en lo futuro, poniendo infranqueable valladar en el camino del crimen a la infancia abandonada, ocurriendo a ella con medidas de alta previsión y de solícitos cuidados, a fin de evitar la vagancia, la mendicidad o la prostitución, generadoras del crimen, en esta tierna edad, en la

que el mismo instinto de la ociosidad les hace ver en la vagancia la primera forma de la libertad.¹⁰⁵

En 1908, el Gobierno del Distrito Federal promueve una reforma al Código Penal de 1872 por medio de un oficio en el que le hace saber al Secretario de Estado y Despacho de Gobernación la inquietud de dar una mejor atención a la infancia delincuente, Algunos autores¹⁰⁶ consideran que dicho interés fue generado gracias a las gestiones del Lic. Pedruza, quien posteriormente participó en forma exitosa con una ponencia en el Congreso Criminológico de 1923, que sirvió como fundamento a la creación del Primer Tribunal para Menores en San Luis Potosí en el mismo año.

En la iniciativa, el Gobierno del Distrito Federal manifiesta su inquietud que califica de urgente en el sentido de "crear un juez destinado a conocer de las causas que se sigan contra los menores, ya para someterlos a educación preventiva..., ya para sentenciarlos a reclusión penal..."¹⁰⁷ En la iniciativa se propone tomar el modelo del Juez Paternal, que había sido adoptado en Nueva York, y que poseía facultades para investigar las circunstancias especiales de los menores, antecedentes, causas generadoras del delito, etc.

La preocupación principal de generar nuevas instituciones de menores es "evitar con el mayor empeño y con la más resuelta decisión, la entrada a la cárcel, pues el niño que una vez ingresó a ella es seguro que habrá de volver y sufrirá numerosas recaídas, desde el momento que al pisar sus umbrales ha perdido o cree perder la estimación por los demás".¹⁰⁸ Nos parece importante resaltar que la idea central de la reforma es "evitar el ingreso de los menores a la cárcel". Dado que el sentimiento generalizado de los autores e interesados en la justicia penal para menores en todas las épocas, más que centrarse en las autoridades, en el proceso o en un sistema, está dirigido en evitar a toda costa que los menores delincuentes se encuentren reclusos junto con los adultos.

En esta época, como en la del Código del 1872, la preocupación estaba en la mente de Martínez de Castro; sin embargo, la falta de establecimientos y de

¹⁰⁵ Rodríguez, Ricardo. *Op. Cit.* p. 697 y 698.

¹⁰⁶ Solís Quiroga, Héctor.- "Historia de los Tribunales Para Menores".- *Criminalia*, No 10, Año XXVIII, Octubre 1962. p. 623. Solís Quiroga, Héctor.- *Justicia de Menores*, Porrúa. México. 1986. p. 52. Ceniceros, José Angel y Luis Garrido. *La Delincuencia Infantil en México*. Ediciones Botas. México 1936. P. 177. Ceniceros, José Angel. *Ley Penal Mexicana*. Ediciones Botas. México 1934 pp. 192 y 193.

¹⁰⁷ Ceniceros, José Angel y Luis Garrido.- *La Delincuencia Infantil en México*. p. 177.

¹⁰⁸ *Idem.* p. 177.

presupuesto para tal labor impidió que el sistema planeado pudiese tener los resultados deseados.

Lamentablemente, el factor económico es una constante fatal en nuestra materia, ya que como sociedad no hemos alcanzado a identificar el alto valor social y la conveniencia de invertir recursos oportunamente en la resocialización de un breve lapso de reclusión, en lugar de realizar gastos importantes en la manutención de un adulto delincuente al que poco habrán de ayudarle los programas de readaptación imperantes en nuestra época.

En el proyecto de reforma se hace una crítica importante a la Escuela Correccional de Artes y Oficios para Varones, al no encontrarsele diferencia alguna con la cárcel; se cuestiona la función de dicha correccional y establece que los fines para los que fue ideada no se han cumplido, principalmente en el sentido de prevenir que los más pequeños no se contagien de los vicios de los mayores.

De igual forma, en este proyecto se hace una interpretación interesante, ya que vista a la época moderna pareciese que no existiera diferencia entre el pensamiento del legislador de 1872 con los promotores de un sistema proteccionista o tutelar. El proyecto considera que la intención del legislador de 1872 es que a los menores de 9 años que han delinquido y que de acuerdo a la ley deben ser enviados a una institución de educación correccional, es que:

"ahí la dirección del plantel, que no es otra cosa que una rama del Gobierno y del poder público, sustituya a la familia que el niño no pudo llegar a ver... En todos estos casos, el Gobierno, fuerza es repetirlo, se sustituye a los padres malos y viciosos, a los padres desconocidos, procurando que la beneficencia pública dé a estos pobres niños el calor de la familia que jamás han gozado".¹⁰⁹

Se sugieren, mientras se inaugura la nueva Correccional de Tlalpan, medidas urgentes, que pueden resumirse en la recomendación a los Comisarios de Policía de que en caso de delitos leves, como lesiones, escoriaciones, etc., incluyendo robos cuya cuantía fuera mínima, los menores no fueren enviados a la Escuela Correccional, sino reprendidos y entregados a sus padres. Que solamente los menores fueran enviados a dicha institución en delitos verdaderamente graves y que los jueces utilizaran su amplio arbitrio para no enviar a los menores a la Escuela Correccional, dadas las lamentables condiciones en las que se encontraba.

¹⁰⁹ *Idem.* p. 179.

El proyecto reconocía las limitaciones para establecer la figura del Juez paternal, sin embargo insistía en crear mecanismos o instituciones que trajeran como resultado "librar a los niños de las peligrosas influencias del medio, a combatir victoriosamente las tendencias viciosas de la herencia y a educarlos de tal manera, que sea posible apartarlos del crimen, infundiéndoles por otra parte, la conciencia de sus derechos y de sus deberes de ciudadanos".¹¹⁰

Este proyecto fue entregado a los Lics. Miguel S. Macedo y Victoriano Pimentel para su dictamen, que fue entregado hasta el 20 de mayo de 1912. El proyecto ha sido criticado por los promotores del sistema tutelar en México, (Ceniceros, Solís Quiroga, etc.) ya que conserva la estructura de la legislación de 1872, al basarse en el sistema del discernimiento y solamente hacer pequeñas modificaciones de forma.

Parece razonable la actitud de los autores del dictamen, ya que en el propio texto califican de "nuevas y atrevidas" las bases del anteproyecto de Código Suizo (1908), cuando contempla el problema de la infancia y adolescencia culpable "abandonando la tradicional cuestión del discernimiento y colocando francamente fuera del derecho penal a todos los menores de diez y ocho años".¹¹¹

El dictamen recomienda la implantación del nuevo sistema, recomienda, además, la "reorganización de las casas de corrección de Coyoacán y Tlalpan, así como arreglar el Hospicio de Niños u otro plantel adecuado para los menores que obren sin discernimiento y sean sometidos a una medida preventiva de carácter educativo".¹¹²

El proyecto planteaba como medidas concretas, la elevación de la irresponsabilidad total de nueve a catorce años y la sujeta a examen de discernimiento hasta los dieciocho; proponía la adición de la medida de entregar a los menores a sus familias o establecimientos de beneficencia bajo vigilancia; eliminar del Código la educación correccional, estableciendo que las medidas debían ser en todo momento revocables; que los mayores de catorce y menores de dieciséis recibieran pena no mayor de la mitad y no menor de un tercio; los de dieciséis a dieciocho de la mitad a dos tercios.

Jurisdiccionalmente proponía al Juez Paternal, o en su caso un Juez Civil o autoridad administrativa, pero nunca un Juez Penal.

¹¹⁰ *Idem.* p. 181.

¹¹¹ *Idem.* p. 183.

¹¹² *Idem.* p. 185.

La prueba del discernimiento debía ser ventilada ante un Juez Penal especializado en menores.

Respecto del procedimiento se proponía fuera breve, libre, secreto y se eliminara la prisión preventiva.

En sus opiniones consideran la eliminación de las infracciones levísimas del Código para convertirlas en faltas administrativas, ya que las infracciones levísimas "no justifican los graves trastornos y males que llevan consigo los procesos y condenas penales".¹¹³ Recomendaban que los jueces utilizaran su arbitrio para favorecer a los menores y evitar ser enviados a las Casas de Corrección, que consideraron de funestos resultados por el estado en que se encontraban. También recomendaban la sustracción "de los menores de la represión penal y someterlos en cambio a la tutela moral de la sociedad, siguiéndolos muy de cerca y sin abandonarlos un momento, para dirigir su marcha por los buenos senderos".¹¹⁴

Pese a que el dictamen fue aprobádo por el Congreso en 1912, no fue posible la creación de dichas instituciones, atento a la violencia con la que se desarrolló la Revolución Mexicana.

Luego de concluida la Revolución, en 1921 se convocó al Primer Congreso Mexicano del Niño. Previo a las conclusiones de este Congreso, había existido otro intento de crear instituciones que promovieran la prevención y la atención de los menores abandonados moral y materialmente; de hecho, en 1920 se propuso una reforma a la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común, para crear un Tribunal Protector del Hogar y de la Infancia; sin embargo, por razón de la resistencia de los seguidores de la Escuela Liberal del Derecho Penal, éste se convirtió en una mera expectativa.

En 1923 se celebró el Congreso Criminológico, en el que la ponencia del Lic. Antonio Ramos Pedrueza, respecto a los tribunales de menores, resultó un punto de gran importancia para el establecimiento de éstos en el país.

¹¹³ *Idem.* p. 188.

¹¹⁴ *Idem.* p. 189.

El General Plutarco Elías Calles en 1924 fundó la Primera Junta Federal de Protección a la Infancia "precursora de todos los movimientos prácticos protectores de la minoridad".¹¹⁵

1) Etapa de 1926 a 1941

A) Reglamento para la calificación de los menores de edad en el Distrito Federal

Por decreto de 19 de agosto de 1926, el Gobernador del Distrito Federal, Francisco R. Serrano, emitió el Reglamento para la Calificación de los Infractores Menores de Edad en el Distrito Federal, compuesto por dieciocho artículos, dividido en tres capítulos: el primero referente a la integración de un Tribunal Administrativo, el segundo relacionado con el procedimiento y el tercero relativo a las medidas aplicables por el Tribunal.

Este reglamento fue redactado por el doctor Roberto Solís Quiroga, quien por ese tiempo se desempeñaba como inspector de Escuelas Penitenciarias del Distrito Federal y lo puso a consideración del profesor Salvador Lima, director de dichos centros y de la profesora Guadalupe Zúñiga, quienes consideraron la oportunidad e importancia del proyecto y lo presentaron a su vez al licenciado Primo Villa Michel, quien se desempeñaba como Secretario General de Gobierno y al valorar su importancia hizo lo propio con el Sr. Serrano, quien finalmente lo expidió.

En la parte considerativa, se argumenta la obligación del Estado de proteger a la sociedad del delito, no sólo con medidas represivas y de regeneración del delincuente, "sino con medidas de previsión que auxilien al individuo y lo pongan oportunamente a salvo de las numerosas fuentes de perversión que se originan en nuestra deficiente organización social".¹¹⁶

También se hace referencia a la necesidad de atender primeramente "a los menores de edad, quienes al violar reglamentos gubernativos, acusan su inclinación en el camino de la delincuencia",¹¹⁷ y que en tanto se estableciera la legislación que creara los tribunales para menores, tan recomendados por los

¹¹⁵ Solís Quiroga, Héctor.- *Historia de los Tribunales para Menores*. p. 625.

¹¹⁶ Ceniceros, José Angel y Luis Garrido. *Op Cit.* p. 263.

¹¹⁷ *Idem.* p. 264.

Congresos, el Gobierno del Distrito Federal establecería un órgano administrativo con funciones de protección a los menores.

El 10 de diciembre se inauguraron los trabajos del nuevo organismo, y el 10 de enero de 1927 ingresó el primer chiquillo necesitado de tratamiento.¹¹⁸

El Tribunal quedó constituido por tres jueces: un médico, el Dr. Roberto Solís Quiroga; un profesor normalista, el Prof. Salvador Lima; y un experto en estudios psicológicos, Guadalupe Zúñiga¹¹⁹

a) Punto de diferenciación

Este Reglamento para la Calificación no marca aún, propiamente hablando, un diferente régimen jurídico para adultos y menores, ya que a esta fecha sigue imperando el sistema judicial del Código Penal de 1872; esto es, los menores y los adultos son juzgados bajo el mismo sistema liberal penal en cuanto a delitos se refiere.

En el aspecto de las faltas administrativas descritas en el Capítulo Cuarto del mencionado Código, este reglamento establece un procedimiento distinto del proceso judicial ventilado ante una autoridad diferente.

b) Intervención estatal

El artículo 5 del reglamento establece las facultades y competencias del Tribunal Administrativo para Menores; entre ellas podemos destacar tres puntos de intervención derivadas de la fracción I:

1. Calificar a los menores de dieciséis años que infrinjan los "reglamentos gubernamentales".

2. Que cometan "faltas sancionadas en el libro 4o del Código Penal del Distrito Federal".

3. Que incurran en penas que conforme a la ley deban ser aplicadas por el Gobierno del Distrito Federal.

¹¹⁸ Solís Quiroga, Héctor. *Op. Cit.* p. 624.

¹¹⁹ Solís Quiroga, Héctor. *La Justicia de Menores.* p. 32.

4. En la fracción IV, encontramos que dicho Tribunal tenía competencia para conocer sobre los casos de "vagancia de los menores de dieciocho años cuando no fuere de la competencia de los tribunales del orden común".

5. Otro punto de intervención estatal, a través de este Tribunal Administrativo, es el caso de los menores de dieciséis años calificados como incorregibles, pero se limitaba a la previa solicitud de los padres o tutores.

c) Jurisdicción especial

El Reglamento de 1926 establecía la creación de un Tribunal Administrativo para Menores en el Distrito Federal. Este dependía directamente del Gobierno del Distrito Federal. Constaba de una Sala integrada por tres jueces, un profesor normalista, un médico y un experto en estudios psicológicos. La integración del Tribunal marca el primer antecedente de una administración de justicia entregada a personas no versadas en derecho respecto de las conductas de los menores; de hecho, es de notarse la ausencia de abogados en dicha integración, ausencia que posteriormente será cubierta en las leyes que regulan la materia, exigiendo la presencia de licenciados en derecho en las Salas del Tribunal.

En esta época se encontraba vigente, por lo que hacía a la administración de justicia común en el Distrito Federal, la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común en el Distrito y Territorios Federales, en la que se contemplaban las figuras de los jueces de paz con facultades de averiguación y de realizar las encomiendas de los jueces menores, correccionales y de primera instancia (Art. 16). Los jueces menores, con facultades para conocer de los asuntos cuya pena no excediere de dos meses de arresto, o multa de trescientos pesos, o con otras penas cuya duración no pase de un año, y de los robos simples cuya cuantía no exceda de trescientos pesos (Art. 20). Los jueces correccionales, con atribuciones para instruir y fallar las causas por los delitos cometidos, siempre que la pena no exceda de dos años de prisión, de mil pesos de multa, o de otras cuya duración no pase de dos años, y Juzgados de lo Penal, con facultades para conocer de delitos de bigamia, adulterio, fraude contra la propiedad, estafa, abuso de confianza, quiebra fraudulenta, concusión y peculado, siempre que por razón de la pena no sean de la competencia de los jueces correccionales, menores o de paz; y de las causas sobre los demás delitos cuya pena sea mayor de mil pesos de multa o dos años de prisión (Art. 36).

Es de suponerse que la gran mayoría de las causas seguidas a menores que cometían delitos previstos en el Código Penal de 1872, fueran ventilados en los juzgados menores y correccionales, principalmente, atendiendo, por supuesto, a las disminuciones a las que hacen referencia los artículos 224, 225 y 226 del ordenamiento penal citado.

d) Proceso especial

Atendiendo a que la concepción positivista del Derecho Penal en la que lo que importa no es el delito, sino el delincuente, el procedimiento para conocer de las conductas consideradas como puntos de intervención estatal no necesitan la acreditación de la conducta como tal, sino lo importante se traduce en el conocimiento del individuo. Por ello, el procedimiento se basa principalmente en la "observación previa del menor, desde sus aspectos físico y mental, social y pedagógico" (Art. 7).

Esta observación se realiza directamente por los jueces y por el departamento técnico especializado. Para tal efecto, los primeros tienen facultades para hacer comparecer tutores o padres, así como solicitar todos los informes que se estimen necesarios (Art. 8).

Por lo que hace a los delitos cometidos por los menores, el proceso es exactamente igual que el dispuesto para los adultos, en el Código de 1872, en los términos de prisión preventiva, auto de formal prisión, etc.

e) Legislación

En este sentido, la legislación imperante es la penal, y sólo en forma muy tímida este Tribunal Administrativo comienza a calificar las infracciones contempladas en el Capítulo Cuarto, el delito de vagancia y a los incorregibles.

f) Consecuencia jurídica

Las medidas que se contemplan en el Capítulo Tercero del Reglamento son: tratamiento médico adecuado, amonestación, vigilancia, educación correccional y corrección penal (Art. 12).

Resulta importante reflexionar al respecto de que ya desde este Reglamento se está facultando a una autoridad administrativa a imponer penas. Efectivamente, la corrección penal es considerada en el Código de 1872 como una pena y no como una medida de prevención.

Por lo que hace a las facultades discrecionales para imponer medidas, el reglamento las otorga en forma amplísima; éstas pueden ser desde devolver al menor a su familia o a otra que desee hacerse cargo de él, bajo la vigilancia de los "delegados"; entregarlo a una institución de educación correccional o internarlo en alguna institución para corrección penal, cuando a juicio del Tribunal fuere necesario.

El reglamento menciona solamente las medidas; sin embargo no alude términos ni formas en que las mismas habrían de cumplirse.

g) Establecimientos correccionales

El Reglamento no habla de las instituciones encargadas para el fin propuesto, sin embargo, podemos suponer que éstas son la de Coyoacán para mujeres y Tlalpan para varones, además del Momoluco.

h) Derecho

No existe un derecho propiamente de menores; sigue imperando el Código Penal de 1872 por lo que hace a los delitos cometidos por los menores, a excepción de la vagancia en determinados casos, y por lo que hace a las faltas del Capítulo IV del mismo Código, además de los incorregibles.

B) Ley sobre previsión social de la delincuencia infantil en el Distrito Federal de 9 de junio de 1928 o Ley "Villa Michel"

La experiencia del Tribunal establecido por el Reglamento en los casi dos años de su funcionamiento, la presión de los seguidores del proteccionismo del Estado respecto de la infancia abandonada y delincuente, así como la facultad otorgada por el Congreso de la Unión al Presidente Plutarco Elías Calles para legislar en materia penal y de procedimientos penales en el Distrito Federal, fueron las razones principales por las que el Ejecutivo, el nueve de junio de 1928, expidió

la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal, mejor conocida como Ley Villa Michel, por ser éste su principal promotor, cuando ocupaba el cargo de Secretario General del Gobierno del Distrito Federal.

Esta Ley marcaba ya en forma tajante la salida de los menores del Código Penal, en lo que coinciden la mayoría de los autores simpatizantes del sistema tutelar. Es necesario dejar bien claro que se trata de la salida del Código Penal, pero no en su parte sustantiva, sino procesal, ya que el Código de 1872 regulaba además de la tipificación de los delitos, el procedimiento completo al que debían sujetarse los jueces de lo común. Se les extrae más bien del aparato procesal de justicia común para sujetarlos a un aparato procesal diferente.

De esta forma, al extraer a los menores de las inconveniencias constitucionales y legales, la ley permitió el desarrollo de un sistema de justicia basado en los conocimientos científicos y no jurídicos, espacio que esperaban con gran expectativa los médicos, psicólogos, educadores, que sin ser juristas tomaban una cuota de poder sobre los menores, para así materializar las expectativas científicas de la escuela positivista penal y la criminología. La justificación fue la dureza y brutalidad con las que las autoridades policíacas actuaban en la detención de los menores, la inconveniencia de dejárseles situados en una comisaría, la de ser detenidos en las cárceles (situación de la que debían abstenerse las autoridades judiciales, ya que el propio Código de 1872 establecía la prohibición), independientemente de las justificaciones positivistas, como la de que la pena por sí misma no realiza ninguna posibilidad de corrección. Esta situación era contemplada también en el Código de Martínez de Castro, cuando se disponía que las penas de educación correccional y corrección penal respecto de los menores de edad debían cumplirse en un establecimiento distinto del de la prisión.

Podemos manifestar la plausibilidad de la Ley, ya que si bien el Código adoptaba medidas especiales para menores, éstas no eran aplicadas, en principio, por la escasez de recursos económicos. Pero debemos también resaltar que todos los menores eran sujetos a las mismas medidas, sin tomarse en cuenta los antecedentes etiológicos del menor, esto es, independientemente de los antecedentes familiares, sociales, físicos, psicológicos, etc. de los menores delincuentes. El catálogo de medidas se reducía a la Educación Correctiva y la Corrección Penal.

Esta nueva Ley establecía un catálogo más amplio de medidas y, sobre todo, que dichas medidas debían ser aplicadas de acuerdo a las condiciones etiológicas de la conducta delincente.

Lo cierto es que la legislación para menores crea un tribunal científico, y no jurídico; otorga a los jueces de menores la facultad de juzgar sobre la vida de un menor, intervenir a una familia, inmiscuirse en la intimidad social, para "científicamente" rescatar a los menores y a la sociedad de la perversión criminal. Esta misión "patriótica", como lo manifestara Bolaños Cache,¹²⁰ era realizada por médicos, profesores y psicólogos.

Como veremos con detenimiento más adelante, la base del proceso para menores, igual que el que establece el Reglamento de 1926, es la observación. Sin embargo, en esta época el positivismo criminológico es la doctrina predominante, las investigaciones sobre la conducta humana proliferan en el mundo y el Tribunal para Menores puede ser un buen laboratorio. La hipótesis científica a confirmar desde los descubrimientos de Lombroso y de Ferri se fundaba en que las conductas antisociales eran resultado de la no evolución de las especies, resultado de rasas hereditarias. De tal forma, en la observación de los menores el acento se ponía en las posibles causas hereditarias, resultado de la investigación de los males de los padres de familia. Esta situación se conservó hasta los años 70's, cuando la preocupación fundamental de la observación es poner el acento en los antecedentes socioeconómicos de los menores, más que en los biológicos.

La Ley que comentamos consta de cuatro capítulos, el primero relacionado con disposiciones generales, el segundo con la integración del Tribunal para Menores, el tercero con las funciones del Tribunal y el cuarto con el procedimiento.

En la parte considerativa de la Ley podemos identificar el compromiso del Estado para prevenir la delincuencia y corregir a los culpables, por lo que necesita, dice, "expedición de leyes y la creación de instituciones que se acerquen lo más posible a la realidad social".¹²¹

Asimismo, establece el compromiso estatal de corregir a tiempo las "perversiones físicas o mentales de los menores y evitar su perversión moral". Lamentablemente su vida fue efímera, ya que su vigencia fue de sólo un año y medio, dado que el Código Penal de 1929 que la deroga inicia la propia el 15 de diciembre de este año.

¹²⁰ Azaola, Elena.- *La Institución Correccional en México*.- Ed. Siglo XXI. México. 1990. p. 56.

¹²¹ Exposición de Motivos de la Ley Sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal, 9 de Junio de 1928.

a) Punto de diferenciación

Los argumentos que nos presentan el por qué de un procedimiento diferente para los menores del de los adultos, se justifican cuando la Ley parte de la hipótesis de que "los menores de quince años de edad que infrinjan las leyes penales son víctimas de su abandono legal o moral, de ejemplos deplorables en un ambiente inadecuado o malsano, de su medio familiar deficiente o corrompido por el descuido o perversión de los padres, de su ignorancia o incomprensión del equilibrio de la vida de la sociedad o de las perturbaciones psicofísicas que provoca la evolución puberal y, por lo tanto, en la ejecución de actos ilícitos no proceden con libertad ni con cabal discernimiento".

Podemos entender de la materialización de este argumento en el artículo primero de la Ley, cuando prohíbe terminantemente a cualquier autoridad judicial someter a proceso a los menores de 15 años que hayan cometido delitos, ya que "En el Distrito Federal los menores de quince años de edad no contraen responsabilidad criminal por las infracciones a las leyes penales que cometan..." (Art. 1). Esto es en la Ley de 1928 la irresponsabilidad penal total, que en el Código de 1871, se otorgaba a los menores de 9 años, se otorga ahora a los menores de 15, por lo que vemos abandonado el criterio de la prueba del discernimiento, ya que de acuerdo a la nueva hipótesis, los menores de 15 años no obran con discernimiento.

Los mayores de 15 años contraen responsabilidad penal total; y son juzgados con las reglas del derecho penal común establecido en el Código de Martínez de Castro, ya que el artículo primero transitorio sólo deroga las disposiciones del orden común que se opongan a la Ley. Esto es, debemos entender que todo lo que establecía el Código sustantivo relacionado con los menores de nueve años con irresponsabilidad absoluta y los menores de 15 con irresponsabilidad *iuris tantum*, era derogado por esta ley, no obstante, los menores de quince en adelante debían ser procesados bajo las reglas del Código Penal de 1872.

El vacío institucional que llena el Tribunal para Menores es el de un órgano administrativo que se encargue de la cuidadosa misión de observar al menor para proponer medidas educativas y correctivas, y se elimina al mismo tiempo la intervención enredada de jueces, tribunales y leyes que obstaculizan la labor "científica de realizar justicia", bajo el argumento de que el Estado se erige como buen padre y tiene el derecho y obligación de educar y corregir.

Cabe concluir, entonces, que lo que diferencia un sistema de menores a un sistema de adultos en esta legislación es esa hipótesis legislativa de la que parte el Presidente de la República, en el sentido de que los menores de 15 años en la comisión de delitos "no proceden con libertad ni con cabal discernimiento".

b) Hipótesis de intervención estatal

El propio artículo primero de la Ley marca que: "...por el sólo hecho de infringir dichas leyes penales, o los reglamentos, circulares y demás disposiciones gubernativas de observancia general (los menores) quedan bajo la protección directa del Estado, que previos la investigación, observación y estudios necesarios, podrá dictar las medidas conducentes a encauzar su educación y alejarlos de la delincuencia".

Podemos distinguir entonces tres hipótesis principales:

1. **Infracción de leyes penales**
2. **Infracción de reglamentos**
3. **Infracción de circulares y demás disposiciones gubernativas de observancia general.**

Dos hipótesis más se agregan a las anteriores: la determinada en el artículo 15 que se trata de los menores abandonados y menesterosos, y la del artículo 16 relacionada con los incorregibles, siempre que medie la solicitud de los padres. A estos últimos el Reglamento del Tribunal para Menores del Distrito Federal les llamará, posteriormente, "niños incomprensidos".

Debemos suponer que los mayores de quince pero menores de dieciocho estarían sujetos a la prescripciones de disminución de pena que establece el Código de 1872 y a los menores de 21 a la sujeción de las atenuantes.

Advertimos que la modificación real de la Ley de 1928 es aumentar la etapa de irresponsabilidad absoluta de nueve a quince años, creando una jurisdicción especial.

Recordemos en este sentido que, de acuerdo al Código de Martínez de Castro, cuando el Juez advertía que se encontraba con menores de nueve años o menores de catorce pero mayores de nueve que hubiesen actuado sin discernimiento, según

la prueba respectiva, debía levantar una acta en la que fundara su determinación de entregar al menor a sus padres o enviarlo a un establecimiento de corrección penal. También debía fijar el Juez el término de la reclusión y tenía facultades de liberar al menor anticipadamente, si daba muestras ciertas de arrepentimiento.

Es evidente en esta Ley la materialización del ideal positivista de abarcar todo tipo de conductas antisociales, llámense delitos, infracciones, estados de peligro o abandono.

Esta Ley y la que crean los Consejos Tutelares para Menores de 1974 son las únicas que dentro del marco histórico normativo de la materia, cuando menos en lo formal, son irrespetuosas del principio de tipicidad respecto de la hipótesis de intervención estatal, ya que, como veremos más adelante, tanto el Código Penal de 1929 como el de 1931, sí establecen tal principio como base de su intervención estatal.

c) Jurisdicción

Ante las cosas, se dan dos tipos de jurisdicción diferentes respecto de los menores de edad que cometían delitos: una, la de los menores de 15 años que no son responsables; y la otra, de los mayores de esta edad, que sí asumen responsabilidad penal, pero a quienes la ley penal marca ciertos beneficios en la aplicación de la pena, como la de purgar ésta en un lugar especial distinto de la cárcel común, cuando el delincuente es menor de 18 años.

De hecho, el artículo 24 de la Ley comentada establece la obligación de que si el menor remitido al Tribunal fuere mayor de quince años pero menor de dieciocho, debía ser enviado a la Escuela Correccional, y en caso de ser mayor de dieciocho, a la cárcel preventiva, debiéndose remitir las actas respectivas al Gobierno del Distrito Federal o al Ministerio Público, según procediere.

Respecto de los menores de 15 años, la Ley de 1928 contempla la creación de un Tribunal para Menores, constituido de la misma forma que lo establecía el Reglamento de 1926, esto es, de salas integradas por un médico, un profesor y un psicólogo, pero se agrega en el artículo séptimo que dos de los jueces deberán ser varones y uno mujer. Su función es el estudio y observación de los menores de quince años y la aplicación de las medidas a las que deban ser sometidos para su corrección (Art. 14).

El Reglamento del Tribunal para Menores del Distrito Federal, expedido por el Presidente Calles en noviembre de 1928, agrega a la función del Tribunal, la de prescindir del alcance jurídico de la responsabilidad, para atender exclusivamente al cuadro de la personalidad del menor.

~~Para cumplir con su función, el Tribunal contaba con una Sección Pedagógica, otra Psicológica, una Sección Médica, un Cuerpo de Delegados a la Protección de la Infancia y un establecimiento destinado a la observación previa de los menores (Art. 11). El Reglamento aumentaba y regulaba, además de las anteriores, a las secciones Social y Paidográfica.~~

Asimismo, eran auxiliares del Tribunal la Beneficencia Pública del Distrito Federal, las dependencias gubernativas, fundaciones de beneficencia privada, instituciones particulares y sociedades científicas, relacionadas con la protección de la infancia (Art. 13), (Art. 9 Regl.).

Respecto de los segundos, esto es, los mayores de 15 y menores de 18 años, quedaban bajo la jurisdicción del Juez penal, sujetos a las reglas del Código de 1872.

d) Proceso

En esta época surtían efecto dos tipos de proceso como podemos suponer: el primero para los menores de 15 años por un lado y por el otro mayores de 15 pero menores de 18 años.

Respecto de los menores de 15 años, el proceso que se marcaba era exactamente igual al establecido en el Reglamento de 1926. El legislador copia textualmente los artículos relativos al procedimiento y sólo agrega la obligación de verificar si el remitido es menor de 15 años; esto es, se aplica un procedimiento de corte proteccionista. En relación a los menores de 18 años, el proceso era establecido por el Código Penal de Martínez de Castro; esto es, un proceso de naturaleza penal ante un juez común.

e) Legislación

En esta etapa nos encontramos con una legislación para menores incapaces y otra para menores capaces. Los menores de 15 años a los que se presume su falta

de discernimiento regulada su conducta por la Ley de Previsión. Por otro lado, los mayores de esta edad pero menores de 18 de los que se presume su capacidad completa, pero se les otorgan beneficios de tiempo en relación a la pena, y un establecimiento especial para lograr su corrección. Esto menores serán regulados por la legislación común (Código de 1872).

f) Consecuencia Jurídica

Respecto de los mayores de 15 pero menores de 18 años, las consecuencias son las que marca el Código de 1872, esto es, reducción de la pena de corrección en un establecimiento especial diferente de la cárcel común.

En relación a los menores de 15 años de edad, la Ley de 1928 reproduce textualmente las medidas que establece el Reglamento de 1926, eliminando solamente la facultad de los jueces de enviar a los menores a los centros de corrección penal, si consideraban ineficaces las medidas que aplicaba el Tribunal. La Ley agrega la facultad de conminar a los padres o tutores de los menores para que cumplan con su obligación.

g) Establecimientos de ejecución

No encontramos datos que nos permitan suponer que se aumentaron las instituciones dedicadas a la educación correccional y corrección penal, por lo que es probable que tanto los menores observados por el Tribunal y los menores enjuiciados por las autoridades comunes compartieran la Escuela Correccional de Tlalpan para Varones, Coyoacán para Mujeres y el rancho del Momoluco.

h) Derecho

En este momento no podemos hablar todavía de un derecho de menores, en tanto existen, como se apuntó, dos tipos diferentes de jurisdicción, la justicia penal común y la justicia científica del Tribunal para Menores.

C) Código Penal de 1929 y Ley de Organización y Competencias y Procedimientos en Materia Penal de 1929

Desde principios del siglo XX, la Escuela Positivista italiana había ganado numerosos adeptos en todo el mundo. Luego, Pedro Dorado Montero había creado gran expectación en el Continente Americano; en México fueron sus publicaciones y sus ideas las que originaron la legitimación del sistema procesal que proponía la novedosa Ley Villa Michel, cuando la Suprema Corte de Justicia justifica al proceso y las autoridades en la famosa tesis "Castañeda", que posteriormente veremos. Fueron estas ideas, unidas a las de Lombroso, Ferri y Garófalo, las que motivaron la elaboración de un nuevo Código Penal que sustituyera al antiguo código liberal de 1872.

A finales de 1925, el Presidente de la República formó una Comisión Revisora del Código Penal, integrada por Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza y Castañeda. Por renuncia de este último, se reorganizó dicha Comisión, a la que se sumaron Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estraca y José Almaraz.

José Almaraz, a quien se le atribuye la autoría de dicho Código, que de hecho se conoce como Código Almaraz, convenció, con la aprobación de la Comisión Revisora, al Presidente Emilio Portes Gil de la conveniencia de la modernización del Derecho Penal, adoptando las teorías científicas del positivismo para la defensa de la sociedad en contra de la delincuencia.

Bajo estos postulados, el Presidente de la República resolvió que "se estudiara y redactara un Código de transición basado en los principios de la Escuela Positiva, pero limitando sus procedimientos con las prescripciones constitucionales, que no era factible echar en el olvido".¹²²

A principios de 1927 el proyecto fue turnado al Tribunal Superior, a la Suprema Corte, a la Barra de Abogados, a la Procuraduría, etc. para su revisión. De esta forma, en uso de las facultades conferidas por el Congreso de la Unión, mediante decreto de fecha 9 de febrero de 1929, el Presidente de la República expidió el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, el 30 de septiembre de 1929, que comenzaría a aplicarse a partir del 15 de diciembre del mismo año, según señala el artículo primero transitorio de la Ley. De igual forma,

¹²² Almaraz, José.- *Exposición de Motivos del Código Penal de 1929*. S/E. México. 1931, p. 24.

y bajo el amparo de dicha facultad, el 7 de octubre se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Código de Organización de Competencia y Procedimientos en Materia Penal, con vigencia también a partir del 15 de diciembre de 1929.

Estos dos ordenamientos modificaban completamente la orientación de la administración de justicia penal en México. El primero derogaba por completo un Código del que se criticaba su tendencia clásica y liberal, en el que el acento se ponía en la libertad moral del individuo, y cuyo sentido de la pena era el castigo y la expiación, con el objeto de lograr el arrepentimiento del reo. Con el segundo se derogaba el Código de Procedimientos Penales de 1894 y la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común para el Distrito y Territorios Federales de 1928.

Ambas leyes establecen en sus artículos transitorios la derogación de leyes o decretos que se opusieran a los preceptos de éstas. Esto obliga a pensar que la Ley Vill. Michel y el procedimiento que contemplaba para los menores fueran derogados a escasos dieciocho meses de su instalación; de hecho, el Código Procesal de 1929, en su artículo transitorio décimo segundo, condiciona el nombramiento de los miembros del Tribunal de Menores a la comprobación de los requisitos que exige la nueva Ley y a la ratificación de los funcionarios por el Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social.

Estos ordenamientos penales poseen una tendencia abiertamente positivista, en que se acentúa el conocimiento científico de la personalidad del acusado, se abandona la responsabilidad moral para inscribirse en la responsabilidad social y se adopta el principio primordial de la defensa social.

Al realizar una crítica al sistema clásico del Código Penal de 1872, se le acusa de ineficaz para combatir a la delincuencia, dado que conforme a los principios de justicia absoluta y utilidad social, el sistema de la Escuela Clásica había probado su fracaso ante la realidad social.

El Código positivista, en su afán de tornar científica la justicia penal, pretendía modificar esa realidad por medio del conocimiento del delincuente, por el abandono de la base filosófica de la responsabilidad moral y el libre albedrío en favor de responsabilidad social y el determinismo. Utilizaban como métodos la experimentación y la observación, a fin de investigar la "génesis del delito, considerado como un conjunto de causas o condiciones que se deben inquirir y conocer para atacarlo en sus raíces".¹²³

¹²³ Aymaraz. José.- *Op. Cit.* p. 18.

"La pena, en vez de ser expiación de un pecado cometido, debe ofrecer una protección, una defensa, de la sociedad contra los individuos peligrosos. Esta pena debe perder todo significado expiatorio, retributivo y doloroso y significar para el infractor una educación para la vida social, ya que la mayor parte de los delincuentes no debe perderse para la sociedad".¹²⁴

~~De tal forma, las penas debían sustituirse por sanciones, "consecuencias necesarias de un acto, que garanticen los bienes jurídicos y que, aplicadas de un modo científico y racional, defiendan a la sociedad por la desaparición del peligro que en sí revele el delincuente".~~¹²⁵

Así pues, al abandonar el criterio de la responsabilidad moral para acoger el de la responsabilidad social, y teniendo presentes las disposiciones penales que consigna la Constitución Política de la República, "hubo que declarar delincuentes a los locos, a los menores, a los alcohólicos y a los toxicómanos, ya que sin esta declaración ninguna autoridad podría, constitucionalmente, restringirles sus derechos patrimoniales o de libertad con medidas que, ya se llamen tutelares, protectoras o defensivas, no son sino penas que, aplicadas por cualquier autoridad no judicial, darían lugar a un amparo por violación de garantías".¹²⁶

a) Punto de diferenciación

Atendiendo a que este ordenamiento declara socialmente responsables a todos los individuos que cometan delitos, los menores son considerados también como socialmente responsables. "La sociedad tiene que defenderse de los locos, de los anormales, de los alcohólicos, de los toxicómanos y de los menores delincuentes. Desde el punto de vista de la defensa social, tan responsables son estos individuos como los normales y tal vez en ellos esté más indicada la defensa. Lo que puede variar es la clase de sanción, de tratamiento, en vista de la adaptación o la eliminación, de la corrección o de la inocuización".¹²⁷

Debemos destacar que a pesar de que la justificación para intervenir en la corrección de los menores por medio del *ius puniendi* es que pueden ser "peligrosos" para la sociedad, el Código y su explicación hacen saber que al igual que cualquier Código clásico los menores de edad son considerados como un grupo especial similar a los sordomudos, toxicómanos o alcohólicos.

¹²⁴ *Idem.* p. 19.

¹²⁵ *Idem.* p. 23.

¹²⁶ *Idem.* p. 52.

¹²⁷ *Idem.* p. 69.

Almaraz estimó que era necesaria la creación de una jurisdicción especializada para los menores. Sin embargo, en atención a que también las sanciones para los adultos habían perdido su carácter expiatorio, no era necesario crear un derecho especial para los menores y separarlos del Código Penal. Por otro lado, luego de una consulta a Magistrados de la Suprema Corte, estos manifestaron su criterio en el sentido de que cualquier tipo de restricción de derechos era una pena que debía corresponder a un delito, catalogado como tal por la ley, señalada previamente y aplicada por una autoridad judicial. Se pensó en contemplar tribunales para menores y establecer límites de competencia de dichos tribunales, por lo que en los artículos 69 y 71 del Código Penal y 59 del Código de Competencias se establece como edad diferenciadora los 16 años.

Así pues, si los menores eran considerados como socialmente responsables al igual que los adultos, por su posible estado peligroso, y la diferencia de edad marcaba un ámbito de competencia procesal y sanciones penales distintas para los primeros el argumento utilizado por la Comisión se funda principalmente en la obligación del Estado en "aplicarles medidas educativas y tratamientos que los transformen orgánicamente y los hagan aptos para la vida social. Y mientras más temprano y oportunamente se apliquen dichas medidas, mayores probabilidades de éxito ofrecerán".¹²⁸ Esto es, la responsabilidad moral o social de los menores no es lo que justifica un proceso, una autoridad o un tratamiento distinto, sino la posibilidad de aplicar un tratamiento en forma oportuna que pronostique mayor éxito en comparación con los adultos.

b) Hipótesis de intervención estatal

Las bases del Código para la intervención estatal respecto de los menores es igual a la de los adultos, dado que solamente podrá intervenir el Tribunal para Menores cuando se acredite que el individuo se encuentra en estado peligroso, esto es, cuando sin justificación legal cometa un acto de los conminados con una sanción en el Libro Tercero (parte especial), así haya sido ejecutado por imprudencia y no consciente o deliberadamente (Art. 32).

Asimismo, se garantiza el respeto a la legalidad respecto de los menores y de los adultos al establecerse que, dentro de los límites fijados por la ley, se aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, considerando éste como un síntoma de

¹²⁸ *Idem.* p. 68.

la temibilidad del delincuente (Art.162), y al declararse que nadie podrá ser condenado sino por un hecho que esté previsto expresamente como delito por una ley anterior a él, y vigente al tiempo de cometerse, ni podrá ser sometido a sanción que no esté establecida por ella... (Art. 163).

No obstante lo anterior, el artículo 59 del Código de Organización de Competencia establece la facultad del Tribunal para conocer de todos los delitos y faltas cometidos por los menores de 16 años. Esto parece contradecir la competencia del Tribunal, ya que el pensamiento de Almaraz y de la Comisión fue la de "no considerar para nada las faltas (a diferencia del Código de 72), pues si éstas son lesiones de bienes jurídicos protegidos por sanciones administrativas, no deben figurar en un Código que protege bienes jurídicos mediante sanciones penales" (Art. 33). Sin embargo, nos atrevemos a suponer que la hipótesis de intervención estatal es precisamente la comisión de delitos.

De igual forma pensaba el Dr. Rafael Santamarina, Juez de menores, quien en 1930 se dolía cuando, al hablar del Código de 1929, mencionaba que "Al establecerse el nuevo Código y en el cual se incluyó al Tribunal para Menores, esta institución, sin mejorarla en nada, sólo cambió su campo de acción pues tuvo que abandonar los asuntos que antes atendía para limitarse a los que marca el Código actual" y, por tanto, sugería que se volviera a las hipótesis de intervención estatal marcadas en la legislación anterior (Ley Villa Michel).¹²⁹

c) Jurisdicción

El autor positivista, congruente con las doctrinas de Ferri y Dorado, adopta una jurisdicción especial para los menores, que se contempla en el Código de Organización de Competencia, y al igual que el Reglamento de 1926 y la Ley Villa Michel establece un Tribunal para Menores colegiado, integrado por un perito en psiquiatría, otro en educación y un tercero, que presidirá el Tribunal, será abogado contando con cuando menos 5 años de experiencia en tribunales penales (Art. 55); estos jueces serán nombrados por el Consejo Supremo de Defensa y Previsión Social, oyendo a las sociedades científicas de medicina y jurisprudencia, así como a la Federación Nacional de Maestros (Art. 56). Los requisitos a llenar son: ser mexicano en pleno goce de derechos; tener treinta años cumplidos y gozar de buena reputación; haber realizado trabajos de investigación sobre delincuencia juvenil; poseer el título de la especialidad respectiva y presentar una monografía

¹²⁹ Santamarina, Rafael.- "Los Problemas de la Infancia Moral y Materialmente Abandonada". *Criminalia*. Año IV. Julio de 1938. p. 678.

cuando menos bianual sobre investigaciones de menores (Art. 57). Este Tribunal dependía del Consejo Supremo de Defensa y Previsión Social y no del Gobierno del Distrito Federal, como los demás Tribunales, Cortes y Juzgados. Sin embargo, el artículo primero del Código Adjetivo establecía que: La justicia del orden común en el Distrito y Territorios Federales, se administrará por los Tribunales siguientes:

"V. Tribunales para menores delincuentes"

La mayoría de edad en México en aquel entonces era de 21 años, y de hecho las sanciones que establecía el Código punitivo se limitaban hasta dicha edad, por lo que podemos suponer que los mayores de 16 y menores de 21, eran considerados como adultos y no gozaban de ningún tipo de beneficio procesal o en la ejecución de sentencias por razón de la edad, como en el caso del Código de Martínez de Castro; asimismo, los tribunales que se encargaban de sentenciarlos eran autoridades comunes.

d) Proceso

E. Código de Organización de Competencia establece en los artículos 505 al 523 un proceso especial para el Tribunal para Menores Delincuentes. Este proceso no se diferencia mucho del establecido en el Reglamento del 1926 y la Ley Villa Micheli; sin embargo, debemos destacar algunas particularidades tendientes a respetar las garantías individuales de los menores cuando establece la obligación al instructor de practicar, sin sujetarse a ninguna regla especialmente establecida, la instrucción, que comprenderá: las diligencias que a su juicio sean necesarias, no sólo para comprobar los hechos delictuosos y su imputabilidad al acusado sino la educación de éste; su instrucción; sus condiciones físicas y mentales; y si ha estado física o moralmente abandonado (Art. 506). La forma de practicar dichas diligencias se dejaba al recto criterio del instructor, siempre y cuando se respetasen las disposiciones constitucionales (Art. 507).

Encontramos en la lectura de este capítulo de la Ley que existen diferentes criterios de aplicación de sanciones por parte del Tribunal, que se armonizan con lo establecido en el Código sustantivo, en las que se hace una diferenciación principalmente por tres criterios: el primero es el establecimiento de la edad, bajo dos parámetros, los menores que no han cumplido aún los doce años y los mayores de esta edad, pero menores de dieciséis; el segundo criterio dentro de estas dos categorías es cuando el estado del menor exigiere un tratamiento especial; y el

tercer criterio, con consecuencias distintas para cada categoría de edad, si el menor estuviere moralmente abandonado, pervertido o en peligro de serlo; un cuarto criterio se suma a éstos y se trata del menor de entre doce y dieciséis años, independientemente de su estado o posible abandono que cometiese un delito grave, al cual se le aplicará la sanción correspondiente al caso, esto es, igual a la de ~~los adultos en tiempo, en el lugar que designe el Supremo Consejo.~~

e) Legislación

Atendiendo a la ubicación legislativa de la normatividad, la similitud con la concepción de los adultos, su procedimiento, el concepto de responsabilidad social, podemos afirmar categóricamente que la legislación de menores se encuentra inscrita en la legislación penal.

f) Consecuencia jurídica

Las sanciones para los menores de dieciséis años se establecen principalmente en el artículo 71 del Código sustantivo y menciona que son: arrestos escolares; libertad vigilada; reclusión en establecimientos de educación correccional; reclusión en colonia agrícola para menores y reclusión en navío-escuela.

La libertad vigilada consiste en confiar al menor a su familia, a una extraña, a un establecimiento de educación o taller privado, bajo la vigilancia del Consejo Supremo, por un término mayor de un año, pero sin exceder de los veintiún años del menor (Art. 121).

La reclusión en establecimiento de educación correccional, con aislamiento nocturno y aprendizaje industrial o agrícola durante el día, con fines de educación física, intelectual, moral y estética, por un término, mayor de un año que no exceda del cumplimiento de los veintiún años del menor (Art. 122).

Reclusión en colonia agrícola, en el lugar destinado para tal efecto, por un término mayor de dos años que no exceda del cumplimiento de los veintiún años del menor (Art. 123).

Reclusión en navío-escuela, en la embarcación correspondiente, durante todo el tiempo de su condena, pero que no exceda del cumplimiento de los veintiún años del menor (Art. 124).

Respecto de los menores de doce años encontramos pues, dos hipótesis diferentes: los que son moralmente abandonados y los que no lo son. Los primeros deberán ser sancionados con libertad vigilada, ya sea con su familia, con una ajena o en establecimiento de educación (Art. 512 y 183 del C.P.). En relación a los segundos, éstos serían amonestados o se les impondría el arresto escolar, pudiendo ser entregados a sus padres bajo libertad vigilada (Art. 514 y 182 del Código Penal).

En relación a los mayores de doce pero menores de dieciséis, encontramos tres hipótesis: los que son moralmente abandonados; los que no lo son; y los menores que independientemente de su estado, han cometido delitos graves. Los primeros serían enviados a una casa para su corrección o entregados a una familia digna de confianza; si esto fuese insuficiente, el Tribunal lo enviaría a una casa de corrección, taller, granja o navío-escuela (Art. 515 y 183 del C.P.). Los segundos tendrían un arresto de tres días a cinco meses o amonestación (Art. 518). Los terceros, esto es, los que cometan delitos graves, se les aplicaría la sanción correspondiente, a juicio del Tribunal (Art. 520).

En este último caso debemos remitirnos entonces al Código sustantivo en lo relativo a la aplicación de sanciones (Arts. 181 al 188). En éste se prescribe que las sanciones que correspondan a los menores delincuentes tendrán la duración señalada para los mayores (Art. 181); cuando la sanción para el delito cometido sea privación de la libertad mayor a dos años, ésta se cumplirá en un establecimiento de educación correccional (Art. 184); si la sanción fuere mayor de cinco años de segregación, ésta se cumplirá en colonia agrícola (Art. 185); si la sanción fuere mayor de la anterior o el menor revela una tendencia persistente al delito, se le destinará a la colonia agrícola o al navío-escuela (Art. 186).

El artículo 188 establecía substituciones respecto de las sanciones de los adultos en la siguiente forma: La segregación y relegación, por reclusión en establecimientos de educación correccional, colonias agrícolas o navío-escuela; el confinamiento, por libertad vigilada; y la multa, por libertad vigilada, arrestos escolares o reclusión en establecimientos de educación correccional.

Es importante mencionar que el propio Código establece un artículo que prevé que mientras no existan las colonias agrícolas o navío-escuela, los menores serían remitidos a la Escuela de Educación Correccional. Este artículo parece ser premonitorio, ya que la medida por excelencia, sustituto de cualquiera otra sanción

en la historia de la justicia de menores, fue precisamente el internamiento en las correccionales.

Por lo que hace a uno de los objetivos principales de este Código Positivista, que es el estudio de la personalidad del delincuente, para establecer el tratamiento adecuado y lograr su adaptación a la normatividad social, la legislación penal encarga dicha tarea al Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social. Esto es, los órganos especializados para la investigación de la conducta ya no pertenecen al Tribunal sino al Consejo Supremo; de hecho, el artículo 60 de la Ley de Organización de Competencia faculta al Tribunal para aprovechar los servicios de: la Clínica Sociológica; Departamento de Protección y Vigilancia Infantiles; Departamentos Médicos y Antropométricos; Clínica Psico-pedagógica; Clínica Psiquiátrica; Casa de Observación; Departamento de Investigación Paidográfica y Departamento de Identificación. Los instructores del Tribunal debían además de practicar las diligencias para acreditar la existencia del delito y la imputabilidad del acusado, practicar diligencias tendientes a conocer si éste ha estado física o moralmente abandonado, sus condiciones físicas y mentales, su educación y su instrucción.

Es preciso destacar que el legislador de 1929 modifica diametralmente la administración de justicia de menores, en relación a la de 1928, ya que si bien es importante el conocimiento de la personalidad del menor, lo es también la comprobación del delito y de la participación del sujeto y no solamente la observación del menor, como lo establecen el reglamento de 1926 y la Ley Villa Michel, las que además dotan al Tribunal de secciones especializadas para lograr una efectiva observación y diagnóstico para sujetarlo a una medida de tratamiento.

Bajo este marco, el Código de Almaraz y la legislación procesal garantizaban el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de los menores delincuentes consagrados en la Constitución, al contemplar la garantía de legalidad, con la eliminación de las faltas administrativas y la facultad de conocer de asuntos de menores incorregibles, así como establecer un procedimiento libre, pero apegado a los preceptos constitucionales; debemos suponer que se trata de las garantías penales de la Constitución.

El Tribunal era un órgano eminentemente jurisdiccional, en el cual se exigía ya la presencia de un abogado y de una juez mujer supernumeraria; lo primero aseguraba el conocimiento y respeto de la legalidad del procedimiento y de la aplicación de las medidas; lo segundo significaba la continuación de la exigencia de la Ley Villa Michel en la integración del Tribunal.

De esta forma, los menores delincuentes quedaron pues, dentro de la ley penal y sujetos a formal prisión e intervención del Ministerio Público, pero se les señalaron penas y establecimientos especiales.

g) Establecimientos para ejecución

La Ley tenía contemplada la creación de Granjas Agrícolas y de navío-escuela; sin embargo, dichos establecimientos, atento a la corta vida del Código y del Consejo Supremo, no se lograron establecer. En tanto se acondicionaban dichos establecimientos, las sanciones de privación de la libertad debían realizarse en las escuelas correccionales.

La Escuela Correccional de Tlalpan y la de Coyoacán continuaban funcionando y a ellas se agregó la "Casa Amarilla", ubicada en la Calle de Parque Lira No 94, misma que sirvió como Escuela Hogar para Varones y que continuó su funcionamiento hasta 1976.

h) Derecho

Pese al criterio positivista de la Comisión redactora, que consideró un inconveniente para sus objetivos la necesidad de respetar las garantías individuales de los menores, el hecho de contemplar todo el sistema de administración de justicia de éstos en los Códigos penales y al contemplar la necesidad de llevar un procedimiento ajustado a la Constitución, además de la observación de la personalidad del menor para decidir sobre la medida más conveniente, pone a la justicia de menores en el marco estrictamente penal, por lo que no es posible hablar de un derecho especial para los menores infractores.

D) El Código Penal de 1931, el Código de Procedimientos Penales y la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común de 1932

Desde el inicio de su vigencia, los Códigos positivistas fueron fuertemente criticados por doctrinarios y profesionales del derecho a través de los diarios. Uno de los principales críticos fue el Lic. José Angel Ceniceros, quien publicó una serie

de artículos en la prensa diaria, que fueron calificados de enérgicos y serenos, en contra del Código de 1929.¹³⁰

Las principales críticas al Código sustantivo giraron alrededor de que era demasiado extenso (1300 artículos), confuso y contradictorio, que se anunciaba como un Código en el que el delincuente es tema central de la ciencia penal; sin embargo, en cuanto a la determinación de la pena era exactamente igual al de Martínez de Castro. En relación a las penas y medidas de seguridad, las agrupaba en sanciones, pero las penas seguían siendo penas y no tratamientos, y las cárceles no se habían convertido en reformatorios. Se le calificó de utópico, ya que la realidad penal del país no permitía que los juzgados fueran clínicas penales, como Almaraz pretendía. Uno de los pilares fundamentales de la reforma del 1929 era la creación del Supremo Consejo de Defensa y Prevención Social, al que se había dotado legalmente de una gran cantidad de atribuciones. Sin embargo, la realidad limitó su acción: "no dispusieron de local apropiado y de muebles y enseres, por que éstos no abundan; no recibieron las cárceles por que el Gobierno no se las quiso entregar; la Secretaría de Gobernación no se supeditó a sus mandatos ni el Departamento Central";¹³¹ asimismo, faltaba efectividad en la reparación del daño, era eminentemente dogmático y casuístico, entre otras.

A principios de mayo de 1930, Ceniceros publicó un artículo intitulado "¿Conviene volver, transitoriamente, a la vieja legislación o reformar la de 1929?". El 26 de ese mes, el C. Secretario de Gobernación, Emilio Portes Gil, por acuerdo del C. Presidente, dispuso la revisión de los códigos por abogados especialistas.

En este artículo Ceniceros hace una crítica al sistema establecido para los menores en el Código, al manifestar que

"La obra del Tribunal, más que represiva, era tutelar y protectora, y al principio tropezó con obstáculos, debido a que muchos abogados querían ser defensores de los niños reclusos, considerándolos como procesados con lo que debían llenarse los requisitos constitucionales del procedimiento, sin comprender que el primer defensor del niño, era el mismo Tribunal".¹³²

El campo quedó, con la resolución de la Corte (amparo Castañeda), plenamente despejado para que el Tribunal para Menores pudiera realizar fecunda obra de protección a la infancia, sin las trabas constitucionales que pudieran oponerle defensores que, ignorando la naturaleza del Tribunal, se preocuparan por el detalle del procedimiento, queriendo vivir uno idéntico al que se sigue con los adultos.

¹³⁰ Ceniceros, José Angel.- *El Código Penal de 1929*. Ed. Talleres Gráficos de la Nación. México, 1931. p. 29.

¹³¹ *Idem.* p. 38.

¹³² *Idem.* p. 31.

Se había logrado arrancar al niño del Código Penal, realizando con ello una verdadera obra revolucionaria. ¿Que ha hecho la Comisión autora de los nuevos Códigos en esa materia?

"Llevar nuevamente al niño al Código Penal, estableciendo expresamente que los jueces del Tribunal, se sujetarán a las disposiciones, tanto del Código Penal, como a las constitucionales".¹³³

Este y otros criterios expresados en sus críticas periodísticas fueron los que llamaron la atención del Secretario Portes Gil, que invitó a Ceniceros a presidir la comisión de revisión de los códigos.¹³⁴

Respecto de la materia que estudiamos, permitiremos que el propio Ceniceros explique el proceso por el cual la Comisión estableció un sistema aparentemente diferente del Código de 1929 para menores delincuentes.

"Desde que se iniciaron los trabajos de revisión del Código de 1929, la Comisión estuvo acorde en el criterio que expresó en una de sus bases, diciendo: dejar al margen de la represión penal a los menores, sujetos a una política tutelar y educativa".¹³⁵

Pero inicialmente la opinión se dividió en cuanto a la duración de la reclusión, y en cuanto a la intervención del Ministerio Público, formal prisión y en general la aplicación de los preceptos constitucionales.

El problema se planteó más o menos en estos términos:

¿Es posible restringir la libertad a los menores infractores, aplicando medidas en distinta forma de la prevenida por los artículos 16, 19 y 21 de la Constitución, no considerando a dichos menores como "procesados" ni objeto de una acción penal? ¿Las medidas que dicte el Tribunal afectan las garantías individuales de la persona del menor?

La mayoría de compañeros de la Comisión, contra el voto del Licenciado Ceniceros, sostuvieron hasta la redacción del anteproyecto del Código, que no podía colocarse a los menores en una situación jurídica distinta de las demás personas en cuanto al goce de su libertad; que la opinión jurídica general estaba en contra de una interpretación en el sentido de que la detención de menores no es detención, sino protección; que la Constitución, con su sistema individualista rígido, impedía dar el paso radical en esta materia, encontrándose en igualdad de condiciones que la detención de los locos, y toxicómanos. Convenía proponer la reforma de la Constitución."

Ceniceros sostuvo la necesidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, orientara la jurisprudencia en esta materia en el sentido de armonizar los preceptos de las garantías individuales, con las nuevas tendencias penales en cuanto a menores, pues de lo contrario la acción de los Tribunales para Menores sería nugatoria, al tener que dictar el imprescindible

¹³³ *Idem.* p. 81.

¹³⁴ Ceniceros, José Angel.- *Un discurso Sobre el Código Penal de 1931.* Ed. La Justicia. México. 1977. p. 26.

¹³⁵ Ceniceros, José Angel y Luis Garrido.- *Ley Penal Mexicana.* p. 199.

auto de formal prisión a las setenta y dos horas, conceder libertad caucional, e intervenir el Ministerio Público en ejercicio de la acción penal con todas sus consecuencias.

Ya en el proyecto definitivo de Código la Comisión dio el paso radical de acuerdo con esta tesis, votando en favor Ceniceros, Teja Zabre y Garrido.

~~Mucho contribuyó a que la Comisión se decidiera en este sentido, el criterio de la Suprema Corte expresado en su ejecutoria dictada con motivo del amparo promovido en favor del menor Ezequiel Castañeda, por su detención por el Tribunal de Menores de esta capital".¹³⁶~~

El Código Penal que derogó al de 1929 fue finalmente publicado el 13 de agosto de 1931 y entró en vigor el 17 de septiembre del mismo año. Por lo que hace a la ley adjetiva, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales fue publicada el 29 de agosto de 1931. Esta última, abrogó al Código de Organización de Competencia y puso en vigor la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal y Territorios Federales, publicada en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 1928 y derogada por el Código positivista del 2 de octubre de 1929.

La Ley Orgánica de 1928, a la que nos hemos referido, no contemplaba la existencia de tribunales para menores. Sin embargo, el Código de Procedimientos establece en su artículo 80 transitorio: "Con excepción del Partido Judicial de México, en los demás del Distrito y Territorios Federales, mientras se crean cortes penales y tribunales de menores, seguirán funcionando como autoridades penales los jueces mixtos de primera instancia que establece la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común, del 31 de diciembre de 1928, pero estos tendrán la competencia que el presente Código asigna a los primeros". Esto es, a excepción del Partido Judicial de México, los jueces mixtos de primera instancia debían instruir el procedimiento para menores de acuerdo con lo establecido por el Código de Procedimientos.

La existencia y organización del tribunal para menores, al igual que en el de 1929, queda contemplada en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en la parte referente a las competencias.

El Código Penal de 1931 fue calificado como ecléctico. A él se incorporaron las bases principales del Código de 1871 y los grandes adelantos de la moderna ciencia penal del Código de 1929. Las bases que sirvieron de orientación para los trabajos la Comisión redactora fueron:

¹³⁶ *Idem.* p. 199 y 200.

"La fórmula, no hay delitos sino delincuentes, debe completarse así, no hay delincuentes sino hombres".

"Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable".

"El delito es un hecho contingente. Sólo existe la responsabilidad social: -Sus causas son múltiples: es una sinergia negativa o resultante de fuerzas antisociales".

"La pena es una necesidad de defensa y prevención social. Es un mal necesario. Se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc., pero fundamentalmente por necesidad de conservación del orden social".

"El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y orden".

"La escuela positivista sólo tiene valor científico como crítica y como método. No hay tipo criminal. La curación es un concepto teórico. La temibilidad y la peligrosidad sólo pueden servir como factores para determinar el monto de la sanción penal, juntamente con el daño causado".

"El derecho penal es la fase jurídica y la ley penal el límite de la política criminal".

"La sanción penal es "uno de los recursos de la lucha contra el delito." Todos los actos antisociales que no estén incluidos como delitos, corresponden a la prevención gubernativa o de iniciativa privada".

"El medio de remediar el fracaso de la escuela clásica no lo proporciona la escuela positiva. Con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución principalmente por:

- a).- Ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales.
- b).- Disminución del casuismo con los mismos límites.
- c).- Simplificación de las sanciones.
- d).- Efectividad de la reparación del daño.
- e).- Simplificación del procedimiento. (Racionalización). Organización científica del trabajo de oficinas judiciales.
- f).- Organizar el trabajo de los presos.
- g).- Establecer un sistema de responsabilidad, fácilmente exigible a los funcionarios que violen la ley. Es el complemento indispensable del arbitrio judicial.
- h).- Dejar a los niños completamente al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar, educativa.

i).- Completar la función de las sanciones, por medio de la readaptación de la vida social, de los infractores. (Casos de libertad preparatoria, condicional, reeducación profesional, etc.).

Preocupar a todos los países, especialmente, llevar a cabo una eficaz vigilancia de los individuos que salen de las cárceles, ayudándolos a rehabilitarse socialmente".¹³⁷

Pese a la voluntad manifiesta en la legislación de extraer a lo menores de la función represiva penal, una de las facultades del Departamento de Prevención Social era gestionar con la Jefatura de Policía la efectividad de la vigilancia sobre los infractores menores, los enfermos mentales y los que disfruten de la libertad preparatoria (Art. 674, fracc. VI C.P.P. D.F.). Esto, además de algunos otros elementos que siguieron conectando a la justicia de menores con la penal. La libertad vigilada estaba a cargo de la policía, que también vigilaba a los presos en libertad preparatoria.

Bajo todos estos parámetros, la legislación de los años 30's se configuró para los menores de la forma siguiente:

a) Punto de diferenciación

En cuanto al límite de edad, el Código de 1931 establece, siguiendo la continuidad de una política criminal diferenciadora, la menor edad hasta los 18 años. Adopta, en este caso, el sistema biológico de la edad, y se presume *in re et de iure* que los menores de esta edad quedarán sujetos a una jurisdicción diferente a la penal, por razón de que no han alcanzado la madurez suficiente para considerárseles penalmente responsables.

Para el maestro Carranca y Trujillo, en el derecho mexicano quedó elevado el límite de edad a los 18 años principalmente porque al carecerse en un gran número de casos del acta de nacimiento, dada la ignorancia de los infractores, la edad de dieciocho años permite fijar pericialmente con mayor certeza si se ha alcanzado esa edad a la luz del desarrollo dentario y somático.¹³⁸

El Dr. Carranca y Rivas considera que los juristas aluden a la imposibilidad de que el menor encuadre en las estructuras del derecho penal en atención a la inimputabilidad. Considera que la inimputabilidad y la falta de discernimiento no equivalen a una pretendida irresponsabilidad psicológica del menor. En el caso del

¹³⁷ *Idem* p. 18 y 19.

¹³⁸ Carranca Y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas Raúl.- *Derecho Penal Mexicano*.- Porrúa.- México. 1981. p. 872.

menor, la voz "inimputable" se refiere al que no es responsable en el terreno estricto del derecho penal para adultos, por lo que el psiquismo de un menor no es comparable con el de un adulto.¹³⁹

b) Hipótesis de intervención estatal

El Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal de 1932 establece en su artículo 664 la competencia del tribunal de menores "como la de conocer de todos los casos que señale el Código Penal respecto a menores". Exhibe aparentemente la tendencia a intervenir sólo cuando se ha violado alguna disposición punitiva penal, y el principio de legalidad, mas no así respecto del procedimiento.

Manifestamos que esto es aparente, ya que en muy diversas ocasiones la jurisdicción del Tribunal se extendió a las infracciones administrativas y en el caso de los incorregibles, y atendiendo a la limitación de participación de abogados particulares que cuestionaran la actuación del Tribunal o desanimados por la respuesta de las autoridades encargadas de velar por el respeto a la Constitución bajo el criterio "Castañeda" sustentado por la Suprema Corte de Justicia, esta extensión arbitraria de facultades fue consentida durante muchos años en nuestro país.

La extralimitación fue animada precisamente por el criterio antes citado, ya que de la lectura de la tesis referida, se desprende el reconocimiento que hace la Primera Sala de la Suprema Corte de las facultades sociales del Tribunal. Esto permitió que las autoridades tuvieran los argumentos necesarios para arrogarse facultades más allá de lo permitido por la propia legislación. Esta interpretación extensiva parece a nuestros ojos acomodaticia, puesto que la tesis se refería al Tribunal que había sido creado por la Ley Villa Michel, el cual tenía la posibilidad de extender su facultad en los casos de menores física o moralmente abandonados. Tratándose de los tribunales para menores creados por la legislación de los 30's y posteriores, las hipótesis en lo jurídico sólo limitaban su intervención a las infracciones penales y no a las administrativas.

Dado que era considerable la escasez de instituciones que permitieran la atención de la infancia abandonada en esta época, parece natural que el Tribunal tratara de llenar dicho vacío institucional, adoptando la bandera de institución

¹³⁹ *Idem.* p. 876.

social que la Corte le había entregado, pero este hecho no la libera de haber actuado al margen de la legalidad por aproximadamente 40 años.

c) Jurisdicción

Respecto a la jurisdicción, cabe distinguir dos períodos: el primero, desde el 31 de agosto de 1931 hasta el 30 de diciembre de 1932, en el cual se contempla la existencia del Tribunal para Menores en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y faculta a los jueces mixtos de primera instancia en los Territorios Federales para actuar como tales, mientras se crean estos. El segundo periodo va desde el 30 de diciembre de 1932 hasta el 26 de junio de 1941, en que se contemplan dichos Tribunales del Distrito Federal y los Territorios, en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Fuero Común de Distrito Federal y Territorios Federales.

La integración del Tribunal de Menores es similar al de la legislación de 1929. Sólo se realizan algunas modificaciones, entre las que destacamos: se integran de dos tribunales, se otorga a los jueces la inamovilidad, se suprimen los requisitos de presentación de trabajos, se elimina al juez supernumerario y se faculta a los jueces mixtos de primera instancia a intervenir, siguiendo el procedimiento establecido en casos de menores de 18 años (Arts. 600 a 667 C.P.P.D.F.).

En el segundo período, la Ley Orgánica recoge el mismo sistema que el anterior, pero adopta otras modalidades dentro de las que destacan la existencia de un juez supernumerario, y la omisión de la inamovilidad de los jueces. Vuelven los exámenes de oposición con consulta a las universidades y la regulación de los tribunales en los territorios.

d) Proceso

El Código de Procedimientos Penales de 1931, pese a lo que pudiésemos imaginar respecto de las agudas críticas de los autores de la reforma del Código de 1929, toma exactamente el mismo articulado y con ello el mismo procedimiento ideado por la comisión presidida por Almaraz para el Tribunal para Menores Delincuentes, y solamente se realizan algunas adaptaciones en su texto. Entre las modificaciones sólo destacan: el cambio de denominación de Tribunal para Menores Delincuentes por el de Tribunal para Menores; la sustitución del Consejo

Supremo de Defensa y Prevención Social, por el Departamento de Prevención Social (dependiente de la Secretaría de Gobernación); el aumento de la edad penal de 16 a 18 años; y las correspondientes adecuaciones a las disposiciones del Código Penal en cuanto a las medidas tutelares, antes sanciones.

Parece obvio apuntar que la omisión más significativa se destina a liberar a los jueces de realizar las diligencias ajustándose a lo dispuesto por la Constitución.

e) Legislación

La materia de menores delincuentes o infractores sigue siendo regulada por los Códigos y Leyes penales de la época; si bien la idea de las comisiones revisoras era dejar al margen de la represión penal a los menores, éstos no abandonaron los textos que regulaban precisamente el *ius puniendi* del Estado y en algunos casos las autoridades que los juzgaban eran las mismas que juzgaban a los adultos (Jueces Mixtos de Primera Instancia). Por otro lado, los argumentos que fueron tomados por la Suprema Corte de Justicia para convencer a los integrantes de la Comisión no parecen lo suficientemente sólidos para eliminar por completo toda posibilidad de que los menores pudiesen defenderse de las posibles arbitrariedades del Estado, a través de los jueces del Tribunal de Menores.

Parece importante resaltar cómo, de una forma simplista, el legislador considera necesario ampliar el arbitrio del Juez penal pero limitado a los marcos constitucionales y libera en absoluto al Juez de menores de toda limitación constitucional, confiando ciegamente en la "justicia científica penal de menores", como si la ciencia de la época y la actual pudiesen penetrar en algo tan complicado y difícil como lo es el alma del ser humano, para luego de haber hecho los estudios de laboratorio, publicar estadísticas que de nada han servido para la planeación de la política criminal de menores, explicar las causas de la delincuencia juvenil y poner a los menores dentro de los clásicos establecimientos correccionales que siguen arrastrando los vicios de aquél Hospicio de Pobres, Técpam de Santiago o Cárcel de Belem del siglo pasado o sujetarlos a una libertad vigilada, encargada a la policía, labor imposible de realizar por la falta de presupuesto.

f) Consecuencia jurídica

El Código Penal de 1931 establece en sus artículos 119, 120 y 122 el catálogo de medidas aplicables a los menores. En principio debemos apuntar que no existe

límite al máximo ni al mínimo de la medida, en tanto "Los menores de dieciocho años que cometan infracciones a las leyes penales serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa" (Art. 119). En el propio texto del articulado se establece una contradicción respecto de lo antes expuesto, ya que si bien se establece una medida con tiempo indeterminado como a los incapaces, ~~también se establece en el Art. 122 que cuando el menor llegare a los dieciocho años antes de terminar el período de reclusión que se le hubiese fijado, la autoridad encargada de la ejecución de sanciones decidirá si debe ser trasladado al establecimiento destinado a mayores. Tal afirmación implica que el Tribunal, en su resolución, debió haber fijado un término del internamiento, y que antes de haberse cumplido el menor hubiere llegado a los dieciocho años.~~

Para la aplicación de las medidas, el juez de menores debía sujetarse, al igual que el juez común, a las particularidades del infractor y la gravedad del hecho, como lo dispone el artículo 52 del Código Penal, con la posibilidad de aplicar las siguientes medidas:

- I. Reclusión a domicilio.
- II. Reclusión escolar.
- III. Reclusión en un hogar honrado, patronato o instituciones similares.
- IV. Reclusión en establecimiento médico.
- V. Reclusión en establecimiento especial de educación técnica, y
- VI. Reclusión en establecimiento de educación correccional.

A pesar de haber manifestado la salida del menor del derecho penal, el modelo para la individualización de la "medida" se disponía similar a la de los adultos, ya que precisamente esa ampliación del arbitrio judicial, y la eliminación de agravantes y atenuantes del Código de 1929, se redujo a la redacción del artículo 52.

Por otro lado, el artículo 24 del Código Penal, al hacer la enumeración de las penas y las medidas de seguridad, en su inciso 17 mencionaba las medidas tutelares para menores; en este sentido, Arilla Baz¹⁴⁰ afirmó que "La distinción puramente doctrinaria entre medida de seguridad y pena no cabe en nuestro régimen constitucional. Constitucionalmente, la medida de seguridad es pena".

¹⁴⁰ Arilla Baz, Fernando.- "El Menor ante la Ley Penal". *Criminalia*. Año XIX No. 8. México 1953, p. 56.

g) Establecimientos para ejecución

Los establecimientos para la ejecución de las medidas que dictaba el Tribunal eran la Casa Hogar para Varones en Tlalpan y la de Mujeres en Coyoacán, además de la "Casa Amarilla en Parque Lira y la Casa de Observación del Tribunal para Menores en Serapio Rendón.

En 1938, la periodista Carmen Madrigal realizó un trabajo que fue publicado en la Revista semanal *HOY*. En éste se retrata una realidad triste en los establecimientos correccionales: la miseria, la corrupción, la falta de atención para los menores, las condiciones infrahumanas de existencia lograron conmover a la opinión pública. Algunos artículos de la prensa diaria calificaron al Tribunal para Menores como un "antro de inmundicia, de inmoralidad y de oprobio en un pueblo civilizado, sólo comparable a la Penitenciaría del Distrito y a la Cárcel del Carmen, que han convertido a la famosa de Belem, tan censurada en la Revolución, en un sitio de agradable recreo y centro de cultura y orden."¹⁴¹

En la introducción al libro que se editó como resultado de los referidos artículos de la revista *HOY* José Ángel Ceniceros afirmó que: "El desastre de las instituciones de menores, crea principalmente un problema administrativo y técnico". Exigía una reforma legal, en el sentido de que los tribunales de menores dependieran sólo de un área administrativa y no al mismo tiempo de la Secretaría de Gobernación y del Departamento Central, como ocurría en ese entonces.¹⁴²

Este trabajo tuvo eco en la mente del Ejecutivo Federal, de tal forma que a partir de esta década tanto el Tribunal como las instituciones auxiliares pasaron a depender técnica y presupuestalmente de la Secretaría de Gobernación, dependencia del Ejecutivo que hasta la fecha continúa con el cargo.

El reglamento para los Tribunales de Menores y sus instituciones auxiliares

El 20 de enero de 1934 se publicó el reglamento de los tribunales de menores, mismo del que se atribuye su redacción al Lic. Rogelio de la Selva.¹⁴³ En este reglamento, además de regular detalladamente las funciones del Tribunal, integrado de la forma establecida por el Código de Procedimientos Penales y la

¹⁴¹ Madrigal, Carmen. *Los Menores Delincuentes*. Introd. José Ángel Ceniceros. Editorial Botas, México, 1938, p. 1.

¹⁴² *Idem*, p. 22.

¹⁴³ Ruiz de Chávez, Leticia.- "La delincuencia Juvenil en el Distrito Federal".- *Criminalia*. Año XXV, 12 de diciembre de 1959, p. 713.

Ley Orgánica de los Tribunales del Distrito Federal, se establecían los lineamientos a los que debía sujetarse la sección de investigación y protección, la pedagógica, la sección médico psicológica y la sección paidográfica.

Es de hacer notar que el autor del mismo, consciente de la función del Tribunal, ~~pero resistente a abandonar~~ la naturaleza de la justicia de menores, establece la obligación del Tribunal para que en sus procedimientos se sujetara en lo posible a las formalidades que indican los capítulos III y IV del Título Primero del Código de Procedimientos Penales (Art. 20).

Omitiremos realizar el estudio del contenido del Reglamento, ya que la gran mayoría de sus artículos y disposiciones se repiten en la Ley de 1941, y será en ese lugar donde observaremos ya la tendencia de consolidación estructural del Tribunal para Menores y sus instituciones auxiliares, que se conservó hasta 1991 y que hasta la fecha se conserva en buena parte de los Estados de la República.

h) Derecho

Podemos encontrar en este momento un derecho procesal diferente para los menores; sin embargo, las instituciones jurisdiccionales, las consecuencias jurídicas y las autoridades destinadas a la vigilancia de la aplicación continúan en las leyes destinadas a regular el *ius puniendi* del Estado, esto es, el Código Penal, el de Procedimientos Penales y la Ley Orgánica.

Por otra parte, se discutía la vigencia de la Tesis Castañeda, dado que las contradicciones legislativas llevaban a pensar que el Tribunal era un verdadero órgano jurisdiccional, como lo establecía la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común para el Distrito y Territorios Federales en su artículo primero que declaraba que les correspondía, dentro de los términos que establece la Constitución General de la República, la facultad de aplicar las leyes en asuntos civiles y penales del citado fuero, y seguidamente, en su artículo 2º., agrega: “la facultad a que se refiere el artículo anterior se ejerce:... XII.- Por los Tribunales para Menores Delinquentes”. Los preceptos transcritos que no habían sido derogados por la vigente Ley Orgánica de los Tribunales para Menores, otorgan plenamente a éstos la categoría de órganos jurisdiccionales, pues si tienen la facultad de aplicar las leyes, no cabe duda que dicen el derecho.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Arilla Baz. Fernando.- *Op. Cit.* p. 51.

E) Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el Código de Procedimientos Penales de 1934

En materia federal, el asunto se empieza a contemplar en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación del 31 de agosto de 1934 y en el Código Federal de Procedimientos Penales del 30 de agosto del mismo año, en los que se le conceden facultades especiales a los jueces de Distrito para erigirse en Tribunal para Menores cuando en las jurisdicciones en las que se encuentran ubicados no exista tribunal local.

Efectivamente, la Ley Orgánica en los artículos 57 a 63 contemplaba la creación de Tribunales para Menores para prevenir y reprimir la delincuencia de los menores de dieciocho años (Art. 57).

Estos tribunales se integraban por el Juez de Distrito como Presidente, el funcionario sanitario federal y el funcionario federal en materia de educación; en estos últimos, a falta de un funcionario federal, podía ser el funcionario local de mayor jerarquía; el Secretario de Juzgado fungía como Secretario del Tribunal.

La Ley establecía la obligación de instalar Tribunales para Menores en cada una de las capitales de los Estados y en los lugares donde residiese el Juez de Distrito; en el caso de que no existiera Juez de Distrito en la capital, integraría el Tribunal el juez penal o el mixto de primera instancia.

Para la ejecución de las medidas se ordenaba la integración de un Consejo de Vigilancia presidido por el miembro de mayor jerarquía de la Beneficencia Pública en el lugar o, en su caso, privada, y en la hipótesis de no existir ninguno, por la primera autoridad municipal.

La integración de estos Tribunales Federales para Menores continuó en las Leyes Orgánicas del Poder Judicial de la Federación sin variación alguna hasta que en 1991 fueron derogados los artículos relativos al procedimiento para el tratamiento de menores infractores.

El procedimiento que debía seguirse ante estos tribunales se regulaba de los artículos 500 a 522 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En principio, el artículo 500 establecía la facultad de los tribunales locales para conocer de las infracciones federales de los menores de dieciocho años, aplicando las disposiciones de las leyes federales respectivas. De esta forma, en los

Estados donde existiesen tribunales para menores no había la necesidad de crear tribunales federales. En este sentido, nos atreveremos a aventurar, hasta en tanto se abren a la consulta pública los archivos judiciales federales, que este Tribunal Federal sólo conocía de conductas estrictamente penales, sin ampliar su competencia a infracciones reglamentarias o menores incorregibles.

El procedimiento seguido, ya por tribunales locales o federales, estaba basado en el estudio del acto ejecutado por el menor y en la observación de éste, bajo sus aspectos social, médico, psicológico y pedagógico, a fin de determinar sus condiciones físicas y mentales, su educación e instrucción, si había estado física o moralmente abandonado, si era un perverso o estaba en peligro de serlo, y en determinar las medidas a que debe ser sometido para su educación y enmienda (Art. 506).

Para ello, el Presidente del Tribunal debía iniciar una investigación de carácter social y ordenaba al juez médico y maestro realizar una investigación médica y psicopedagógica, respectivamente (Art. 507); con los informes otorgados, el Presidente citaría a una audiencia en donde se definirían las medidas aplicables al caso, de acuerdo con el artículo 120 del Código Penal (Art. 511), en una resolución que sucintamente se relaten los hechos que la funden y expresarán con toda claridad las medidas que deban adoptarse (Art. 512).

Parece importante señalar que el artículo 508 establece que los elementos que debe aportar la investigación social eran acreditar si realmente el menor ejecutó el hecho que se le imputaba y la forma en que lo hizo; esta investigación le correspondía al Juez de Distrito. Esto no nos faculta para afirmar que en el procedimiento debía respetarse el principio de legalidad, en el que debiese acreditarse fehacientemente la comisión de los elementos del delito y la responsabilidad o participación del menor en él.

En relación a la forma de ejecución de la medida, encontramos que cuando se determina la educación correccional o técnica, el Tribunal debía enviar al director del plantel la resolución del menor y los estudios practicados.

Se establece el período de prueba y en el caso del menor de 12 años no perverso pero moralmente abandonado, se ordenaría el ingreso a una institución de educación correccional.

Son de destacarse dos disposiciones que facultan al Tribunal Federal para seguir conociendo el procedimiento iniciado; cuando el menor cumplía dieciocho

años, debía seguir conociendo del caso hasta que se imponga la medida que fuera procedente (Art. 520).

Y para el caso de que el menor cumpla los dieciocho años antes de que terminase el periodo de reclusión, el jefe de la prisión debería informar periódicamente acerca de la conducta y demás particularidades que observase el menor (Art. 521).

Ello nos obliga a pensar que dicho Tribunal extendía su jurisdicción sobre los adultos, o que el fin protector y corrector festinado por los autores podía no cumplirse, ya que algunos menores bajo la tutela del Tribunal podían ser enviados a prisión, con su autorización y bajo su vigilancia.

Esta legislación continuó vigente hasta 1983, año en que se modifica el artículo 503, se derogan los artículos 504 al 522, y se ordena seguir el procedimiento establecido en la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores en el Distrito Federal.

Quisiéramos destacar cómo la materia de menores en esta etapa de la historia posee dos jurisdicciones y sistemas diferentes de enjuiciamiento, y que los mismos no son exclusivamente por razón del fuero sino de organización y método.

Si bien en materia local en el Distrito Federal el órgano competente era un tribunal integrado por tres miembros especialistas en diversas materias, quienes actuaban como jueces, éstos debían recibir a los menores por turnos, es decir, cada uno instruía un procedimiento, hasta llegar al proyecto de resolución que sería visto por el Tribunal. En el caso del Tribunal Federal, el único que instruye y recibe informes es el Presidente, o sea, el Juez de Distrito, y los demás miembros del tribunal se limitan a hacerle llegar los estudios médico y pedagógico, se adopta en la materia federal la figura del Juez único con diversos asesores.

2) Etapa de 1941 a 1974

A) ~~Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales del 26 de junio de 1941~~

El objetivo de esta Ley, según nos expresa la exposición de motivos, "es reunir todos los preceptos diseminados en distintas leyes y en el Reglamento que venía rigiendo la vida de los actuales Tribunales para Menores en un ordenamiento coherente y armónico que fije de manera expresa, y lo más amplia posible, tanto el funcionamiento de aquellos Tribunales como las normas más indispensables del procedimiento".¹⁴⁵

La iniciativa sustenta el criterio de que los tribunales para menores no tienen propiamente el carácter de tribunales judiciales, sino de organismos esencialmente educativos, formados por un médico, un educador y un jurista; esto es, que tratándose de menores, los jueces deben ser médicos sociales y no autoridades sancionadoras.

El objetivo de la Ley era integrar en un cuerpo normativo, lo establecido para el Tribunal por el Código de Procedimientos Penales, la Ley Orgánica de los Tribunales y el Reglamento de los Tribunales de Menores, y efectivamente lo hizo, ya que de 102 artículos, 75 son réplica exacta de disposiciones de los mencionados ordenamientos. Esta Ley fue criticada, dado que a pesar de iniciar un trabajo aglutinador, no se atrevió a extraer del Código Penal, lo contemplado por éste para los menores de 18 años; de hecho la competencia del Tribunal se continúa sustentando en lo establecido por la Ley Penal.

Esta legislación no debe desestimarse, ya que armoniza la integración del Tribunal y sus funciones, y organiza en forma coordinada las funciones y atribuciones de los órganos auxiliares, además de programar, a través de términos debidamente marcados, un proceso de menores, ágil y de corta duración.

La vida de la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento fue de aproximadamente 33 años, de los cuales 30 el Tribunal para Menores fue presidido por el Dr. Gilberto Bolaños Cacho. La mentalidad investigadora del Tribunal, con

¹⁴⁵ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito Federal . 3 de abril de 1941.

el paso de este largo tiempo, sufrió una transformación, ya que si en un principio se centró en encontrar la génesis delincencial del menor en los factores médico-hereditarios, posteriormente se pasó a la investigación de los factores sociales.

a) Punto de diferenciación

En este sentido, el Código Penal continuó siendo el ordenamiento rector de los derroteros de la justicia de menores; este Código establecía la presunción *iuris et de iure* de que el menor de 18 años debía ser sujeto a medidas educativas y correctivas, sin embargo, la minoría de dicha edad no está considerada como causa de inimputabilidad (se supone aunque no se especifica). Quien marca esa diferenciación es la doctrina, que justifica esa separación, ya que presupone que dicho individuo menor de esta edad no posee las capacidades de un adulto.

La inimputabilidad del menor es tema ampliamente discutido. Algunos autores se desgarran las vestiduras por tratar de justificar de una y mil formas que el menor de cierta edad es incapaz; otros marcan la diferencia, simplemente en una política criminal, acorde con el medio internacional. Lo cierto es que en este Código se establece la edad límite para la frontera de un proceso penal, con todas las consecuencias que ello implica de respeto a sus garantías individuales y un proceso de menores con implicaciones diferentes.

b) Hipótesis de intervención estatal

La hipótesis de intervención en esta Ley continúa siendo la referencia del Código Penal, esto es, la infracción a las leyes penales como lo establece el artículo 119; así lo determina el artículo primero de la ley en comento al establecer la competencia del tribunal.

De hecho, Gilberto Bolaños Cacho, en una conferencia dictada en el mes de agosto de 1969, establecía la limitación del campo de acción del Tribunal cuando relata

"¿Qué se hace en el Tribunal para hacer el trabajo tan limitado que tenemos para combatir, para controlar la llamada delincuencia juvenil? esperamos que el niño claudique, ¡error social de lo más grave! , cuando las leyes del tribunal nos sujetaban a ese principio, muchas personas llegaban: Señor, vengo a traerle a mi hijo porque se está manejando muy mal, no, no podemos, no tenemos facultades para recibirlo por que no ha cometido ninguna falta, entonces el padre o la madre le decían: Hijo vete a robar allá enfrente una fruta, y lo agarraba

el gendarme. Y ahora si tenemos derecho, qué error tan grande, obliigar a claudicar para tener facultades.

Ahora claro, no recuerdo yo si ~~ellos~~ nos faculta o si nos hemos tomado esa facultad, pero si nos la tomamos, para eso se hicieron las leyes, para infringirias en beneficio del público, ~~nosotros si tomamos ahora muchachos que potencialmente están a punto de claudicar...~~¹⁴⁶

De igual forma, García Ramírez nos muestra al comentar la Ley que crea el Consejo Tutelar, que se trata de un adelanto legislativo el contemplar el estado de peligro en la nueva legislación, ya que la Ley para Tribunales y el Código Penal "atribuían a éstos (Tribunales para Menores) potestad para conocer, por modo exclusivo, de las conductas que infringiesen las normas punitivas."¹⁴⁷

Azaola, citando a Castañeda, nos menciona que "la policía tutelar estaba facultada para aprehender a los menores que asistieran a centros de vicio como cabarets, salones de baile, cantinas, etc. ... Además auxilió a los maestros de las escuelas dependientes de la SEP resolviéndoles casos de menores que constituían problemas por desordenes de conducta".¹⁴⁸

La extensión arbitraria de la competencia del Tribunal, respecto de los menores en estado de peligro y de los incorregibles, que confirma Bolaños Cacho, fue legitimada en 1974 con los Consejos Tutelares; sin embargo, debemos explicarnos que dicha competencia de facto no fue cuestionada conforme a derecho, ya que existían dos elementos externos principales que lo impedían: en principio, la poca o nula participación de abogados postulantes que la cuestionaran; y en segundo lugar, que la tesis Castañeda seguía marcando los derroteros del amparo en materia de menores infractores, estableciendo la naturaleza social del Tribunal.

De hecho, como se verá mas adelante, esta atribución extralegal es discutida nuevamente con preocupación por el constituyente de 1964, en las reformas del artículo 18 Constitucional.

¹⁴⁶ Bolaños Cacho, Gilberto.- *Los Menores Infractores*.- Secretaría de Gobernación, Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, México 1973, pp. 11 y 12.

¹⁴⁷ García Ramírez, Sergio.- *Legislación Penitenciaria y Correccional*. Cárdenas Editor, México. 1978. p. 273.

¹⁴⁸ Azaola, Elena.- *Op Cit.* p. 273.

c) Jurisdicción

En esta legislación encontramos una jurisdicción especial para menores muy completa, desde las funciones de policía hasta la ejecución de sentencia o resoluciones, pasando por los tribunales, y el proceso es exclusivo para menores que infraccionan las leyes penales.

Atento a que se trata de la unificación de las leyes y reglamentos que se encontraban vigentes en los años 30's, la estructura del Tribunal es similar y sólo plantea algunas modificaciones respecto a que los jueces serían nombrados ahora por el Presidente de la República a propuesta de la Secretaría de Gobernación; se abandona el examen de oposición para acceder al cargo, se crea un artículo referente a las atribuciones de éstos; se les faculta para investigar quejas de los menores en los centros de observación y se omite su inamovilidad.

Respecto de las instituciones auxiliares, se clarifican las funciones y las atribuciones de los titulares.

El artículo 7 de la Ley establece que son instituciones auxiliares de los Tribunales para Menores:

I. El Centro de Observación e Investigación.

II. Las casas-hogar, escuelas correccionales, escuelas industriales, y escuelas de orientación, así como reformatorios para anormales que en lo sucesivo se creen o se incorporen al Departamento de Prevención Social;

III. El Departamento de Prevención Tutelar o sus agentes, desempeñarán con respecto a los menores las funciones de policía común.

Se establece que el Centro de Observación e Investigación se integre por una casa de observación y por las secciones investigadoras; estas últimas son: la de investigación y protección; pedagógica; médico-psicológica y paidográfica.

Por otro lado, sujeta al Director del Centro a cuidar que no se mezclen los menores de edad diversa, por lo que deberá formar grupos de prepúberes, púberes, y postpúberes. Asimismo, establece la prohibición de maltratos corporales y otorga un catálogo de sanciones para aplicarse en la Casa de Observación, que van desde la persuasión hasta los plantones, pasando por la exclusión de grupos, autopropuesta de castigos, suspensión de visitas, etc. (Arts. 32 y 33).

La Sección de Investigación y Protección tenía como objetivo estudiar al menor en el medio social (familiar y extrafamiliar) y su actuación en dicho medio (Art. 36).

La Sección de Pedagogía debía estudiar a los menores desde el punto de vista de su educación, antecedentes escolares y extraescolares y proponía las bases para su tratamiento pedagógico (Art.42).

La Sección Médico-Psicológica tenía por encargo el estudio de la personalidad psicológica de los menores (Art. 43). Para tal efecto se dividía en la Sección Médica, que estudiaba los antecedentes patológicos, hereditarios y personales, además de realizar el examen antropométrico, y en la Sección Psicológica, cuya tarea se basaba en realizar el estudio del desarrollo mental de los menores, su constitución y funcionamiento psíquico. Es ésta la sección a la cual se le dota de mayores facultades y atribuciones respecto de la investigación del menor, ya que primordialmente del resultado de los informes emitidos dependía la suerte del menor.

La Sección Paidográfica tenía como encargo la elaboración de la estadística de todos los casos sometidos a los tribunales de menores (Art. 57).

Una de las características que marcan la diferencia en esta legislación fue la creación de la policía tutelar o, como lo nombraba la Ley, el Departamento de Prevención Tutelar, que era el único facultado para aprehender a los menores. Desafortunadamente, como es la constante en materia de menores infractores o delincuentes, la falta de presupuesto o la poca preparación de las autoridades o funcionarios, la convirtió en una oficina cuya función se reducía a "un instrumento de presentación a las autoridades de los menores delincuentes, ya que sus elementos carecen de la preparación necesaria para poder dar al menor el trato adecuado que en cada caso merece y para comprender el problema que tortura al joven delincuente".¹⁴⁹

d) Proceso

En este sentido, los adelantos de la Ley son relacionados con la estancia de los menores en el Centro de Observación durante el tiempo absolutamente

¹⁴⁹ Ruíz de Chávez. Leticia.- *Op. Cit.* p. 715.

indispensable para que se le hagan los estudios que pidan los jueces (Art. 69), el término de diez días para su entrega al juez instructor, las formalidades que deben llenar los proyectos de resolución presentados por la ponencia al Pleno del Tribunal y algunas disposiciones respecto a los objetos de delito. Conserva la tendencia científica del juzgamiento, basado al igual que las legislaciones precedentes en la observación, estudio de la personalidad del menor, sus antecedentes hereditarios y sus condiciones sociales, tratando de descubrir el abandono moral o material, así como el peligro de perversión.

e) Legislación

Encontramos entonces, a nivel nacional, la normatividad depositada a nivel federal en el Código Federal de Procedimientos Penales y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, por lo que hace a los tribunales federales para menores, presididos por el Juez de Distrito, y en el Distrito Federal por la ley comentada. En relación a las instituciones, proceso y tratamiento, en ambos casos la hipótesis de intervención estatal, es lo dispuesto por el Código Penal, cuando menos en el aspecto dogmático o legislativo; es decir, se continúa respetando el principio de tipicidad.

f) Consecuencia jurídica

Sin modificación alguna, las medidas que podía aplicar el Tribunal, según reza el artículo 80, serían las establecidas por el artículo 120 del Código Penal, antes visto. En este sentido, la Ley fue criticada dado que se "facultaba a los jueces a imponer sanciones que señala el Código Penal, lo que debía quedar fuera de su competencia por tener el tribunal un carácter "administrativo" y no judicial, siendo esta la única autoridad facultada por la Constitución para imponer penas".¹⁵⁰

Quisiéramos apuntar que no sólo por el hecho de que las sanciones estuvieran en el Código Penal debían ser impuestas por autoridades formal y materialmente jurisdiccionales, sino también porque la naturaleza de la medida en la que la restricción de la libertad por un término definido es en sí misma una pena, medida que puede estar contemplada en el Código o en otro ordenamiento jurídico. Si bien algunos autores argumentan que la medida privatoria de la libertad que se impone a los menores es similar a la que se impone a los adultos inimputables, podríamos argumentar que existe una diferencia importante a los objetos de dicha medida.

¹⁵⁰ Azaola. Elena.- *Op. Cit.* p. 73.

Por un lado, los adultos inimputables no pueden responsabilizarse de sí mismos y no conocen la trascendencia de la privación de la libertad; por ello, en muchas ocasiones no tienen la capacidad para sufrir y darle sentido a la restricción ~~de sus derechos y no pueden interpretar la medida como un castigo, como una retribución por el mal realizado, como un medio para lograr su arrepentimiento.~~

A diferencia de los adultos inimputables, los menores, si bien desconocen o, mejor dicho, se presume que desconocen las consecuencias de sus actos y por eso son inimputables, no desconocen las consecuencias de la realización de dichos actos, y por más que se les trate de convencer de que la privación de su libertad es con el objeto de protegerlos, ninguno de ellos cree en la benevolencia de las palabras y siempre interpretarán la medida como un castigo, pena y/o retribución.

Atento a la herencia cultural occidental que se posee, la restricción para ejercitar un derecho, sobre todo el de la libertad, no puede interpretarse más que como la consecuencia de la realización de una acción reprobada por una autoridad con el poder suficiente para restringir dicho derecho.

Esta interpretación y las lamentaciones de encontrarse en privación de la libertad, no pueden provenir de inimputables sin conciencia de sí mismos y de su realidad; es por ello que rechazamos la postura de que las medidas para los menores infractores, por el hecho de no encontrarse en el Código Penal, son medidas **proteccionistas** y tutelares y que, por tal, dejaron de tener legislativamente, en el discurso oficial y académico, un carácter penal.

La Ley, a lo largo de su vida, fue objeto de críticas severas por parte de autores y académicos; el objeto de la crítica se basaba principalmente en la naturaleza del Tribunal, la naturaleza de las medidas y la omisión de respeto a las garantías individuales en el proceso.

g) Establecimientos para ejecución

Durante el periodo cardenista se fundaron dos nuevas escuelas de tratamiento para menores infractores, que recibieron el nombre de Escuela Hogar, una para varones y otra para mujeres. Estas se sumaron a las dos ya existentes desde el Porfiriato y a las que recientemente se les había cambiado el nombre de Correccional (a la de varones) y Reformatorio (a la de mujeres) por el de Casas de Orientación, una para varones y otra para mujeres.

Llama la atención que muy pocos establecimientos correccionales hayan sido edificados en la ciudad por los sucesivos gobiernos posrevolucionarios, pues salvo las instalaciones del Tribunal para Menores, que fueron construidos exprofeso, el resto se establecieron en edificios expropiados a conventos o han permanecido en las instalaciones construidas para este propósito desde el Porfiriato, las que han sido una y otra vez reacondicionadas.

En los años treinta se expropió el convento de las monjas de la Divina Infantita, situado en la avenida Revolución 110, en donde se instaló la recién creada Escuela Hogar para Mujeres y poco después, por un decreto emitido en 1937, se trasladó ahí el Tribunal para Menores. La Escuela Hogar para Mujeres se mudó posteriormente a Tlalpan, en la residencia que perteneció durante la Colonia al conde de Regla.

En 1940 existían, además del Tribunal (que contaba con una Casa de Observación para hombres y otra para mujeres), tres escuelas de tratamiento para menores infractores varones, de las que pronto quedaron sólo dos, y dos escuelas para mujeres.¹⁵¹

h) Derecho

De hecho, podríamos considerar, al hacer una revisión integral de la legislación, que las características de los tribunales para menores se dan desde la reforma jurídica penal de los años treinta y las mismas se conservan en un periodo histórico hasta el fin de la vigencia de la Ley Orgánica de 1941, con la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores en 1974; es por ello que las críticas que exponremos a continuación son viables, independientemente de la fecha de las revistas en que fueron publicadas.

Carlos Franco Sodi, consideró que el reconocimiento de que los niños delincan es el resultado del ambiente social y familiar, así como de sus enfermedades físico-psíquicas heredadas por padres alcohólicos, sifilíticos tuberculosos, epilépticos, etc., provoca que no se castigue al niño, quien no se ha colocado por su gusto en dicha situación, sino someterlo a medidas tutelares a fin de reparar el mal hecho por la sociedad y evitar se convierta en el delincuente de mañana. De tal forma, "los tribunales para menores son a la vez una previsión y

¹⁵¹ Azaola. Elena.- *Op. Cit.* p. 74.

una reparación, una defensa del Estado y un desagravio para las víctimas de un régimen social injusto".¹⁵²

Alberto R. Vela considera que:

"Los Tribunales de menores en México tienen encomendada una función de suma importancia, como es la imposición de medidas, sobre todo preventivas, en niños y jóvenes que han manifestado síntomas de temibilidad por haber ejecutado actos o incurrido en omisiones que en su aspecto formal tienen el carácter de delitos, para llevar o reconducir a los mismos al buen camino evitando así que, en el futuro lleguen a desarrollar una personalidad antisocial".¹⁵³

"Es lástima que la labor de los tribunales de menores, en nuestro medio, se halle tan restringida que no puedan intervenir sino cuando ya los menores han causado daños; esto les resta eficacia y no los pone en condiciones de prevenir la delincuencia precoz, la más dolorosa de todas, sino la reincidente".¹⁵⁴

De tal forma, sugiere que "los tribunales de menores, deben estar facultados para ampliar su radio de acción a fin de que, en los sitios públicos en las escuelas y aún en los hogares si es preciso, ejerzan influencia saludable".¹⁵⁵

Considera que el juez de menores es el único que puede lograr los objetivos más satisfactoriamente, ya que puede contar con asesores. Propone que se exija ser juez de carrera; así podría tener, como figura individual, mayor facilidad para sondear el espíritu de los pequeños como lo haría un buen padre de familia.

Héctor Solís Quiroga expresa que

"Los Tribunales para Menores (del Distrito y Territorios Federales), están organizados por su Ley Orgánica que rige el procedimiento, la calidad técnica de los estudios y el cumplimiento de su resoluciones. A pesar de ello podemos decir que, si bien es cierto que los estudios etiológicos de la conducta del menor minuciosamente hechos en mayor parte de los casos, en cambio el tratamiento para los menores se descuida constantemente, dejándolo en manos inexpertas e incultas y sin medios eficaces siquiera para dar instrucción escolar y preparación vocacional. Agrega que la protección de la infancia es casi nula en la República, el panorama general es de desorganización, salvo algunos puntos blancos de las labores desarrolladas por algunos técnicos apóstoles, casi siempre ignorados.

¹⁵² Franco Sodi, Carlos.- "Los Menores y la Readaptación Social". *Criminalia*.- Año I, No. 8 Abril de 1934. México.

¹⁵³ Vela, Alberto. "Los Tribunales de Menores, Organo de Prevención Social", *Criminalia*, Año I, No. 1934, p. 62.

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ *Idem*.

Puede decirse que los Tribunales para Menores se han pervertido en México y que su labor casi no previene la delincuencia ni la reincidencia de los menores, salvo en verdaderos casos de excepción".¹⁵⁶

El Dr. Fernando Arilla Baz comenta que, según al artículo 15 del Código Penal, la minoridad penal no constituye en México, una causa de inimputabilidad, y que por lo mismo no constituye una causa de exclusión de la pena, "pues el artículo 24 del mismo Código, que enumera las penas y medidas de seguridad, menciona en su inciso 17, las medidas tutelares para menores". Según aclara este autor el artículo 119, al disponer "que los menores de dieciocho años que cometan infracciones a las leyes penales, serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa, no tiene otro alcance que el de señalar finalísticamente la sanción especial a que se les somete" y asegura que dicha sanción es penal y no tutelar. Afirma que en nuestro Derecho no existe distinción entre medida de seguridad y pena, y aunque si la hubiera "el menor de dieciocho años sería sujeto capaz de pena, pues de acuerdo con el derecho positivo en vigor, puede ser sometido tanto a una medida doctrinariamente educativa, como a una pena común. Y lo confirma diciendo que "en la Ley Orgánica de los Tribunales para Menores dispone, en su artículo 87 "si el menor cometiere una grave infracción o demostrare alguna temibilidad; se le aplicará la sanción correspondiente, con las atenuaciones que procedan, a juicio del Tribunal".

Critica este artículo, pues considera que frustra los fines de educación y readaptación social para el tratamiento de la delincuencia juvenil e infantil, pues "Los Tribunales para Menores, deben atender exclusivamente a la personalidad del menor y no al alcance jurídico del hecho realizado".¹⁵⁷

Para este autor, lo adecuado para lograr readaptar al menor es la medida educativa, porque la finalidad es, citando al Código de 31, la "corrección educativa del menor".

Para Arilla Baz, los Tribunales para Menores en México más que nada, "realizan una función punitiva y no tutelar. La Ley Orgánica de los Tribunales Comunes para el Distrito y Territorios Federales declara, en su artículo 1o. que 'corresponde a los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, dentro de los términos que establece la Constitución General de la República, la facultad de aplicar leyes en asuntos civiles y penales del citado fuero' y seguidamente en su artículo 2º. agrega: la facultad a que se refiere el

¹⁵⁶ Solís Quiroga, Héctor.- "Estudio de Derecho Comparado. Los Tribunales para Menores en Bélgica, Ecuador y México en 1951", *Criminalia*. Año XXII, No. 9 Septiembre de 1958.

¹⁵⁷ Arilla Baz, Fernando.- *Op. Cit.* p. 51.

artículo anterior se ejerce: ...XII. Por Tribunales para Menores Delincuentes. Los preceptos transcritos... otorgan plenamente a estos la categoría de órganos jurisdiccionales, pues si tienen la facultades de aplicar leyes, no cabe duda de que dicen el derecho".¹⁵⁸

Roberto Solís Quiroga, en 1954, denuncia la problemática de los Tribunales para Menores, y la divide en tres órdenes:

- 1) Carencia de instituciones adecuadas.
- 2) Las Instituciones que existen requieren de una reorganización fundamental para cumplir con su papel.
- 3) Diversos preceptos legales vigentes de las leyes anteriores no se observan.

Denuncia la siguiente situación: que los menores permanecen más de treinta días en las casas de observación, ocasionando con ello una dañosa sobrepoblación; que se imponen castigos físicos a los menores, a pesar de estar prohibidos por la ley; no hay tratamiento individual para los menores; que el personal no está especializado y obtienen bajos sueldos, lo que les obliga a tener otros empleos; y que los locales son viejos, inadecuados y de poca capacidad en relación a la población; es indispensable una disciplina de trabajo para los menores, a fin de evitar largas horas de ociosidad y poner en contacto con ellos, personal con real preparación.¹⁵⁹ Además, el Lic. Héctor Solís Quiroga hacía patente su preocupación por los problemas que presentaba el Tribunal.

Uno de los principales problemas -explicaba- es la detención justa o arbitraria que la policía practica contra los menores de edad en lugares destinados para adultos, sin darles alimentos y sometiéndolos, en ocasiones, a tormentos que estarían bien para los trogloditas. El menor recibe un grave traumatismo psíquico al ser tratado como delincuente, como lo peor, lo más peligroso, lo más feroz. Argumenta que el fracaso en la función del Tribunal es atribuible a que:

- 1.- Para poder conocer a profundidad a un menor, se requiere estar en constante contacto con él, y no basta la observación científica incompleta que se realiza.
- 2.- Independientemente de la pobreza de nuestras instituciones... los funcionarios y empleados de los tribunales para menores y de las casas de tratamiento casi siempre llegan

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ Solís Quiroga, Roberto.- "La Delincuencia Juvenil en México". *Criminalia*, Año XX, No. 1, Enero de 1954, pp. 18, 19 y 20.

por amistad o influencias y frecuentemente son incompetentes, pues se designan para puestos técnicos a personas que no tienen las facultades requeridas.

3.- Los funcionarios y empleados están muy mal remunerados, y sólo se especializan quienes tienen clara inclinación al estudio de estos problemas, pero nunca por codicia.

4.- Ni tan siquiera se educa a los nuevos funcionarios y empleados, para que puedan cumplir su función específica.

5.- Las construcciones actuales, tanto en los centros de observación como de las instituciones en que se alojan los menores, son notoriamente inadecuadas. Frecuentemente son casas viejas. Pero las nuevas construcciones no son capaces tampoco de disminuir el contagio mental, el fenómeno de la imitación.¹⁶⁰

La profesora Emma Sánchez, en 1958, preocupada por la situación de los tribunales de menores publicó una entrevista con el Lic. Luis Fernando Lozano, juez del Tribunal en su época, en la que dicho funcionario realiza revelaciones interesantes.

Manifiesta, en relación a la función resocializadora del menor, que: "El efecto reeducador de dicho tribunal sobre los menores infractores es nulo, pues se ha considerado que la reclusión en el tribunal sólo sirve para entrenar a los menores en la delincuencia". Esta opinión la basa principalmente en testimonios propios de los menores sujetos a la acción del Tribunal con varios ingresos, opinión de una celadora de la Escuela de Orientación para Mujeres, quien confesó el desamparo físico y espiritual de las menores, así como el problema de la homosexualidad en dicha escuela: "Lejos de encontrarse en proceso de reeducación y de readaptación para una vida social útil, se incuban en ella (la escuela de orientación) toda clase de malas pasiones por falta de una atención apropiada, tanto en lo educativo como en lo espiritual... cuando llegan a obtener su libertad, lejos de haberse reeducado, se han transformado en un porcentaje que alarma, en verdaderas delincuentes".¹⁶¹ Respecto de los menores, el panorama es similar o peor según muestra en dicha entrevista.

Parece curioso que la autora de este artículo, atribuyendo un sentido eminentemente penal al tratamiento, ya que es precisamente la publicidad de la pena una de las características principales de la prevención general, elemento que no es compatible con las medidas de seguridad que se aplican principalmente a los inimputables, sugiere que:

¹⁶⁰ Solís Quiroga, Héctor.- "Panorama de la Delincuencia Juvenil".- *Criminalia*.- Año XX No. 3 marzo de 1954.- México. pp. 163, 164 y 165.

¹⁶¹ Sánchez, Emma.- "Algunas Reflexiones Sobre la Delincuencia Infantil".- *Criminalia*, Año XXIII, No. 5, Mayo de 1958, México. pp. 291 y Sig.

"Los niños deben saber cuándo cometen un delito para no exponerse a ser enviados a Tribunales de Menores y más tarde a la Penitenciaría. Mantenerlos ignorantes de los delitos y las penas para apresarlos en el momento oportuno, es proceder con premeditación, alevosía y ventaja.

Estas razones apoyan la necesidad de que en la asignatura de civismo de las escuelas primarias, correspondientes a los últimos grados se incluyan las nociones más simples sobre delitos y penas..."¹⁶²

Leticia Ruiz de Chávez expone que la experiencia obtenida mediante el estudio de todos los expedientes formados en el Tribunal para Menores del Distrito Federal,

"la llevó al convencimiento de que a pesar de los esfuerzos realizados por los educadores, psiquiatras, médicos y juristas, de nobles intenciones, el procedimiento para estudiar, en cada caso, la situación particular de los menores que han contravenido disposiciones de carácter penal o administrativo, se vicia por las rutinas burocráticas y por la falta de elementos materiales que permitan, en cada caso, el estudio cuidadoso del menor, así como de las medidas más convenientes para su adaptación al medio social. Basta citar algunos ejemplos para comprender cómo se requiere una reforma inmediata de los procedimientos seguidos contra los menores y así comprobar que a niños de seis y ocho años, por el sólo hecho de vender golosinas sin autorización o facilitar la adquisición para la entrada de diversos espectáculos son remitidos por la policía a las Agencias del Ministerio Público de las delegaciones del Distrito Federal, lugares en los que se inicia un verdadero calvario, ya que reciben el mismo trato que el que pudiera dársele al mayor delincuente, permaneciendo por varias horas en dichas oficinas hasta ser remitidos al Tribunal..."¹⁶³

De tal forma, sin perder de vista que por disposición del artículo 21 Constitucional el Ministerio Público es el encargado de la persecución de los delitos y la autoridad administrativa de la persecución de las infracciones, y que tanto en las agencias de los primeros como en las oficinas de los segundos los menores no reciben un trato adecuado, sugiere la creación de agencias especializadas atendidas por personal adecuado y especializado.¹⁶⁴

Edmundo Buentello en su artículo "Algunos Aspectos de la ideología terapéutica de la delincuencia infantil y juvenil en México",¹⁶⁵ en forma realista, otorga una visión diferente de la doctrinaria, interpreta el sentir de los menores sujetos a la acción del Tribunal y manifiesta que:

"Las medidas que tomamos cuando se detiene a un menor "para estudiarlo", tienen a nuestros ojos un fundamento teórico y nos dan el tiempo para hacerlo, pero, desde el punto

¹⁶² *Idem.* pp. 291 y sig.

¹⁶³ Ruiz de Chávez, Leticia.- *Op. Cit.* p. 715.

¹⁶⁴ *Idem.* p. 715.

¹⁶⁵ Buentello, Edmundo.- "Algunos Aspectos de la Ideología Terapéutica de la Delincuencia Infantil y Juvenil en México". *Criminología*, Año XXXVII, No. 1. Enero de 1971 pp. 40 y Sig.

de vista del niño es otra cosa: la ruptura de las ligas familiares en forma abrupta, y el que la actitud investigadora sea dulce, policial o de fiscalía, se sienten como ojos escrutadores, misteriosos, que pueden dar al acto del niño, sentidos bonachones o sadistas, ajustados al acto o desproporcionados, según la propia personalidad del investigador o del "team" que lo ejecuta"

Bajo esta perspectiva, en su trabajo propone diversos puntos que a su juicio podrían mejorar la administración de justicia para menores y que de alguna forma nos permite adivinar las carencias y defectos del Tribunal.

"Se han proyectado además las siguientes modalidades específicamente sobre la Ley de Tribunales para Menores:

1) que exista el recurso de revisión de las resoluciones de dicho Tribunal, primero ante el pleno total de jueces y al cabo de seis meses, como ejecución de sanciones ante el Departamento de Prevención Social.

2) que se tome la edad mínima de doce años y la máxima de dieciséis para ingresar a los Tribunales de Menores.

3) establecer medidas especiales e instituciones separadas, para delincuentes juveniles entre 16 y 21 años de edad.

4) ampliar el radio de acción de los Jueces de Menores, para que no se limiten a los casos previstos en el Código Penal vigente, sino que engloben, además, casos de menores perversos, pervertidos o en inminente peligro, aunque no hayan infringido las disposiciones legales;

5) ampliación de funciones de la policía tutelar para la protección de los menores en libertad, cooperación y la deserción escolar, actividades parasocial y semiparasitarias.

6) sustituir paulatinamente los grandes internados, substituyéndolos por grupos no mayores de 50 menores.

Asimismo, valora y cuestiona, en términos de conveniencia para el propio menor y la sociedad, la indefinición temporal de la medida a la que está sujeta el menor y considera que:

"La duración indeterminada de una medida institucional crea angustia e inseguridad en el niño; habrá que dedicarse a estudiar las bases psicológicas y jurídicas convenientes. La reeducación en internado da paupérrimos resultados si no es posible seguir la evolución de la conducta al terminario, orientando al menor y padres. La preparación del personal es agudo problema para el que no estamos suficientemente preparados".¹⁶⁶

¹⁶⁶ *Idem.* p. 43.

Constitucionalmente el Dr. Ignacio Burgoa cuestiona, de igual forma, la conveniencia de continuar con la Ley Orgánica, atento, según su criterio, a las diversas causas de inconstitucionalidad que se advierten en los textos de la misma.

Así, -explica- el artículo 3o. de la Ley Orgánica de los Tribunales para Menores, dispone que los nombramientos de los jueces de los tribunales para menores serán hechos por el Presidente de la República, a propuesta de la Secretaría de Gobernación. A su vez, el artículo 73 constitucional en su fracción VI, párrafo cuarto, establece que corresponde al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal la designación de todos los jueces que con cualquier denominación se creen en dicha entidad federativa. Salta a la vista la contradicción que existe entre dicho artículo 3o. y la prevención constitucional a la que se acaba de aludir.

El artículo 61 de la aludida Ley Orgánica ordena que el Departamento de Prevención Tutelar, que es una dependencia auxiliar del Tribunal para Menores, desempeñará en relación a los menores infractores las funciones de policía común y será el único facultado para aprehenderlos.

Bien es sabido que conforme al artículo 16 de la Constitución federal, sólo la autoridad judicial puede librar órdenes de aprehensión o detención. En consecuencia, dicho artículo 61 viola indubitablemente la disposición constitucional que se acaba de invocar.

Las detenciones de los menores exceden por mucho lo dispuesto por el artículo 19 constitucional. Es evidente que los menores son titulares de todas las garantías que otorga nuestra Constitución, contándose entre ellas la de seguridad jurídica, preconizada por el artículo 19 que se invocó. De ello resulta que no puede excluirse del goce de ninguna garantía constitucional al menor infractor con el pretexto de que éste no comete delitos ni es delincuente.

La Ley Orgánica deja al criterio del juez instructor la forma de practicar las diligencias, según lo establece su artículo 65, reconociendo arbitrio irrestricto al Tribunal para Menores para decretar el internamiento de éstos, según se advierte de su artículo 68. Ahora bien, dentro de este procedimiento ni el menor ni sus representantes legales, si los tiene, ni el agente del Ministerio Público en caso contrario, tienen intervención para aportar las pruebas conducentes al esclarecimiento de los hechos que se atribuyan al menor investigado, circunstancia que patentiza la violación que comete la mencionada Ley a la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional, así como a la garantía de legalidad que

este mismo precepto y el artículo 16 de la Ley suprema consignan, garantía que elimina todo poder arbitrario de parte de cualesquiera autoridad del Estado Mexicano.¹⁶⁷

Es evidente el debate que se erige en torno al tema; podemos identificar que el punto a discutir no es el tratar o no a los menores en unión con los adultos, o reunirlos en una misma institución, o que se les de educación de tal o cual manera, o que los jueces sean abogados o no, hombres o mujeres. El debate se centra siempre en que el sistema empleado por la doctrina tutelar viola las garantías constitucionales de los menores y que los eufemismos con los que se pretende legitimar a dichas instituciones, no logran desvirtuar la naturaleza penal, punitiva y de control social de este sistema de justicia.

B) Reforma al Artículo 18 Constitucional de 1964-1965

En la preocupación del Estado por el tratamiento de los delincuentes y los establecimientos penales, nos encontramos con que el Constituyente Permanente de 1964-1965, imprimió modificaciones al artículo 18 Constitucional, el cual, en su tercer párrafo establece que "La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores".

De hecho, el texto constitucional ha servido para los partidarios del sistema tutelar como justificación doctrinaria para legitimar a los tribunales administrativos que imponen penas, así como la falta de garantías individuales básicas procesales y la ejecución de sentencias.

Cuando el proyecto de reforma al artículo 18 Constitucional fue presentado ante la Cámara de Diputados el 13 de octubre de 1964, el dictamen fue retirado en un principio, en virtud de las sugerencias formuladas por el Partido Acción Nacional; posteriormente se formuló un voto particular de la fracción panista, representada para ello por los Lics. Felipe Gómez Mont y Guillermo Ruiz Vázquez, quienes proponían una adición al artículo en la que se contemplara que "Los menores de edad, los enfermos mentales, los toxicómanos, los ciegos y los sordomudos, que contravengan preceptos de una ley penal serán mantenidos en establecimientos distintos a los destinados a procesados o sentenciados, en la situación jurídica que les corresponda conforme a resolución de la autoridad

¹⁶⁷ Burgoa, Ignacio.- "Necesidad de una Nueva Ley Procesal en Relación con la Situación de los Menores en Estado Antisocial", *Revista Procesal*, Año III, No. 1, 1974, México, pp. 18 y 19.

judicial competente".¹⁶⁸ Posteriormente el dictamen pasó nuevamente a comisiones y en la sesión del 3 de noviembre de 1964 se propuso la redacción que tiene actualmente.

~~En el segundo dictamen de las comisiones encargadas de las Cámaras de Diputados, al hacer referencia al voto particular de Acción Nacional, expone que no existe "motivo para dejar de consignar expresamente una garantía a su favor (de los menores), a fin de asegurar que tanto la Federación como los Estados establezcan instituciones especiales para su tratamiento. Sin embargo, este último principio debe quedar al final del precepto para significar su separación del ámbito penal propiamente dicho".~~¹⁶⁹

Este dictamen fue discutido nuevamente por el promotor a fin de incluir en la Constitución una garantía especial para los menores, con el objeto de que fuesen internados en instituciones diferentes a las de los adultos. De esta forma, el Diputado Gómez Mont cuestionó nuevamente la situación de los menores y el derecho penal, y consideró que la redacción que se proponía ponía de relieve la adhesión al sistema positivista, haciendo la reflexión respecto de los menores que son detenidos por violaciones a los reglamentos, como el caso de los jóvenes quienes, por carecer de campos deportivos cercanos, juegan en la calle y son objeto de *razzias* y conducidos a las instituciones tutelares. Por ello, propuso se hiciese la modificación al proyecto en el sentido de que se hablase de menores infractores de la ley penal.

Este argumento fue discutido por el Diputado Flavio Vista Altamirano, representante de la Comisión Redactora, y en sus argumentos sostenía literalmente que

"... cuando se habla de preceptos de menores infractores; es indudable que nos estamos refiriendo a aquellos menores inadaptados sociales, y nunca pueda pensarse que un menor que juega en la calle por que no tenga donde practicar un deporte, o un menor vendedor que no tenga licencia puede ser un inadaptado social ... aquellos menores... que pudieran incurrir a reglamentos administrativos no irán a los establecimientos penales que indudablemente están destinados a inadaptados sociales".¹⁷⁰

El Diputado Gómez Mont habló nuevamente de su preocupación por que los menores estuvieran bajo el arbitrio y dominio absoluto del Estado, al adoptarse la teoría del estado peligroso, e insistió en su posición de adicionar la frase de "infractores a la ley penal".

¹⁶⁸ Diario de los Debates, de fecha 13 de octubre de 1964.

¹⁶⁹ Segundo dictamen. 2 de noviembre de 1964, p. 28.

¹⁷⁰ *Idem.*

La discusión del proyecto concluyó con la nueva intervención del diputado Vista Altamirano, expresando que:

"Entonces los menores infractores serán aquellos que infrinjan la ley penal, pero que por los motivos que dijimos anteriormente, no pueden ser sujetos a los procedimientos ordinarios.

Entonces resulta antitético incluir en un precepto constitucional frases que no correspondan a la jerarquía constitucional y que están perfectamente explicados en cuanto a su sentido..."¹⁷¹

De esta forma, nos percatamos que el concepto de menor infractor en el artículo 18 Constitucional se identifica necesariamente, por el promotor de la reforma y por el representante de la comisión redactora del proyecto, con los menores que infrinjan las leyes penales, conservando de esta forma la tradición jurídica mexicana respecto de no tomar en cuenta las infracciones administrativas y la incorregibilidad, aunque sea sólo formalmente, ya que en la realidad el Tribunal, como hemos visto, se arrogaba atribuciones extraordinarias en este sentido. Por otro lado, la reforma constitucional se refiere a los lugares o instituciones de tratamiento y no a los tribunales, consejos o juzgados de proceso, por lo que no puede ser interpretada dicha reforma como la legitimación constitucional para sostener tribunales formalmente administrativos y materialmente jurisdiccionales, ni tampoco puede ser una justificación para limitar o eliminar las garantías individuales de los menores en materia de proceso y de ejecución de sanciones como muchos autores pretenden hacerlo.

Por otro lado, la Constitución se refiere a los menores que cometen delitos y no infracciones. Es obvio que la violación al pensamiento constituyente con la Reforma del 1974 fue tolerada, ya que, al igual que las anteriores legislaciones, el cuestionamiento constitucional era una puerta cerrada, amén de que no se permitía la participación de abogados particulares y de que los promotores no estaban autorizados para interponer el amparo.

Estas idas y venidas respecto de las hipótesis de intervención estatal en el pensamiento del Constituyente en este caso, y luego en el legislador ordinario, han permitido que la justicia de menores navegue en un mar de confusiones escudadas de grandes neblinas que impiden ver las constantes violaciones a la ley común, a la Constitución y principalmente a los derechos humanos de los menores sujetos al proceso "científico" de los Consejos Tutelares y Tribunales Tutelares.

¹⁷¹ *Idem.*

3) Etapa de 1974 a 1992

A) Los consejos tutelares

En el año de 1973, bajo el periodo de Gobierno del Lic. Luis Echeverría, se convocó al Primer Congreso Nacional sobre el Régimen Jurídico del Menor, en el que participaron numerosas instituciones públicas y privadas, así como profesionales de diversas áreas académicas que tuviesen que ver con el menor.

En el discurso inaugural se hizo patente la voluntad política y la decisión presidencial de abordar la problemática de los menores con soluciones y procedimientos eficaces, anunciada desde la campaña electoral.

Esta disposición fue acogida con entusiasmo por académicos universitarios y, así, tanto autoridades gubernamentales como la Secretaría de Gobernación, las Procuradurías, el I.N.P.I. y la U.N.A.M. convocaron a este Congreso en el que participaron profesionales de todo el país y discutieron diversos temas relacionados con los menores.

El Congreso se celebró del 11 al 18 de agosto de 1973, y las ponencias relacionadas con el tema "*El Tratamiento del Menor en Estado Antisocial*" fueron revisada en la IV comisión.

La mayoría de las ponencias presentadas relativas al tema cuestionaban el sistema del Tribunal para Menores y proponían sistemas diferentes para el tratamiento del menor en estado antisocial.

Siempre se partió, en forma indiscutible, de la idea de que el menor había salido del derecho penal, y digo en forma indiscutible porque cada ponente basaba su propuesta en doctrinas y en la opinión de los "demás autores" y la consideraba como una "verdad universal". Bajo este marco, las propuestas giraban alrededor de dicha "verdad" e iban desde la crítica al marco legal del Tribunal, hasta el tratamiento, pasando por la escasa remuneración a los jueces, la mala preparación de los profesionales que daban el tratamiento, la alimentación raquítica en las instituciones y la falta de presupuesto para la realización de los programas. Se cuestionó también el sistema de edad para determinar la minoría penal y se proponían pruebas de discernimiento.

Se propuso la creación de nuevos órganos, de aumentar las facultades de intervención del Tribunal, a fin de que no sólo se ocupara de los menores que cometían delitos, sino también de los menores abandonados, infractores de los reglamentos y los menores en estado de peligro. Igualmente se proponía la creación de una policía especial para menores, así como un representante de los menores, distinto del Tribunal, que velara por los intereses del menor y de sus familiares.

Existió una preocupación especial respecto del marco legal del Tribunal, en el que consideraban que existían resabios penales en el sistema empleado, ya que las facultades del Tribunal y las medidas aplicables estaban establecidas en los Códigos Penales. Asimismo se discutió lo relacionado con las garantías constitucionales de los menores en el proceso, y se propusieron reformas constitucionales para federalizar la materia, para hacerla una excepción del sistema penal. respecto a las garantías del procesado, la reducción del término para determinar el tratamiento al término constitucional de 72 horas, etc.

De todas las ponencias presentadas debemos destacar principalmente cuatro: la elaborada por Teodoro Lavín González, quien realiza un profundo estudio con el objeto de probar que los tribunales para menores son inconstitucionales; la de Sergio Vela Treviño, que se esfuerza por demostrar lo contrario; la de Luis Rodríguez Manzanera, cuyo criterio posteriormente cristalizaría en su participación en la comisión que casi 20 años después redactó una nueva ley para menores infractores; y la ponencia presentada por la Secretaría de Gobernación, que sería aprobada por los integrantes de la Comisión para el establecimiento de los Consejos Tutelares.

Consideramos importantes dichas ponencias por los argumentos que sirven como sustento a las propuestas que elaboran, ya que son precisamente los argumentos que siempre se han presentado desde la creación de los tribunales para menores en México, de acuerdo al marco constitucional existente en aquella época y que no es diferente del actual.

a) Teodoro Lavín parte de que la minoría de edad no está considerada en el artículo 15 del ordenamiento punitivo como una causa excluyente de responsabilidad, por lo que un menor puede resultar responsable de acuerdo al Código. El artículo 24 de dicho ordenamiento considera dentro de las penas y medidas de seguridad a las "medidas tutelares para menores", por lo que los menores son responsables, sujetos a medidas tutelares.

Por otro lado, cuestiona la constitucionalidad de los tribunales que los juzgan, al no estar contempladas en la Ley fundamental, y hace lo propio con el procedimiento cuando en el artículo 133 de la Constitución se establece la necesidad de que los tribunales y el procedimiento deban "arreglarse a la Constitución"

Considera que el Tribunal para Menores se opone al principio de la División de Poderes, porque el artículo 49 autoriza la unión de dos poderes sólo en el caso de facultades extraordinarias para legislar, en las hipótesis del artículo 29 (suspensión de garantías) y 131 (comercio exterior); sin embargo, no existe artículo constitucional que permita ceder facultades jurisdiccionales al Ejecutivo, caso concreto del Tribunal para Menores.

Asimismo, el artículo 41 dispone que los estados deben, en el caso de sus regímenes interiores, ser congruentes con la Constitución, por lo que adoptarán el mismo sistema de división de poderes, y como el artículo 21 Constitucional establece que "la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial resulta incuestionable que ni las leyes federales ni las locales pueden otorgar el *ius puniendi* a órganos diferentes a los del Poder Judicial".¹⁷²

Los tribunales para menores, agrega, ejecutan actos que afectan bienes jurídicos de los menores, y al no pertenecer al Poder Judicial, carecen de competencia constitucional. Pese a la tesis de que a los menores no se les imponen penas sino medidas tutelares, por ser de naturaleza educativa, este argumento resulta inadmisibles, ya que la Constitución no autoriza las medidas de seguridad o educativas, sino únicamente penas, amén de que la privación de la libertad (excepto por violación de reglamentos administrativos y de policía) debe ser decretada por la autoridad jurisdiccional.

De tal forma que, cuando el Tribunal para Menores impone medidas que constitucionalmente hablando son penas, sin ser autoridad judicial, rompe el principio de división de poderes y por tanto es inconstitucional.

Si bien el artículo 18 Constitucional reformado habla de instituciones especiales para el tratamiento de menores, este artículo habla de los regímenes penitenciarios, por lo que son instituciones de ejecución y no órganos de decisión.

¹⁷² Primer Congreso Nacional del Régimen Jurídico del Menor. P.G.R. México. 1973. Tomo III.- pp. L-G-4.

Los menores, en la Constitución no son objeto de restricción alguna. por lo que el menor en cualquier circunstancia será acreedor de las garantías constitucionales. Por ello, cuando es privado de la libertad debe ser como resultado de un proceso jurisdiccional y no administrativo. También argumenta que el único autorizado por la Constitución para la persecución de los delitos es el Ministerio Público, lo que se traduce en garantía el hecho de que a nadie puede serle aplicada una pena sin previo ejercicio de la acción penal.

Si bien es cierto que se argumenta que el proceso de menores no se trata de un proceso de orden criminal, y no son aplicables las garantías de los artículos 14, 16 y 20 de la Constitución, también lo es que la garantía de audiencia debe ser respetada por cualquier tipo de autoridad, y en el caso de los procesos de menores ante el Tribunal, dicha garantía no se respeta.

De tal forma, el autor de la ponencia propone que se establezca en la Constitución una garantía en la que el menor será sometido a un tratamiento rehabilitador, previo procedimiento en el que será oído, por sí o por sus representantes legítimos o un tutor especial que designe el órgano.

b) Por otro lado, Sergio Vela Treviño considera que, de acuerdo a la legislación aplicable, el menor de dieciocho años carece absolutamente de imputabilidad, por lo tanto es incapaz de cometer delitos; asimismo, considera feliz el término de menores infractores, ya que si bien puede ser una conducta típica y antijurídica, no puede ser delictiva, por provenir de un inimputable, por tal razón, al ser la imputabilidad un concepto ajeno al tratamiento de menores, debe darse una concepción jurídica diferente y autónoma para someter a los menores a un tratamiento legal.

El autor defiende la constitucionalidad de los tribunales, al invocar el último párrafo del artículo 18 Constitucional; sin embargo, pese a su terminante afirmación escribe: "No cabe duda, creo yo, que son precisamente los Tribunales para Menores las instituciones especiales que existen para el tratamiento de los menores, lo que implica una legitimidad de origen de dichas instituciones y que permite sostener la constitucionalidad de ellos".¹⁷³ Este comentario confirma nuestra postura acerca de la inseguridad doctrinaria respecto del sentido e interpretación del último párrafo del artículo 18 Constitucional.

¹⁷³ *Idem*. Tomo III. pp. V.T.6.

A pesar de la duda, este doctrinario parte de que el fundamento constitucional de los tribunales para menores es el artículo 18, y como consecuencia no es posible cuestionar el procedimiento que se sigue en dichos tribunales por medio de un análisis lógico contradictorio con el proceso penal para adultos, ya que, efectivamente, ~~si se realiza de tal forma existirán grandes incongruencias con el proceso tutelar y el pensamiento del constituyente de 1917. Vela Treviño considera~~ que se trata de fenómenos distintos, no es lo mismo buscar la certidumbre del delito y del delincuente para aplicar una pena, que obtener la certeza de la medida adecuada y razonable tendiente a la protección del menor infractor y a la sociedad misma.

Se trata de procedimientos distintos que buscan finalidades diferentes, por ello es que el análisis contradictorio no es aplicable al estudio de dichos procesos.

Argumenta que los tribunales para menores no contradicen el texto del artículo 13 Constitucional, porque los mismos no "juzgan a una persona determinada", sino que el procedimiento tiende a la precisión de las medidas tutelares que en tratamiento educativo, readaptativo o curativo sean adecuadas. Por otra parte, los tribunales para menores no son precisamente tribunales, de los que habla el artículo 13, ya que como lo menciona el artículo 18 son simplemente "instituciones especiales para el tratamiento de menores", por ello propone eliminar el nombre de tribunal y otorgar otro diferente a esta institución y así evitar las confusiones.

Respecto del procedimiento seguido en estas instituciones, explica que es un procedimiento especial en el cual pueden concurrir las características de los sistemas acusatorios o inquisitivos del proceso penal, pero lo que lo hace diferente es precisamente la finalidad del mismo. El primero busca si hubo delito y delincuente, el segundo es tutelar, pero siempre con la idea de que éste no es un delincuente, sino el autor de una conducta antisocial.

Expone que las características esenciales del procedimiento especial son:

- Libre acceso a los tribunales, para el planteamiento de las cuestiones. A diferencia del proceso penal, en el que el único autorizado por la Constitución para excitar al órgano jurisdiccional es el Ministerio Público, en este proceso tanto la autoridad como los padres, tutores o custodios del menor, o cualquier persona, hacen del conocimiento del Tribunal las situaciones interesantes para éste.

- No existe controversia, ya que no existe acusación ni defensa, puesto que no existen partes con intereses contrarios, sino una comunión de posiciones respecto de la tutela y protección del menor.

- El procedimiento es libre, ya que los tribunales no están obligados a formalidades especiales para el desempeño de su función, por lo que tienen la libertad más absoluta para determinar su propio procedimiento.

- El procedimiento es privado, a diferencia del penal que salvo, excepciones justificadas, es público.

- Falta de certeza legal de las resoluciones que pronuncian los órganos tutelares del menor, dado que en materia de menores nunca puede considerarse que una resolución haya quedado como verdad legal; primero porque no existen medios de impugnación y segundo porque en cualquier momento las resoluciones pueden ser modificadas.

El autor considera que el procedimiento de menores no contradice la garantía de audiencia establecida en el artículo 14 de la Constitución, porque el menor efectivamente es oído en el proceso; no se trata de una audiencia formal, sino de una audiencia especial, puesto que en el procedimiento de menores no existe contradicción y por ello la audiencia no puede ser similar a un juicio penal o civil. De igual forma, cuando este precepto constitucional se refiere a las formalidades esenciales del procedimiento, ya que el procedimiento relativo a menores es libre, no existen formalidades que cumplir, y atento a que las formalidades a las que alude dicho precepto son derivadas de un juicio, en materia de menores el procedimiento no puede considerarse como tal, como consecuencia no existe violación al artículo 14 Constitucional.

En relación a la garantía de legalidad que contempla el artículo 16, el autor menciona que, en el caso de los menores, es el artículo 18 el que satisface tal presupuesto, ya que las instituciones especiales para el tratamiento de menores tienen su sustento legal en el último párrafo de dicho artículo, por lo que su mandato es legítimo de origen. Respecto de la fundamentación y motivación, tomando en cuenta la finalidad protectora de los tribunales, podrá decirse que la actividad de los tribunales es fundada siempre que exista un motivo que considere necesaria una medida tutelar o la necesidad de investigar la medida pertinente.

Por lo que se refiere a la garantía de legalidad en el proceso penal, señala el artículo 19 que se debe justificar toda detención con un auto de formal prisión; el

caso de los menores no se sujeta a la misma, ya que los menores no se someten a un proceso penal, sino a uno tutelar.

En relación al término "retención" que emplea el artículo constitucional, ~~considera que el caso de los menores es idéntico al de los enfermos infecciosos,~~ que pueden ser retenidos en un hospital sin que se requiera un auto de formal prisión para ello, ya que en ambos casos la finalidad de la medida es la que la legitima.

El artículo 20 señala que las garantías en los juicios penales corresponden a los juicios criminales, y éstas no se aplican a los procedimientos tutelares.

Respecto a la garantía de pena que se regula en el artículo 14, el autor considera en apariencia una pena restrictiva de la libertad puede ser similar a una medida dictada por los tribunales para menores, cuando esta última implica la retención del menor. Sugiere que este problema debe ser resuelto en función de la naturaleza y finalidad de una y otra. La pena es resultante de un delito cuya finalidad es represiva, sancionadora y readaptativa, en cambio la medida aplicable al menor es tutelar, reeducativa o educativa, pero siempre y en todo caso con ánimo proteccionista en favor del menor.¹⁷⁴

c) La ponencia presentada por Luis Rodríguez Manzanera nos parece importante incluirla en el presente análisis, ya que, como mencionamos anteriormente, plasma las características de una concepción sobre la justicia de menores que en 1991 sería adoptada por el legislador para dar vida a la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, que rompe violentamente con buena parte de las concepciones proteccionistas y tutelares que desde principios de siglo dieron nacimiento de la justicia de menores.

Rodríguez Manzanera consideró que el sentimentalismo es uno de los obstáculos más poderosos para tratar objetivamente el asunto de la justicia de menores.

Afirma que la realidad indica que los menores de edad pueden cometer delitos, esto es, acciones u omisiones sancionadas por las leyes penales y que una lastimosa confusión ha llevado a considerarlos como menores infractores y no delincuentes. La fuente de dicha confusión fue que antiguamente se creía que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad. Rodríguez Manzanera manifiesta su adhesión a la idea de que ésta es un presupuesto de la punibilidad,

¹⁷⁴ *Idem.* Tomo III, pp. V-T-8.

esto es, que a un menor no se le puede aplicar una sanción o pena en el sentido jurídico retributivo del término, pero ello no implica que el delito no haya sido cometido.

Por ello, así como los menores participan de los elementos positivos del delito, así deben participar de los elementos negativos, como la ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación e inculpabilidad. Bajo este concepto, a los inimputables no se les aplica una pena sino una medida de seguridad de acuerdo a su peligrosidad.

Propone que se diferencie a los menores delincuentes de los infractores y los abandonados o desamparados, con el objeto de no seguir cometiendo el error de la instalación promiscua, y seguir internando en el mismo lugar a menores con escasa o nula peligrosidad con los delincuentes habituales o profesionales.

Propone dos reformas constitucionales: la primera para federalizar la legislación para menores; y la segunda al artículo 18, para realizar la diferencia entre menores infractores y delincuentes.

Considera que uno de los problemas más graves es que los menores no pueden gozar de las más elementales garantías que otorga la Constitución en materia procesal, y considera absurdo que más de la mitad de la población no tenga acceso a las garantías y recursos en materia penal.

Propone que las garantías deben respetarse en los procedimientos para menores, y son: probarse los elementos del delito; cuando el delito no merezca pena corporal, o sea alternativa, el menor debe ser puesto en libertad; en delitos que se persiguen a petición de parte, el Tribunal no puede actuar de oficio; en delitos culposos, principalmente accidentes de tránsito, deben gozar de las mismas garantías que los adultos; cuando existan excluyentes de responsabilidad, se debe decretar la libertad de inmediato; el menor debe saber de qué se le acusa y el nombre de su acusador; el menor debe poder presentar pruebas y defenderse; sólo deben ser detenidos en flagrancia o mediante orden de detención y; debe probarse la presunta responsabilidad.

Establece que los tribunales para menores son instituciones de naturaleza jurisdiccional, por lo que sólo deben conocer de delitos y dejar a otras instituciones la protección y amparo de menores no delincuentes.

Propone en relación a las instituciones de orientación y tratamiento, una serie de características tendientes a la prevención de la delincuencia.¹⁷⁵

d) La Secretaría de Gobernación, por medio de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, presentó una ponencia elaborada por su Director General, Dr. Francisco Nuñez Chávez, y por el Dr. Héctor Solís Quiroga, intitulada "Una Reforma Integral de los Tribunales para Menores del Distrito Federal".

Como mencionamos anteriormente, esta ponencia sirvió como base primordial al Presidente de la República para la elaboración de la iniciativa de ley de los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales.

La ponencia inicia destacando los avances científicos en materia penal del presente siglo, hasta el nacimiento del derecho tutelar, aplicado principalmente a los menores. Acepta, como la mayoría de los congresistas, que el menor ha salido del derecho penal y cada una de sus propuestas las basa en la doctrina y ejemplos de legislación extranjera. Menciona que los tribunales para menores han cumplido con decoro la misión establecida por las leyes, pero que es momento de realizar una profunda revisión para incorporarse a la labor de readaptación social emprendida por el Gobierno Federal, bajo el designio de integrar un panorama general de atención moderna, científicamente orientada y progresista.

Propone continuar con una orientación jurisdiccional tutelar, a fin de que el menor no sea objeto de imposición de penas ni se le siga un proceso criminal; sin que el procedimiento esté desprovisto de garantías individuales.

Propone asimismo, la eliminación de los términos de jueces y tribunales para menores, ya que poseen resonancia punitiva, y sugiere el nombre de Consejo Tutelar para Menores, que elude la palabra tribunal, que apunta hacia la legislación de adultos y diluye la resonancia penalista. Considera la necesidad de que se integre en forma colegiada, como lo han sido los Tribunales para Menores, proponiendo la conveniencia de que uno de sus miembros fuere mujer.

La ponencia contempla la creación de una Sala Superior que en la legislación anterior no existía.

¹⁷⁵ *Idem.* Tomo IV. pp. R-M-: 1 a 13.

En relación a la competencia, reconoce que a nivel internacional existe diversidad de criterios respecto de esta materia, ya que algunos países adoptan el sistema de conocer las conductas que contravienen las leyes penales, conservando la garantía de tipicidad, y otros que incorporan además, con sentido preventivo, a quienes infrinjan normas reglamentarias, delincuencia potencial, proclividad delictiva, abandono, corrupción actual o peligro de corrupción, etc.

Reconoce que en la legislación del Distrito Federal impera el principio de tipicidad; sin embargo, aconseja que se extienda la competencia tutelar a los estados de peligro, dotando al Consejo de un mayor papel preventivo, pero sólo en los casos que revistan interés criminológico, y no simplemente asistenciales. Propone un procedimiento especial en el que los menores no se sientan sometidos a un proceso criminal, pero que cuente con las medidas conducentes al esclarecimiento de los hechos y la comprobación de la participación del menor en éstos, así como una profunda investigación de su personalidad, además de encontrar los mecanismos para asegurar el egreso de los menores cuando se considere aconsejable, sin perjuicio de la consecución del procedimiento, así como abreviar los plazos de estancia del menor en la institución.

Hace gran énfasis en que en el periodo de instrucción del procedimiento es básico, por la necesidad de la observación institucional o, en el medio libre, para conocer la personalidad del menor.

Propone la creación de la figura del Promotor de Menores, cuyo cometido sea la vigilancia de una recta impartición de justicia, observando la debida aplicación de la ley e impidiendo que ésta se confunda o desvíe en perjuicio de los intereses legítimos del menor.

En relación a las medidas, propone dos especies, la externación con o sin vigilancia, y la de internamiento, recomendando la primera, ya que solo de esta forma se podrá dotar al niño o al adolescente de un medio normal para el buen desarrollo de la personalidad.

Por último, recomienda que los estados de la República adopten estas recomendaciones en sus legislaciones especializadas en menores.¹⁷⁶

¹⁷⁶ *Idem.* Tomo I, pp. A-P: 1 a 13.

Volviendo al Congreso, de todas las ponencias se obtuvo la propuesta de 15 puntos que fueron aprobados por la mayoría de los asistentes de la mesa de trabajo. Dichos puntos fueron:

- 1.- ~~Debe ser sustituida la actual legislación para menores infractores, recomendándose una reforma legislativa integral sobre las bases propuestas en la ponencia de la Secretaría de Gobernación.~~
- 2.- Los Tribunales para Menores deben convertirse en Consejos Tutelares, cambiando sus procedimientos actuales.
- 3.- Las medidas aplicables a los menores tendrán carácter protector. No serán represivas ni penales.
- 4.- Los Consejos tutelares para Menores sólo deberán conocer de las conductas que serían delictivas si se trataran de mayores de edad, de las violaciones a los reglamentos de policía y buen gobierno, y de los menores que se encuentren en estado peligroso. No se deben atender en los Consejos Tutelares casos de asistencia.
- 5.- Los procedimientos seguidos a menores en estado antisocial, deben ser sencillos y rápidos, con privacidad y recomendándose en lo posible, la conciliación del procedimiento. El procedimiento de readaptación debe tener un apoyo en los dictámenes de un cuerpo técnico multidisciplinario emitidos en los centros de observación.
- 6.- Se deben dictar disposiciones que eviten la publicidad de conductas de menores en estado antisocial, así como de los casos sometidos a un procedimiento tutelar.
- 7.- Los menores en estado antisocial no deben quedar internados en ningún caso en lugares de reclusión para adultos.
- 8.- El personal que intervenga en el conocimiento y tratamiento de menores en estado antisocial debe ser personal debidamente seleccionado y preparado.
- 9.- Las medidas de tratamiento en instituciones abiertas y semi-abiertas serán preferidas a las aplicadas en instituciones cerradas.
- 10.- Se debe procurar la participación de la familia y de la escuela como elementos de la readaptación del menor en la que no se descuide la terapia ocupacional.
- 11.- Los centros dedicados a la readaptación social deben contar con instalaciones que respondan a un criterio adecuado de clasificación de los menores en estado antisocial, especialmente en lo que se refiere a la peligrosidad y edad.
- 12.- Se propone que se establezca un sistema de capacitación del personal técnico y auxiliar que labore en los Centros de Observación y Readaptación.
- 13.- El criterio de readaptación debe ser eminentemente técnico y humano.
- 14.- En los centros de tratamiento se establecerán sistemas técnicos adecuados para atender a menores farmacodependientes.

15.- Los miembros de los Consejos Tutelares deben observar la ejecución de las medidas que hubieren acordado, manteniendo permanentemente vinculación con los centros de tratamiento.

El proceso legislativo se inició el 26 de noviembre de 1973 con la Exposición de Motivos del Ejecutivo, en la que se reproducían las ideas y argumentos utilizados por la Secretaría de Gobernación en la ponencia presentada ante el Congreso.

La Cámara de Senadores realizó consultas a colegios de profesionales, visitó las instituciones de menores, tuvo la visita de reconocidos profesionales y funcionarios del ramo y convocó a un desayuno al Dr. Sergio García Ramírez, en aquel entonces Subsecretario de Gobernación, quien, según se desprende de la lectura de los debates, proporcionó argumentos muy sólidos para que los legisladores votaran dicha ley. El proyecto fue objeto de un gran número de modificaciones y, finalmente, fue publicada el 24 de agosto de 1974.

B) Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal de 1974

Esta novedosa y comentada ley vino a sustituir a la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales, de 1941.

En su artículo primero justifica la función de este nuevo órgano del Estado encargado de la administración de justicia de menores, dejando atrás la denominación de Tribunal para Menores y pasando a la nueva denominación de Consejo Tutelar para Menores Infractores. La denominación del Juez cambia a Consejero y se indica que tiene por objeto promover la readaptación social de los menores; asimismo, se establece la minoría de edad a los dieciocho años y se continúa con la tradición de que la base del procedimiento es el estudio de la personalidad, con el objeto de la aplicación de medidas correctivas, de protección, de vigilancia y de tratamiento.

a) Punto de diferenciación

Como podemos pensar, en este sentido se considera como una verdad absoluta que el menor de 18 años es un ser inimputable, por lo que es necesario crear un sistema jurídico diferente del adulto, ya que, como lo establecen sus promotores, el concepto de imputabilidad es ajeno a la materia de menores. Es por

tal razón que hubo de cambiarse el nombre a la institución. La intención continúa siendo la protección del menor; sin embargo, la finalidad no fue cumplida ya que proteger al menor del medio criminógeno en el que se desenvuelve por medio de un tratamiento integral, ~~ya lamentablemente volverlo al mismo medio criminógeno, y así en repetidas ocasiones, hasta en tanto es mayor de edad y puede ser objeto de la justicia para adultos, no puede representar que la institución cumpla cabalmente con los fines para los que fue creada. Por otro lado, el propósito es proteger a la sociedad, también fue insatisfecho atento a que se hacía por un brevísimo período de tiempo, que podía ir de 3 meses a 2 años, según la gravedad del delito cometido, en donde ni los padres del menor, ni la víctima, ni la sociedad en general quedaban satisfechos. Es precisamente en la actualidad esta situación la que hizo ver a la justicia de menores, bajo esta ley y bajo este aparato burocrático, en un ámbito judicial permisivo y promovente de conductas antisociales, para el menor de edad, ya que le asegura la impunidad. De igual forma, por los resultado de sus gestiones parecía que en la justicia de menores más importaban los números, las estadísticas y que no se saturen los centros de tratamiento, que un verdadero tratamiento integral al menor delincuente, que lo posibilitara a funcionar socialmente y que le asegurara a la comunidad que en un futuro ese menor no sería un peligro para ella.~~

b) Hipótesis de intervención estatal

Esta ley establece que la competencia del Consejo Tutelar será conocer, además de las infracciones a las leyes penales, las de policía y buen gobierno, y se agrega el denominado "estado de peligro", que es definido por la Ley en el artículo segundo, como el estado en que los menores manifiesten o hagan presumir ~~fundadamente~~ una inclinación a causar daños, a sí mismos, a su familia o a la sociedad y ameriten, por lo tanto, la actuación del Consejo. En el estado de peligro se incluyen a los llamados "menores incorregibles".

Como se observa, la competencia de los órganos estatales de administración de justicia para menores ha sido principalmente, a excepción de los tribunales administrativos de 1926 y el Tribunal de 1928, conocer de las conductas típicas cometidas por los menores; sin embargo, a lo largo del desarrollo y evolución de los tribunales para menores, la infracción a reglamentaciones administrativas y el estado de peligro habían sido incorporados en forma arbitraria a la competencia de dichos órganos jurisdiccionales. Es esta Ley que crea los Consejos Tutelares en la que se regularizan esas facultades. El Tribunal, por una interpretación extensiva de la función social que supuestamente lo animaba, actuaba extendiendo su

jurisdicción sobre los menores que habían cometido infracciones y sobre los menores abandonados, y lo hacía de hecho, sin base ni fundamento jurídico que lo facultara a ello, por lo que esta Ley que comentamos, con el objeto de acallar las críticas vertidas sobre dicha legislación, contempla nuevamente las conductas despigadas por los menores que violan los reglamentos administrativos y las que hagan presumir que pueden ser peligrosos, como en aquellos inicios de los tribunales para menores, en una tendencia eminentemente positivista o criminológica.

c) Jurisdicción

Respecto de su estructura, menciona que el Consejo Tutelar para Menores se integrará por un Pleno formado por un presidente, licenciado en derecho, y los consejeros integrantes de las Salas; cada Sala se integrará por tres consejeros numerarios, hombres y mujeres, que serán un abogado, el Presidente de la Sala, un médico y un profesor especialista en menores infractores; de igual forma, nos encontramos nuevamente con la tradicional toma de decisiones colegiada y de la participación plena de abogados, médicos y profesores.

Esta Ley, como nos lo explica Sergio García Ramírez, distingue entre el personal del Consejo y los Organos Auxiliares de éste en sentido estricto, esto es los Consejos Tutelares Auxiliares a los que alude el artículo 4, y el personal de los Centros de Observación, a que alude el artículo 17. En este artículo surgen nuevas figuras como el presidente, los consejeros supernumerarios, los promotores y los consejeros auxiliares.¹⁷⁷

Como se expresa, el Consejo Tutelar para Menores estaba integrado por:

1. Un presidente, que presidía las sesiones del Pleno y coordinaba y vigilaba el procedimiento y los asuntos relativos a la administración de los Centros de Observación.
2. Tres consejeros numerarios para cada Sala.
3. Tres consejeros supernumerarios.
4. Un secretario de acuerdos del pleno.
5. Un secretario de acuerdos para cada Sala.
6. Un jefe de promotores y los miembros de este cuerpo.
7. El personal técnico y administrativo necesario.

¹⁷⁷ García Ramírez, Sergio.- *Legislación Penitenciaria y Correccional*, p. 279.

Las funciones de los consejeros numerarios podrían concentrarse en las siguientes: ser instructores en los casos que les fueran turnados; recabar elementos e informes necesarios para la resolución del Consejo; elaborar los proyectos de resolución y someterlos a la consideración de la Sala; recabar los informes periódicos del tratamiento de los menores en los centros de observación; visitar los centros de observación y tratamiento.

El jefe de promotores dirigía y vigilaba el ejercicio de las atribuciones del cuerpo de promotores.

El promotor intervenía en todo el procedimiento y en el tratamiento: vigilaba la fiel observancia del procedimiento; debía estar presente en las comparecencias ante el consejero; proponer pruebas y estar presente en su desahogo; formular alegatos e interponer recursos; podía formular ante el presidente excitativas para que los consejeros resolvieran dentro de los términos que establecía la Ley; debía solicitar la revisión anticipada de las medidas impuestas, con el fin de que estas medidas fueran modificadas, ratificadas o cesaran, y, como consecuencia, se dictara la liberación incondicional del menor; recibía instancias, quejas e informes de quienes ejercían la patria potestad, para hacerlos valer ante el órgano del Consejo que correspondiera; visitaba a los menores en los centros de observación y tratamiento; vigilaba que los menores no fueran detenidos en centros de reclusión para adultos; y denunciaba ante la autoridad la contravención de esta medida. Esto es, no sólo correspondía al promotor vigilar el procedimiento, sino que también aseguraba el respeto a los derechos del menor, un buen trato y la marcha correcta de las medidas de tratamiento en los centros de observación y tratamiento.

Lamentablemente, esta figura se convirtió en un mero auxiliar al servicio del consejero tutelar: tomaba declaraciones, proyectaba resoluciones, etc. La teórica independencia de este cuerpo de promotores, se convirtió en realidad en una absoluta subordinación al consejero.

d) Procedimiento

Respecto del procedimiento, el Pleno se reunía dos veces por semana en sesión ordinaria, para conocer de los recursos interpuestos por los promotores contra las resoluciones de las Salas.

Las Salas conocían de los proyectos de resolución definitiva de los consejeros adscritos y resolvían sobre los impedimentos de los consejeros y de las revisiones del tratamiento de los menores que estaban bajo su jurisdicción.

Los consejeros estaban en turno diariamente durante las 24 horas y se encargaban de instruir los procedimientos que les fueran turnados.

Cualquier autoridad a la que le fuera presentado un menor infractor debería remitirlo al Consejo Tutelar y ordenar su traslado al Centro de Observación.

Al recibirse al menor en los centros de recepción se registraba su ingreso y era atendido por una trabajadora social, la que lo escuchaba y trataba de lograr la localización de los padres del menor o responsables para informar sobre su ingreso al Consejo; posteriormente se enviaba al menor al Servicio Médico para la elaboración de dictamen sobre su estado de salud, indicando las lesiones que presenta o, en su caso, la detección de enfermedades infecto-contagiosas.

A continuación, el menor era presentado ante el consejero instructor de turno y, estando presente el promotor, se le informaba de las causas por las que había quedado a disposición del Consejo.

Inmediatamente después, se tomaría al menor su declaración con el objeto de establecer las causas de ingreso y sus circunstancias personales, con el propósito de acreditar los hechos y la conducta atribuida a éste. Con base en los elementos reunidos, el instructor debería emitir de plano, en un término de cuarenta y ocho horas, su resolución básica o inicial, la que puede ser en los siguientes términos:

- a) Libertad incondicional.
- b) La entrega del menor a sus padres o representantes, quedando sujeto a la continuación del procedimiento.
- c) La internación a un centro de observación.

Esta resolución era la base del procedimiento, sin embargo, si dentro del transcurso de éste aparecían nuevos elementos que indicaran la presencia de otra infracción, el consejero podía modificar su resolución y establecerla en nuevos términos.

Después de emitida la resolución básica, el instructor contaba con quince días para integrar el expediente; en dicho lapso se escucha al menor, a sus familiares, a la víctima, al promotor, etc., se recababan estudios de personalidad, así como el

informe de comportamiento que el menor había observado en el centro de observación. Se le practicaban estudios sociales, psicológicos y pedagógicos.

Con todo lo anterior el consejero instructor redactaba el proyecto de resolución, que sería puesto a consideración de la Sala a la que estuviera adscrito. Dentro de los quince días siguientes se celebraba la audiencia para dar a conocer el proyecto. El Pleno de la Sala dictaba la resolución definitiva y la notificaba al promotor, al menor o a sus encargados. Dentro de los cinco días siguientes, se integraba por escrito la resolución y se comunicaba a la autoridad ejecutora.

Las resoluciones definitivas podían ser:

- a) La libertad incondicional del menor, caso en que será entregado a sus padres o representantes legales.
- b) La internación en las unidades de tratamiento correspondiente.

Estas resoluciones tendrían una duración indeterminada, sin que el procedimiento o las medidas puedan ser alteradas por acuerdos de tribunales o por la propia autoridad ejecutora.

Cada tres meses la Sala debía revisar de oficio las medidas que hubiere impuesto para conocer los resultados del tratamiento, pudiendo ratificar, modificar o hacer cesar tales medidas.

Cuando por medio de la Sala se resuelva una medida diferente a la amonestación, sería impugnable mediante el recurso de inconformidad del que conoce el Pleno.

El objeto de tal recurso era la revocación o la sustitución de la medida acordada por no haberse acreditado los hechos atribuidos al menor o la peligrosidad de éste, o por habersele impuesto una medida inadecuada a su personalidad.

El recurso podía ser interpuesto por el promotor por sí o a instancia de los representantes del menor, dentro de los cinco días siguientes a la notificación. El presidente citaría a sesión dentro de los cinco días siguientes para conocer del recurso. Se escuchaba al promotor y a los encargados del menor, se recababan las pruebas ofrecidas, se analizaba la idoneidad de la medida impuesta y se determinaba de plano lo que proceda.

Deseamos apuntar, como en otras ocasiones, que muy a pesar de la naturaleza proteccionista de la Ley, de acuerdo al discurso oficial y doctrinario, la naturaleza penal de la materia que regula no puede ser pasada por alto y la hermandad con la justicia penal de adultos no puede dejar de ignorarse, y como es el caso, en la parte del procedimiento, la Ley hace constantes reenvíos al Código Penal y al Código de Procedimientos Penales, en tanto las formalidades de las notificaciones, la aplicación de objetos o instrumentos de las conductas irregulares de los menores y los impedimentos.

e) Legislación

En este punto debemos reconocer que la materia de justicia de menores se encuentra integrada en un sólo ordenamiento, en el caso del Distrito Federal, pese a que en materia federal persiste el sistema que vimos líneas arriba cuando revisamos el Código Federal de Procedimientos Penales, en relación a los tribunales federales para menores, sistema que hasta 1983, o sea, nueve años después de publicada la Ley que crea los Consejos Tutelares, se adoptó su sistema para el caso de los Juzgados de Distrito que tuvieren que erigirse como tribunales para menores; por tanto, es hasta este momento en que debemos considerar que tanto la justicia federal como la del Distrito Federal adoptan una legislación homogénea, diferente de la legislación penal para adultos. Es importante apuntar que en el artículo transitorio primero de la Ley que crea el Consejo Tutelar, se derogan los artículos 119 a 122 del Código Penal, referentes a las medidas aplicables a menores, pero solamente por lo que hace al Distrito Federal, quedando vigente, por consecuencia, para toda la República en Materia Federal. Curiosamente, es hasta diciembre de 1991 cuando la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores deroga por completo estos artículos del Código Penal, eliminando todo resabio de menores en dicho ordenamiento punitivo.

f) Consecuencia jurídica

La Ley contempla una serie de medidas que, de acuerdo al artículo 61, pretenden la "readaptación social del menor"; para ello se establecía la libertad vigilada, ya en el seno de la familia o en algún hogar sustituto, o en su caso, el internamiento en la institución que corresponda.

La vigilancia de la libertad estaría a cargo de la Dirección de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social. Esta medida, si bien en teoría

resultaba noble y pertinente, en la realidad se convirtió en una medida inútil, ya que la falta de presupuesto para sostener a un nutrido grupo de trabajadoras sociales que realizaran esta vigilancia, hizo que menores que ingresaban a los centros de observación reingresaran en un gran número de ocasiones, logrando salir en breve tiempo en libertad vigilada. Esta medida, más que un medio para lograr algún efecto que influyera en el menor hacia la adaptación social, se convirtió en el medio que garantizaba su impunidad, hasta que alcanzara la mayoría de edad, casos en los que con frecuencia y por el fracaso del tratamiento, el individuo fue y es objeto de la brutalidad de la justicia penal.

Por otro lado, el internamiento en la institución debía ser adecuado para el tratamiento del menor, considerando la personalidad de éste y las demás circunstancias que concurran en el caso. Desafortunadamente, la frecuencia con que los menores que habían ingresado a estas instituciones, era grave. En promedio, un menor que había cometido un delito leve, tenía una estancia de aproximadamente 6 meses; en el caso de un delito grave, como robo con violencia, violación, etc., un año, y en delitos muy graves como homicidio de uno a dos años; sin embargo, los criterios de externamiento no eran uniformes, ya que en algunos casos, a los ojos de los menores internos, existían otros cuyas conductas habían sido más graves que las propias y salían antes, sólo porque sus padres iban a verlos más seguido, o alguna otra causa incomprensible para quien sufre la privación de la libertad, no para los teóricos y autores de las leyes.

Todo esto nos hace reflexionar si efectivamente la justicia de menores es un tema importante para la sociedad o solamente es una herramienta que permite, a quien manifiesta su preocupación por el tema, tener una imagen que lo ayude a salir en las marquesinas del humanitarismo y la filantropía, ya que al momento de proporcionar los recursos para llevar a cabo los objetivos de la Institución, nunca se hace con la suficiencia tal que permita alcanzarlos.

g) Establecimientos para ejecución

Realmente no existieron nuevas instalaciones desde los años cuarentas hasta los ochenta, cuando se fundó en Tepepan una Escuela para Menores Infractores con Problemas de Aprendizaje (conocida como EMIPA), y una Casa Juvenil, ubicada en Coyoacán, para muchachos externados de las escuelas para varones que carecieran de familia.

Sin embargo, en 1985, independientemente de las dos instituciones anteriores que aún subsisten, se resolvió unificar a las escuelas de tratamiento en sólo dos unidades: la Unidad para Varones, que fusionó a la Escuela Hogar con la Casa de Orientación de Varones y que se ubica en Tlalpan; y la Unidad para Mujeres, que también fusionó a los dos establecimientos existentes en uno solo que se halla en Coyoacán.¹⁷⁸

Por tal, a partir de esas fechas sólo existían la Escuela para Varones en San Fernando, Tlalpan, la de Mujeres en Coyoacán y EMIPA en Tepepan, Xochimilco.

h) Derecho

Nos es dado hablar en este momento, por la justificación ideológica elaborada por los doctrinarios y adoptada por los legisladores, que estamos frente a un derecho de naturaleza tutelar. Sin embargo, no podemos sustraernos a la ideología imperante y a las buenas intenciones del legislador, cubiertas por un halo de bondad y humanidad. Las instituciones correccionales no dejaron de parecer cárceles y el procedimiento no dejó de ser arbitrario e inconstitucional, como lo veremos posteriormente, a la luz de la resolución de un asunto de inconstitucionalidad resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que los mismos vicios que han sido denunciados desde la aparición del primer tribunal para menores en México, se infiltraron abiertamente en este prometedor pero ineficiente sistema de justicia para los menores.

Como podemos adivinar, a esta Ley, desde su principio, fue necesario defenderla doctrinariamente, ya que desde la concepción de la misma en el Congreso del régimen jurídico del menor, se vislumbran procedimientos totalmente diferentes al modelo criminológico que adopta. A pesar de la argumentación en pro de la Ley, no parece convencer que su procedimiento, sus instituciones y sus consecuencias jurídicas estuviesen totalmente apegadas a las garantías otorgadas en la Constitución.

Uno de los logros más importantes de la Ley que crea el Consejo Tutelar es la homologación legislativa, ya que en el término de dos años se adopta por todas las legislaturas de los Estados.

¹⁷⁸ Azaola, Elena. - *Op. Cit.* p. 75.

Esta posición tutelar garantizaba el sentido y el derecho de la sociedad de dar tratamiento a los menores infractores; el Consejo Tutelar cumplió su función en su época.

A lo largo de este trabajo se ha puesto en evidencia el debate apologético del sistema tutelar, que en resumen se funda en los siguientes puntos:

1) El menor es inimputable, por tanto no comete delitos, sino infracciones; por tal acción no es acreedor a penas, sino a medidas de educación y protección. Es por ello que se encuentra fuera del marco penal en la función del Estado, en el ejercicio del *ius puniendi*, y se encuentra inscrito dentro del marco de asistencia social, bajo la característica asumida por él mismo en función de la patria potestad.

2) Como los menores no son criminales, se encuentran fuera del derecho penal y se sujetan a la patria potestad del Estado; las restricciones a sus derechos, incluso su libertad, están en función del derecho de educar y corregir que otorga la patria potestad al Estado y a todo padre o depositario de ésta; las garantías individuales en materia de legalidad y en materia penal, consagradas en nuestra Constitución, no son aplicables a su caso, ya que ellas están diseñadas para adultos criminales y no son considerados actos de autoridad las acciones de los padres o tutores encargados de los menores.

3) Atento que en el ejercicio de la patria potestad, el Estado pretende proteger a toda la infancia en peligro de caer en un estado antisocial de hecho o prevenir que esto suceda, no es necesario que los órganos estatales encargados se sujeten al principio de tipicidad.

4) El tribunal o consejo es un órgano de respuesta social y no penal, por lo que no es necesario para intervenir en la vida privada de los menores y restringir sus derechos, ventilar en su seno la legalidad o comprobación de los elementos típicos del delito cometido por el individuo, sino su desarrollo biopsicosocial, que permita descubrir o adivinar su posible antisocialidad.

Por lo anterior, su estructura se compone por áreas a cargo de profesionales relacionados con el estudio de la conducta humana, maestros, médicos, psicólogos, criminólogos, trabajadores sociales, abogados, etc. cuyo objetivo es la búsqueda de los elementos antisociales en la personalidad del menor para aplicar una medida y no comprobar la comisión de un delito.

5) Que el fundamento constitucional para la contemplación de estos órganos, dentro del marco jurídico nacional, es el artículo 18, cuarto párrafo.

6) Dado que en el proceso no se busca encontrar la verdad histórica sobre un hecho o un delito, sino las características de personalidad del sujeto, no es necesario la presencia de formalismos que permitan una defensa del individuo, como el derecho a no rendir declaración, de interpelar a testigos de cargo, la presunción de inocencia, la facultad de interponer recursos en contra de las resoluciones, sino que éstos son sustituidos por pruebas y juicios científicos de personalidad infalibles, que no pueden ser combatidos, ni siquiera cuestionados.

7) Como el Estado actúa en el ejercicio de la patria potestad, puede descalificar el desempeño de los padres o depositarios originarios en esta responsabilidad y privarlos de su ejercicio, con el sólo fundamento de encontrarse su hijo en un pretendido o real estado de abandono moral o material, comprobado por esas pruebas y juicios científicos infalibles.

8) Como lo que se busca es la educación del niño o adolescente en conflicto con la ley, no es necesario que las autoridades prefijen el tiempo en que el menor estará privado de sus derechos, sino este término estará sujeto a valoraciones científicas, que también son infalibles y por tanto irrefutables.

La crítica más álgida se centraba respecto al estado de peligro en que se plasmaba la idea de los delitos de autor, figura ampliamente criticada por los estados democráticos. Bajo este concepto no es necesario que se acredite que el sujeto cometió un delito o una infracción, y sólo porque resultado del estudio de su personalidad presume que puede llegar a cometerlo, el Estado debe intervenir bajo la política de la prevención, con una idea paternalista con la que puede justificarse la limitación de garantías del individuo en forma arbitraria.

En ocasiones se internaba al violador y al violado, al golpeador y al golpeado, esto es, a la víctima y al victimario y a los menores que eran sujetos del abuso de la sociedad, de sus padres, del abandono de los mismos y de la violencia y la agresión social.

Por otro lado, la ley representaba una injusticia, ya que en materia de violaciones a los reglamentos de Policía y Buen Gobierno, mientras un adulto tenía como máximo una sanción de 36 horas de arresto, el menor podía ser sujeto a internamiento por años.

En atención a esta situación, comienza en México un reclamo de carácter social respecto del quehacer del Estado en el conocimiento de las conductas de los menores infractores.

III. EL MOVIMIENTO GARANTISTA EN MÉXICO

Doctrinariamente, en México el tema cobra auge a través de modernos penalistas que retoman los argumentos que cuestionaban el sistema tutelar y reinician un nuevo embate doctrinario destacando la inconstitucionalidad del sistema tutelar, cuestionando principalmente la orientación de la ley y de la anulación de las garantías individuales en el proceso, así como la hipótesis de intervención estatal relacionada con el estado de peligro. De esta forma, los críticos del sistema tutelar toman posiciones respecto de que la justicia de menores, al amparo de este tipo de leyes, debe ser modificada, ya que vulnera de manera flagrante las garantías constitucionales de los menores y, además, establece un sistema penal inaplicable en un Estado de Derecho. Todo este sistema inscrito en una demanda exacerbada de respeto a los derechos humanos y a las garantías individuales.

Así, Luis de la Barreda, en su artículo "El Menor ante el Derecho Penal", escrito en 1982, cuestiona en forma seria el sistema tutelar para menores, enfocando su estudio en aspectos primordiales, como el caso del criterio de la imputabilidad para diferenciar el sistema penal de adultos del de menores. En su crítica, hace alusión a la incongruencia jurídica de que un menor adquiera la imputabilidad en el preciso momento de cumplir los 18 años de edad, como si el paso de un día a otro diera la madurez necesaria que requiere el imputable para ser culpable en derecho penal; de igual forma, un menor tendrá esa capacidad psíquica o no de acuerdo en el Estado de la República en que se encuentre, atenta la diversidad de criterios empleados por éstos para fijar el límite de edad para ser sujeto de derecho penal. Por otro lado menciona que

"...Un niño de cinco años quizá no pueda comprender el disvalor de una conducta fraudulenta, pero probablemente si entienda por lo que se le ha enseñado en el hogar, que es ilícito golpear a su hermanita. Este infante será inimputable en el primer caso, imputable en el segundo, debido a que la imputabilidad depende a veces, del caso particular. Por la misma razón que hay adultos imputables o inimputables, hay menores imputables e inimputables".

179

¹⁷⁹ De La Barreda Solorzano, Luis. "El Menor Ante el Derecho Penal". *Revista de Ciencias y Humanidades "A"* U.A.M. Vol III, No. 5, enero- abril de 1982. México. p. 108.

En relación al menor y al derecho penal, afirma que "debe descartarse el subjetivismo que pretende hacer creer que los menores están "fuera" del derecho penal. Esta cantinela parte de un prejuicio estrecho, encerrados en el cual los juristas creen que decir que al menor no se le castiga solo se le tutela es suficiente para proponer una alternativa, y les pasa inadvertida la circunstancia de que los cambios de lenguaje distan de ser eficaces para transformar la realidad".¹⁸⁰

En lo que se refiere al "estado de peligro o derecho penal de autor" y al principio de legalidad establecido en el artículo 14 Constitucional, considera que la presencia de este principio en la Constitución "impide la legitimidad de cualquier sanción penal sin la comisión de una conducta exactamente descrita en la ley, y si bien se argumenta que las medidas que aplica el consejo no son sanciones, se trata de privaciones de bienes o derechos, realizados coactivamente. Esas privaciones... son sanciones".¹⁸¹

Respecto del procedimiento tutelar menciona que "Principios tales como el de la contradicción, el de la publicidad, el de la igualdad de los contendientes, el de la libre proposición de pruebas, el de la separación de los órganos que actúan en el procedimiento, la plena libertad de defensa, la recusabilidad del juez, la posibilidad de interponer recursos contra resoluciones que se consideran arbitrarias, no son recogidos por la legislación de menores. Esa ausencia basta para revelar en qué consiste la tragedia que lesiona las garantías constitucionales del menor: no se considera un sujeto de litigio, sino un objeto del procedimiento"¹⁸²

Estas ideas y otras relacionadas con la indeterminación de la medida son compartidas por distintos penalistas nacionales modernos, que atacan con gran fiereza al sistema tutelar para menores.¹⁸³

¹⁸⁰ *Idem.* p. 110.

¹⁸¹ *Idem.* p. 111.

¹⁸² *Idem.* p. 116.

¹⁸³ Ver Azaola, Elena. "La Institución Correccional en México. Una Mirada Extraviada". México, Siglo XXI, Editores, México 1990. Herrera Ortiz, Margarita.- *Protección Constitucional de los Delinquentes Juveniles*, Editorial Humanitas, México 1987. Islas, Olga y Ramírez Elpidio . *El Sistema Procesal Penal en la Constitución*. Editorial Porrúa, México, 1979. Moreno Hernández, Moisés.- *Sistemas Legales, Garantías Procesales y Derechos Humanos en Materia de Justicia de Menores*.- México, INACIPE/ILANUS, 1987.- *Realidad y Ficción en Materia de Justicia de Menores (en México)*.- Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas.- Año IV, No. 10, enero-abril 1989, México.- Zulita Fellini, Gandulfo.- "Menores Infractores".- *Alegatos* No. 1, septiembre-diciembre 1985, México, D.F.- "Organismos de Control Social y Delincuencia Juvenil", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. 2a época No. 9 abril-julio 1985, San Nicolás de los Garzas, Nuevo León, México.

El pensamiento de estos autores comienza a influir en la Suprema Corte de Justicia en forma tímida, pero indicadora del inicio de un cambio de criterio que permitirá, posteriormente, abrazar abiertamente la inclinación garantista de la justicia de menores y hasta declarar inconstitucional a la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores.

El conflicto competencial 131/83 suscitado entre los jueces Octavo de Distrito en Materia Penal y Octavo de Distrito en Materia Administrativa, fue turnado a la ponencia del Ministro J. Ramón Palacios Vargas, y en su proyecto de resolución propone al pleno que debe ser el Juez Administrativo quien debe conocer del amparo en contra de la Sala del Consejo Tutelar, atento a que

"el procedimiento que se sigue a un menor, no es consecuencia de la investigación de un delito, sino que cae fuera de la esfera punitiva".

"... las medidas impuestas no pueden considerarse emanadas de una autoridad judicial ya que, no le corresponde dentro de los términos que establece la Constitución General, la facultad de aplicar las leyes punitivas, sino el de promover la readaptación social de los menores .. Por lo que si bien la Segunda Sala del Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal ordenó la internación del menor... en la Escuela de Orientación de Varones, dicha medida fue con la finalidad de aplicarle medidas correctivas y de protección y la vigilancia del tratamiento pero no puede estimarse que las medidas impuestas son privativas de libertad o penales, sino de protección en favor de dicho menor".

En la sesión plenaria del 27 de marzo, el propio Ministro Palacios Vargas solicitó retirar su proyecto para elaborar otro en el que se propone que conozca del amparo propuesto el Juez de Distrito en materia penal, ya que, en esta ocasión, argumenta el proyecto que

"Por cuanto (a) la competencia de los Consejos, esto es, el conocimiento de las conductas que contraríen las normas penales, la función que desarrolla el Consejo Tutelar desde el punto de vista material es jurisdiccional,...ya que está referido a determinar si los menores infractores han incurrido en la comisión de las conductas tipificadas por la legislación penal como delitos... según se advierte en los artículos 35 a 40 de la Ley que Crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal si se prevé un procedimiento sumario, en principio de instrucción en que se deberá acreditar tanto los hechos y la conducta que se atribuyen al menor, así como las circunstancias personales de éste...

Por sus efectos esta determinación (resolución básica) equivale, según se ha visto, a los autos de formal prisión, sujeción a proceso o en su caso a libertad por falta de méritos o de elementos para proceder, todos ellos del enjuiciamiento penal para adultos.

En suma puede estimarse que esta función del Consejo Tutelar en cuanto al examen de las conductas de los menores que infrinjan las leyes penales, como función jurisdiccional, que se asimila a la función realizada por las autoridades judiciales.

"...como se ha señalado, si bien es cierto que la resolución dictada por los Consejos Tutelares no puede estimarse estrictamente una resolución judicial, dentro de un proceso penal, toda vez que no emana de una autoridad judicial, ni está encaminada a la imposición de penas, si puede asimilarse la resolución pronunciada por dichos Consejos Tutelares en los casos en que se cuestiona si los menores infringen las leyes penales, a una resolución jurisdiccional" (Proyecto presentado al Pleno el 8 de mayo de 1984).

Este proyecto fue aprobado respecto de sus puntos resolutivos por unanimidad de 18 votos, esto es, respecto de que debía conocer el Juez de Distrito penal, pero respecto de sus puntos considerativos se solicitó fueran cambiados los argumentos de la asimilación de las resoluciones del Consejo con resoluciones judiciales, y en este punto se produjo un empate; como consecuencia, se reservó el asunto para ser votado el quince del mismo mes, cuando por mayoría de 11 votos contra 10 se aprobó la modificación de la parte considerativa y los fundamentos legales.

Así, el proyecto engrosado argumenta que "Los Consejos Tutelares son organismos administrativos que dependen de la esfera del Ejecutivo, encargados del conocimiento de los casos de los menores que infringen leyes penales o reglamentos de policía y buen gobierno que entre las medidas que los Consejos Tutelares pueden disponer para la readaptación social de los menores está la de internación de éstos en las instituciones que correspondan. Esta medida no obstante que no puede considerarse como la imposición de una pena, sí afecta la libertad personal del menor".

Es de destacarse, ya en 1984, la equilibrada disparidad de criterios: el primer proyecto presentado argumenta la naturaleza administrativa del acto; el segundo criterio lo hace sobre la naturaleza jurisdiccional del órgano, y por razón de un voto el criterio fue reconocer la actuación del Consejo Tutelar como la privación de la libertad proveniente de una autoridad administrativa, como si lo fuere un Ministerio Público, un Presidente Municipal, etc., y no de una autoridad jurisdiccional, como lo pretendía el proyecto y la minoría del Pleno.

Este es, a nuestro juicio, el primer intento judicial que rompe la tradición jurídica de considerar a los consejos tutelares como el Estado ejerciendo la patria potestad sobre los menores desadaptados.

A) Amparo Salgado

En el año de 1994, congruente con este movimiento internacional en pro de los derechos humanos y que en México sugiere el respeto absoluto a las garantías individuales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, olvidando los argumentos establecidos en la Tesis Castañeda antes comentada, declara inconstitucional, por unanimidad del Pleno, a la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores, en el amparo en Revisión 5113/90 relacionado con el menor Héctor Salgado Aguilera, bajo la ponencia del Ministro Juan Díaz Romero.

Es a nuestro parecer pertinente el rescatar los argumentos más importantes de la sentencia de amparo, ya que podremos ver el cambio de criterio y las perspectivas desde el cual se mira una posición de respeto absoluto a las garantías individuales.

La demanda de amparo fue interpuesta en 1989, y si bien en el texto de la resolución se reconoce que al momento de resolverse la revisión esta ley ha sido abrogada (en 1992) por la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, resulta importante para el objeto de nuestro estudio el hacer un repaso a los argumentos del caso, atento a que en la mayoría de los Estados de la República el sistema tutelar sigue imperando en la justicia de menores.

... De los preceptos acabados de transcribir se infiere, en lo que interesa, que dentro del procedimiento instruido por la ley reclamada, que culmina con una resolución que puede ser privativa de libertad en los términos del artículo 61, y que otorga facultades al Consejo Tutelar para disponer el internamiento del menor "en la institución que corresponda", tiene participación fundamental en interés del menor a quien se atribuye la infracción a las leyes penales, un órgano auxiliar denominado promotor...

A diferencia del promotor, el menor carece de legitimación dentro del procedimiento seguido en su contra para nombrar a la persona que lo defiende para ofrecer pruebas, para estar presente en su desahogo, para redargüir aquellas que lo perjudiquen, para alegar y, en fin, para interponer recursos.

...

Las garantías establecidas en los preceptos constitucionales acabados de transcribir (1,4, 14, y 18 Constitucionales), favorecen al quejoso en cuanto, como se desprende del artículo 1o. si todas las personas gozan de las garantías constitucionales, debe admitirse que su protección alcanza a los menores de edad; no sólo, sino que además, los artículos 4o., y 18 les otorgan garantías específicas de protección y apoyo; finalmente resulta innegable que conforme al artículo 14, párrafo segundo.... los menores de edad tienen derecho si es que la autoridad va a privarlos de su libertad o de sus derechos, a ser oídos previamente, debiendo atender a que esta garantía opera no solamente en juicio y ante autoridades judiciales, sino frente a todo tipo de autoridades que pretendan los actos de privación, como lo ha establecido este pleno en la tesis visible en la página 42 de la Compilación de 1988, primera parte ("AUDIENCIA,

GARANTÍA DE PROTEGE CONTRA ACTOS DE CUALQUIER AUTORIDAD Y NO SOLO DE LAS JUDICIALES).

...

Este tribunal, asimismo, interpretando el artículo 14 constitucional, ha establecido cuáles son las "formalidades esenciales del procedimiento" que las autoridades están obligadas a respetar, como mínimo, antes de privar a los gobernados de algún derecho. Tal aparecen en la tesis LV/92, que previenen lo siguiente:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.- La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

...

Entendida así la garantía de audiencia ha de considerarse que es transgredida por la ley reclamada, en virtud de que dentro del procedimiento que establece, omite instruir en favor del menor las defensas a que tiene derecho, lo cual es particularmente notorio en algunos artículos de los transcritos. Así el artículo 27 establece que en las diligencias celebradas ante el instructor, ante la Sala o ante el Pleno del Consejo, el promotor siempre estará presente y deberá intervenir en todas las diligencias, mientras que respecto del menor y "sus encargados", sólo dice que concurrirán, aunque el Consejo puede resolver que no asistan si estima que resulta inconveniente su comparecencia; de todas formas, aun concurriendo, no se establece que tengan derecho a intervenir dentro del procedimiento. De la misma manera, el artículo 35 dispone que cuando el menor es presentado ante el Consejero Instructor en turno, éste, escuchando al menor en presencia del promotor establecerá las causas de su ingreso y la personalidad del sujeto y después de recabar los elementos adecuados resolverá de plano si el menor queda en libertad, si lo entrega a quienes ejercen la patria potestad con sujeción a procedimiento, o si debe ser internado en un centro de observación, advirtiendo este alto tribunal al respecto, que tan importante diligencia que puede ser cabeza de procedimiento, no se da oportunidad al menor (obviamente, por conducto de sus padres o tutores), de conocer sus consecuencias, de saber los derechos que pueda tener y, por consiguiente de defenderse.

Asimismo, del artículo 40 se infiere que en la audiencia celebrada ante la Sala, donde se discute el proyecto del instructor y se desahogan las pruebas faltantes, sólo se oye al promotor. Se destaca también que conforme al artículo 58, los padres o tutores del menor no tienen derecho a interponer el recurso de inconformidad en contra de las resoluciones de la Sala, sino únicamente a instar al promotor que lo haga.

Cierto es que al relatar los preceptos de mérito, así como al examinar todo el procedimiento, se ve que el promotor instituido por la ley tiene legitimación para intervenir por el menor en todas las diligencias, pero igualmente cierto resulta que tal institución no subsana la

violación a las garantías individuales en comento, por que al imponerse al menor quejoso un promotor como único medio para que intervenga dentro del procedimiento, se le desconoce el derecho que tiene (a través de sus padres o tutores o del profesionista o persona de su confianza que estos nombren), de intervenir en su defensa. Más todavía, si los adultos procesados por delitos, la Constitución aunque instituye que tenga siempre un defensor, de ninguna manera les impone éste, sino que les reconoce el derecho que tienen para designar el que sea de su confianza, con mayor razón debe reconocer el mismo derecho al menor (por conducto de quienes ejercen la patria potestad o tutela).

En consecuencia, como dentro del procedimiento instaurado por la ley reclamada no se establece que el menor quejoso tenga oportunidad de intervenir en el mismo por conducto de quienes ejercen sobre él la patria potestad o la tutela, para defenderse antes de que se le prive de la libertad, deberá otorgársele el amparo en contra de dicho ordenamiento y, en vía de consecuencia, en contra de sus actos de aplicación.

Es de esta forma como a partir de los principios de la década de los ochentas el pensamiento liberal garantista, demandado vehementemente por algunos autores y organismos internacionales, recobra un lugar privilegiado sobre la acción intervencionista del Estado respecto de la administración de justicia de menores, sobre todo en los órganos de decisión, como es el Pleno de la Suprema Corte de Justicia.

B) Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal

En el ámbito legislativo, concomitante con el movimiento internacional garantista y la demanda nacional, el Presidente Carlos Salinas de Gortari, realizó la convocatoria a una cumbre mundial de la infancia. Un capítulo de dicha cumbre sería, precisamente, el tratamiento de los menores infractores. En esta cumbre establece un compromiso de garantizar el respeto a los derechos humanos, en el procedimiento y tratamiento de los menores (Art. 40).

En México, una delegación que había participado en el VIII Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (La Habana 1990), presidida por el Lic. Emilio Rabasa, entonces Subsecretario de Gobernación, nombró una Comisión que rescató la anterior trayectoria ideológica y de política internacional y nacional con el objeto de elaborar un proyecto de ley que estuviese acorde con las líneas adoptadas con Naciones Unidas. La Comisión fue presidida por el Dr. Gonzalo Armenta Calderón e integrada por el Dr. Fernando Flores García, el Lic. Antonio Sánchez Galindo, el Lic. Jesús Béjar Sánchez (en su calidad de Presidente del Consejo Tutelar) y por el Dr. Luis

Rodríguez Manzanera, en una primera etapa que concluyó su primer proyecto en marzo de 1991.

Una segunda etapa de los trabajos, a partir de abril del mismo año, se integró a la Comisión el Lic. Luis Hernández Palacios, en el lugar del Lic. Béjar, así como la Lic. Celia Marín, en su carácter de Secretaria General de Acuerdos.

Como resultado de los trabajos, la Comisión presentó un proyecto al titular del Poder Ejecutivo quien, a su vez, lo envió como una iniciativa de reforma discutida y aprobada por el Congreso, que finalmente fue publicada en el Diario Oficial del 24 de diciembre de 1991.

La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, como nos dice uno de sus autores, "integra las corrientes doctrinales, tanto del extranjero como nacionales, sobre los ámbitos de derechos humanos, procedimiento y tratamiento. Concede a los menores calidad de sujetos de derecho y busca su adaptación social, estableciendo explícitamente, los principios de legalidad, audiencia, defensa, asesoría jurídica e impugnación".¹⁸⁴

Parece importante, para identificar el momento político del país, que la propuesta de Ley formó parte de un paquete de propuestas enviadas al Congreso, que contenía: la despenalización de ciertas conductas; el establecimiento del requisito de procedibilidad de la querrela para algunos delitos y la modificación de punibilidad para otros; las reformas al Código de Procedimientos Penales para ampliar los beneficios de las condenas condicionales y el tratamiento en libertad; la Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura; y el establecimiento y la elevación a rango constitucional de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Esta Ley se encuentra integrada por siete Títulos, que tocan los temas de la forma siguiente: El Preliminar, integrado por tres artículos, se encarga de precisar el objetivo de la Ley, el respeto a las garantías individuales en su aplicación y la protección jurídica del menor en el procedimiento; el Primero, integrado por tres capítulos y 29 artículos, establece la organización del Consejo de Menores, los órganos que lo integran, sus funcionarios, la Unidad de Defensa de Menores y sus atribuciones; el Segundo título, constituido por tres artículos, organiza a la Unidad encargada de la prevención y el tratamiento de menores; el Tercero, compuesto por siete capítulos y 40 artículos, describe el procedimiento a seguir en el caso de

¹⁸⁴ Hernández Palacios, Luis.- "Disertación sobre la nueva Ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal en la Academia Mexicana de Ciencias Penales". *Criminalia*, Año LVII. No. 2, México DF., Abril de 1992, p. 196.

menores en conflicto con la ley penal. en los que se establecen las reglas generales, la integración de la investigación de las infracciones y de la substanciación del procedimiento. el sobreseimiento, orden de presentación, exhortos y extradición, así como la caducidad; el Título cuarto habla de la reparación del daño; el Quinto, integrado por 5 capítulos y 34 artículos, describe el diagnóstico y las medidas de orientación, protección y tratamiento a cargo de la Unidad de prevención y tratamiento de menores; y el Título sexto establece disposiciones generales finales, en 7 artículos.

De lo anterior se desprende que la nueva Ley, que organiza todo el sistema de justicia de menores a nivel federal y en el Distrito Federal, consta de 128 artículos, de los cuales destina 3 para establecer sus objetivos, 31 para organizar y dar facultades a sus órganos de jurisdicción, procuración, ejecución y defensa en materia de menores, 42 para abarcar todas y cada unas de las etapas y pasos del procedimiento, 34 artículos para el diagnóstico y tratamiento y 7 a disposiciones finales. En esta Ley podemos encontrar grandes aciertos, pero también un sinnúmero de omisiones y lagunas en asuntos de verdadera importancia.

En la exposición de motivos enviada por el Ejecutivo, parece relevante destacar algunos argumentos que sirvieron para considerar la necesidad de cambiar de modelo en la administración de justicia de menores.

En primer lugar, la Exposición habla de que es tarea prioritaria del Estado la prevención de delitos y el adecuado tratamiento de los delincuentes y menciona que "Cuando se trata de menores infractores, la prevención social cobra una mayor importancia en virtud de que en este nivel existen posibilidades de corregir a tiempo conductas antisociales, que más tarde pueden alcanzar altos niveles de gravedad".

El cambio de mentalidad es radical, no habla de tutelar, no habla de proteger a los menores, no se habla de que son inimputables por las condiciones sociales o personales, etc.; se habla de la obligación del Estado por prevenir los delitos y readaptar a los delincuentes, en especial a los menores, ya que son susceptibles de corregirse a tiempo. Este argumento parece importante, ya que precisamente la diferencia que debe imperar entre un sistema de justicia de adultos y otro de menores es el pronóstico más favorable de readaptación del menor atendiendo a las características de desarrollo de su personalidad, en comparación con las características personales de los adultos. Tratarlos de desarrollar esta idea más adelante.

En la Exposición se habla de la modernización de las instituciones de menores infractores por algunas causas:

1. Que la evolución de la sociedad ha hecho que sean nuevos los factores que provocan las conductas antisociales de los menores.
2. La necesidad de una ley que regule la función del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquellos.
3. Los compromisos internacionales asumidos por el Estado Mexicano con la adopción de la Convención de los Derechos del Niño, así como las Reglas de Beijing y de Riad.
4. La opinión de diversos especialistas que han observado que los derechos de los menores han sido notablemente limitados, violentándose principios como el de legalidad, audiencia, defensa, asesoría jurídica, impugnación y todos aquellos otros que rigen el procedimiento.

En tales circunstancias la Ley dispone:

1. Dar a los menores de edad la calidad de sujetos de derecho, abandonando paternalismo infructuosos, buscando tanto la adaptación social de éstos como la protección de sus derechos, con irrestricto respeto a los derechos humanos consagrados en nuestra Carta fundamental y en los tratados y convenios internacionales suscritos por nuestro país.
2. Reorientar el cauce de las organizaciones tutelares de menores dentro del marco de pleno respeto a los derechos humanos que tenga por fin último evitar que el menor vuelva a incurrir en una nueva infracción, mediante instrumentos formativos eficaces.

Con el objeto de dar continuidad al estudio realizado en este capítulo, pro seguiremos con la metodología empleada, sin embargo, se hará en forma superficial, ya que los puntos álgidos se analizarán más adelante.

a) Punto de diferenciación

En este punto, nos atrevemos a afirmar que el sentido que se le da a esta Ley es diferente al de todas las anteriores; la justificación estatal de su intervención

penal en los menores de 18 años diferenciada de la de los adultos ya no es la inimputabilidad, sino el legislador emplea otra fórmula que es la de mejor pronóstico de corrección, así nos autoriza a afirmar el primer párrafo de la Exposición de motivos respectiva que menciona que "La prevención de los delitos y el adecuado tratamiento a quienes delinquen, son tareas prioritarias del Estado en atención al interés general y por la afectación a la colectividad. Cuando se trata de menores infractores, la prevención social cobra una mayor importancia en virtud de que en este nivel existen posibilidades de corregir a tiempo conductas antisociales, que más tarde pueden alcanzar niveles de gravedad".

b) Hipótesis de intervención estatal

La nueva Ley, en relación a la anterior, restringe la actividad del Estado en su intervención respecto de los menores, ya que lo limita a conocer de las conductas desplegadas por los menores con relevancia penal, excluyendo de tal forma la violación a reglamentos y al estado de peligro, no sólo para evitar la contaminación de menores con problemas de conducta con menores que han desplegado una conducta relevante para el derecho penal, sino también para que la sociedad civil y el Estado, a través de sus instituciones de asistencia social, se responsabilicen de los menores en estado de peligro.

La actividad estatal se limita solamente a conocer de conductas tipificadas en las leyes penales, en las que la referencia básica es el tipo por lo que hace a la conducta, por ello es necesario acreditar la existencia de una infracción, incorporando las características personales del menor, ya no como la base del procedimiento, sino como el marco referencial y potencial con el que cuenta el menor para su adaptación por medio de un tratamiento individualizado.

Al abrazar una orientación iuspenalista respecto a las garantías individuales, podemos adivinar que, en esta ocasión, el Consejo no podrá, bajo el riesgo de asumir responsabilidades graves, extender su competencia como en el caso de los Tribunales para Menores, sobre los casos de infracciones reglamentarias, ni el abandono moral o material, que posteriormente derivó en el estado de peligro, y que como mencionamos, a pesar de estar limitada su competencia a conductas penales, so pretexto de la no impugnabilidad de sus resoluciones con base a la tesis "Castañeda", extendió arbitrariamente su competencia sin oposición alguna.

c) Jurisdicción

En este sentido, la nueva Ley abandona completamente la figura colegiada del "tribunal científico", para adoptar un tribunal jurídico, las salas se convierten en consejos unitarios, y se crea una Sala Superior encargada de conocer de las apelaciones y de los recursos, todos encargados por ley a abogados con experiencia en menores infractores. El Consejo de Menores se instaura como un verdadero tribunal jurisdiccional, como lo veremos más adelante.

d) Proceso

La observación del menor deja de ser la base del proceso para convertirse en una verdadera pugna en la que el menor y la sociedad pueden tener representantes que peleen por sus intereses en el proceso seguido ante los tribunales.

Se adopta el principio de la presunción de inocencia en el procedimiento, con la presunta participación y hasta que no se comprueba plenamente su participación, las ineficacias probatorias correrán a su favor.

Se le otorga el derecho de defensa al menor para demostrar su inocencia, y se le otorga la garantía de audiencia y también su derecho a abstenerse a declarar y algunas otras figuras procesales que dan un giro diferente a las concepciones doctrinarias a la justicia de menores.

e) Legislación

En este rubro se derogan los artículos 119 a 122 del Código Penal, por lo que hace a la materia federal (recordemos que estos artículos fueron derogados en 1974, por la ley que crea los Consejos, pero sólo por lo que hacía al Distrito Federal), y se elimina por completo cualquier facultad que tuviesen los jueces de Distrito en materia federal, respecto de los menores infractores, al derogarse la parte relativa de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Por primera vez en la historia de la justicia de menores después del Código de Martínez de Castro, ésta se encuentra regulada a nivel Federal y del Distrito Federal por un ordenamiento integrado, que en unión del Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal como el Código sustantivo, la justicia de menores se encuentra debidamente integrada, en función

al *ius puniendi* del Estado, como lo reconoce en varias ocasiones el Dr. Sergio García Ramírez, el mayor promotor del sistema tutelar en los años setentas en nuestro país.¹⁸⁵

f) Consecuencia jurídica

El catálogo de medidas aplicadas en las legislaciones relativas a menores se modifica y aumenta en sus posibilidades, ya que la ley contempla tres tipos diferentes de medidas. Las de orientación: amonestación, apercibimiento, terapia ocupacional, formación ética, educativa y cultural, recreación y deporte; las de protección: arraigo familiar, traslado al lugar donde se encuentre el domicilio familiar, inducción para asistir a instituciones especializadas, prohibición de asistir a determinados lugares y de conducir vehículos, aplicación de objetos e instrumentos productos de las infracciones; y las de tratamiento: que puede ser en internación y externación.

g) Establecimientos para ejecución

Los establecimientos para ejecución siguen siendo los mismos que los establecidos en la vigencia de la Ley que crea el Consejo Tutelar: la Casa para el Tratamiento de Varones en Tlalpan, la de Mujeres en Coyoacán, el EMIPA en Xochimilco, y el Centro Quiroz Cuarón, en el local del propio Consejo; que es empleado para menores con un alto grado de desadaptación social (Almolyota).

h) Derecho

Atentas las características de las instituciones jurídicas que contempla la nueva ley, y a sus fines y objetivos, podemos afirmar que estamos frente a un derecho penal para menores infractores, que sin simulaciones se inscribe dentro del ámbito del *ius poenale* del Estado.

Hasta aquí hemos podido observar que, a lo largo de su desarrollo, la justicia de menores ha sido objeto de múltiples confusiones tanto legislativas como doctrinarias, creando una especie de esquizofrenia jurídica, en la cual el discurso

¹⁸⁵ Ver. García Ramírez, Sergio.- *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Porrúa 1995, México, --- "Errores y Absurdos en el Régimen de Menores Infractores". *Indicador jurídico*, Vol. I. No. II. Febrero de 1996, México. --- "Algunas Consideraciones a propósito de la jurisdicción y el Enjuiciamiento de los Menores Infractores". *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*. U.N.A.M., Mayo, 1996.

se torna en un sentido, pero la realidad demuestra todo lo contrario. La función del Estado se encuentra disociada entre la política criminal y la asistencia social.

Doctrinariamente se discutió en forma acalorada la permanencia de la posición del Estado frente al problema, como un asunto dirigido por la política criminal y de justicia social; sin embargo, legislativamente, y las omisiones de pronunciamiento de los órganos estatales que pudieran definir tal conflicto, hizo que el estado de las cosas permaneciera en una especie de limbo jurídico que promovía la confusión.

Si bien el discurso oficial plasmado en las exposiciones de motivos de las leyes, en las discusiones parlamentarias y en las doctrinas justificatorias del sistema, promovido especialmente por estos doctrinarios, habla de una política asistencial y tutelar de la delincuencia juvenil que absorbió a los estados pre. actuales, como el abandono físico y moral, la realidad observada por los críticos del sistema habla no de una función social tutelar, sino por el contrario, lo hace de una función preventiva o represiva penal.

Esta discusión y disociación entre el discurso y la realidad, fue tolerada: primero, por los candados previstos en la propia ley, que impedía su cuestionamiento por los medios legales expeditos para el caso, como la omisión de recursos jurídicos que permitieran tal cuestionamiento, la anulación de la legitimación para los principales interesados en cuestionar alguna resolución, una especie de complot interno de los legisladores y las autoridades encargadas de esta función estatal; y segundo, por las pocas oportunidades que se daban para cuestionar al sistema por vía del amparo o juicio constitucional, por comodidad del Poder Judicial de la Federación, se adoptaron criterios obsoletos que cerraban las puertas a cualquier embate.

Sin embargo, como hemos visto, la demanda mundial de respeto a los Derechos Humanos ha sacudido en forma importante la mente de los funcionarios y de los legisladores, para reflexionar si efectivamente este sistema imperante en más de 65 años es el apropiado a la actualidad de un Estado de Derecho, como el que aspira a ser el nuestro.

Efectivamente, a partir de que Naciones Unidas, organismo supranacional, admite y proclama criterios a los que debe sujetarse la justicia de menores en los estados que adopten a la Convención de los Derechos del Niño, la discusión penal o tutelar termina a partir de la adopción de la misma y su materialización en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia

común y para toda la República en materia Federal, nos permite abordar el tema desde una nueva perspectiva.

Las Reglas de Beijing, Riad, y la propia Convención establecen principios básicos que deben regir ~~la administración de justicia de niños y adolescentes.~~ Debemos reconocer que algunos de estos criterios y principios son precisamente los puntos primordialmente discutidos por los opositores del sistema tutelar, quienes doctrinariamente demostraban que el mismo se oponía terminantemente a los principios constitucionales que regían la materia penal; sin embargo, esos puntos son tocados por la actual Ley en forma novedosa, esto es, el reconocimiento y la apertura del sistema permite mirar de un modo diametralmente opuesto al anterior y olvidarnos de las rencillas doctrinales, entre el sistema tutelar y el de corte clásico.

Así, podemos establecer que se marcó, en este sentido, la caída del sistema tutelar o de "Situación irregular" en materia de menores, para dar paso a un sistema "garantista", como lo llaman algunos, o bajo los parámetros de la "Doctrina de Protección Integral de Naciones Unidas", como lo llaman otros; doctrina o sistema que enarbola principios propios que pueden ser acordes o no con las garantías constitucionales o con la legislación secundaria encargada de la problemática juvenil, reconociendo una tendencia abierta y sin eufemismos de una respuesta del Estado en función de su derecho y obligación de control social y del ejercicio del *ius puniendi* y no del ejercicio de la patria potestad y de labor social pretendida por los autores tutelares y positivistas.

Por ello, si desde un principio en el establecimiento del primer tribunal administrativo para menores en México hasta el Consejo Tutelar bajo el manto de un sistema proteccionista y tutelar permaneció vigente con tantos años escudado con la confusión doctrinaria y escabulléndose entre los órganos de justicia constitucional aprovechando la esquizofrenia jurídica, a partir de la Convención de los Derechos del Niño y de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, el problema y la confusión han quedado esclarecidos para poder afirmar que el problema social que representa la delincuencia juvenil es un fenómeno que queda inscrito dentro del marco de la política criminal del Estado y no dentro de su función social, amén de que es necesario, por lo tanto, desde ahora, abandonar por completo la teoría proteccionista y tutelar del derecho penal.

De esta forma, trataremos de analizar los problemas que engloba la justicia de menores a la luz de los principios que en esta materia han sido o no reconocidos

por el Estado mexicano y que son producto de las convenciones de Naciones Unidas antes señaladas.

En el caso especial de nuestra legislación nacional, no estamos tan ciertos en que la totalidad de principios y criterios establecidos por la "Doctrina de Protección Integral de Naciones Unidas", plasmados en las Reglas de Riad, Directrices de Riad, las Reglas de Beijing, de acuerdo al marco constitucional mexicano deban ser aplicadas por estar incorporadas a nuestra legislación.


En el caso de la Convención, no existe duda alguna de que pertenece a nuestro derecho vigente, en función de que la misma siguió con puntualidad los pasos que la legislación nacional establece para el reconocimiento de los tratados; sin embargo, podemos encontrar algunos elementos de nuestra legislación positiva que vincula al Estado con los demás instrumentos internacionales mencionados anteriormente, para poder afirmar que los principios que se deducen de estos documentos deben ser aplicados a la legislación secundaria de nuestro país.

Uno de ellos se deduce de la propia Convención, en la que se señala la importancia de las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) para la existencia de la propia Convención. El otro se obtiene del artículo 2o de la Ley Para el Tratamiento de Menores que menciona: "En la aplicación de esta Ley se deberá garantizar el irrestricto respeto a los derechos consagrados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales...."

Como es natural, al realizarse cambios diametrales respecto de la concepción de la justicia de menores, así como de la mística que la anima, los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales que se establecieron con las anteriores legislaciones quedan superados y, como consecuencia es necesario avocarse a la tarea de redefinir los conceptos doctrinarios que fundamentan esta materia del derecho.

Es pertinente aclarar que, al dotar a la justicia de menores de capítulos referentes a las Garantías procesales del menor y algunas otras instituciones procesales que protejan los derechos subjetivos consagrados en la Constitución Federal, se importaron para esta materia instituciones del procedimiento penal en materia de adultos, pero de igual forma se conservaron otras instituciones que permiten la actuación del Estado para lograr las metas que se persiguen en la justicia de menores infractores. Es por ello necesario el rediseñar y limitar con gran claridad las instituciones del proceso de menores infractores y de los adultos,

ya que dada su similitud es posible confundirlos y, como consecuencia, actuar en forma errónea, lo que provocaría una mala interpretación de la ley, que a su vez motivaría la violación de los derechos subjetivos constitucionales y la injusticia, promoviendo esta incongruencia entre el decir y el hacer, esa especie de ~~disociación patógena social que se ha calificado como esquizofrenia jurídica.~~



Capítulo Tercero

Reflexiones sobre los
puntos de mayor
relevancia teórica en
materia de menores a
la luz de la doctrina de
protección integral de
las Naciones Unidas y
de la Ley para el
tratamiento de
menores infractores

UNAM Facultad de Derecho



CAPITULO TERCERO

REFLEXIONES SOBRE LOS PUNTOS DE MAYOR RELEVANCIA EN MATERIA DE MENORES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE NACIONES UNIDAS Y DE LA LEY PARA EL TRATAMIENTO DE MENORES INFRACTORES

En el desarrollo de los dos capítulos anteriores, el análisis de las doctrinas y de la lenta evolución histórica de la materia nos ha permitido corroborar que si bien, en la justicia tutelar o proteccionista existe en general un discurso, amoroso y filantrópico, en el pensamiento y los escritos de algunos de los convidados a trabajar en las instituciones surgidas por esta teoría, funcionarios, políticos y apologistas de la misma, se muestra el verdadero sentir sobre la finalidad de la justicia de menores. Estos puntos de vista son coincidentes con el de los críticos del sistema en el sentido de que la justicia de menores es un medio de lucha eficaz en contra de la delincuencia y no una reacción de solidaridad social.

De igual manera hemos podido ver cómo las instituciones procesales adoptadas por este sistema, emanan de una corriente penal diseñada para resolver el problema de la delincuencia en general y que, por razones de oportunidad histórica, sólo fueron aplicadas al universo juvenil.

También vimos cómo en la mente de Dorado la pena se convierte en un acto de amor y solidaridad general en beneficio del reo y de la comunidad. Pensamiento, al que debemos reconocer un gran sentido de bondad y de comprensión por la naturaleza del ser humano, pero que no dejamos de considerar utópico, aún respecto de los menores.

Hemos visto, en una palabra, como ha sido el nacimiento doctrinario y el desarrollo histórico de la justicia de menores, lo que nos permite afirmar, que esta materia en sentido general se encuentra inscrita necesariamente en el ámbito de la política criminal del Estado y no dentro de su obligación de asistencia social. Esto resulta de vital importancia en tanto que, aceptar abiertamente tal posición en un marco jurídico perfectamente delimitado, estudiado, con fines claros y precisos, nos permite sanear esta patología social, esta esquizofrenia jurídica que nos obliga a navegar disociados, en forma ambivalente, entre el mundo de lo criminal y la asistencia social, sin tener ni contar con seguridad alguna y mirar al Estado como un enfermo en cuyo sentir, decir y actuar se encuentran completamente separados y no solo eso, sino que son contradictorios entre sí. Cuando se contempla una

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia: Teórica en Materia de Menores...

institución como el Tribunal para Menores o el Consejo Tutelar y la legislación que aplican, como un recurso estatal derivado de su acción de solidaridad social y apoyo a los débiles, cuando la verdadera naturaleza, la que se encuentra inscrita en la mente de la generalidad de la población, la que alegan algunos doctrinarios y la que derivan del análisis de las corrientes que la crean y su desarrollo histórico, muestra que se trata de instituciones derivadas del ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

El aceptar que la Justicia de menores se inscribe en la política criminal del Estado, permitirá realizar con fines claros y objetivos una teoría que pueda orientar los caminos de estas instituciones dentro de un marco de seguridad jurídica y de justicia y, sobre todo permitirá que los intereses de los involucrados dentro de este drama, como lo son, el menor, sus padres, el Estado, la sociedad y la víctima, encuentren satisfacción en sus intereses o, en su caso, cuando este interés no sea completamente satisfecho, reconocer que las instituciones encargadas de tal función son congruentes consigo mismas y con sus objetivos.

Inscribir a la justicia de menores dentro del ámbito criminal, no significa que el Estado abandone a la infancia y adolescencia a prolongadas privaciones de libertad; que se les arroje a las mazmorras de las prisiones o reclusorios en convivencia constante con los adultos delincuentes; no significa tampoco inferir penas crueles y evadir la obligación estatal de procurar la formación y educación de los menores que se encuentran en su jurisdicción por razón de haber cometido un delito debidamente comprobado, en cumplimiento del reclamo social de readaptar a la sociedad a los elementos que la dañan. Más bien, significa una atención especial y dedicada bajo un marco jurídico determinado; significa respetar al hombre como fin en sí mismo, con derechos y obligaciones; es darle el significado de sujeto y no de objeto, como lo concibe nuestro marco constitucional y legal; es otorgar a los ciudadanos los medios de defensa y de cuestionamiento acerca de las decisiones estatales que les afectan directamente; en una palabra, significa adoptar pensamientos y crear instituciones congruentes con la legislación humanista imperante en México y en nuestro Estado de Derecho.

Atendiendo a lo reciente que resulta la nueva forma de juzgar a los menores, los criterios y pensamientos tutelares siguen inscritos fuertemente en las mentes de los autores, académicos, litigantes y funcionarios judiciales, que les hace resistentes al cambio y continúan argumentando los mismos criterios tutelares y

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

positivistas que sirvieron para defender el sistema anterior, por ello, no podemos evadir hacer señalamientos de temas que han servido para justificar la separación de la justicia proteccionista o positivista de menores, en un ámbito constitucional y liberal, antes exclusivo para los adultos y actualmente compartido por la nueva justicia de menores.

A muchos de estos temas ya hemos hecho referencia cuando se habla de las críticas o apologías de la justicia de menores bajo su forma tutelar o proteccionista, sin embargo, en la actualidad contamos con una doctrina de jerarquía internacional y dos legislaciones a nivel federal que hacen congruente a la justicia de menores con el marco constitucional y legal de nuestro país, estas son: la Doctrina de la Protección Integral de Naciones Unidas, la Convención de los Derechos del Niño y la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, que inscriben de plano a la justicia de menores dentro de este ámbito de la política criminal del Estado.

Por lo anterior, nos encontramos con una nueva manera de mirar a las instituciones; una nueva perspectiva que permite visualizar las cosas de forma diferente, congruente con la tradición humanista nacional; liberada de eufemismos y con reglas claras y precisas, que permitan seguridad jurídica a la sociedad, a los depositarios originales de la patria potestad, a la víctima del delito y al niño y adolescente delincuente, es decir a todas las partes involucradas en esta problemática, a la que aludimos al principio de nuestro trabajo.

Lamentablemente la oportunidad de adoptar abiertamente una doctrina humanista y neoliberal en la justicia de menores fue aprovechada parcialmente, ya que la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores adoptó solo unas cuantas instituciones neoliberales propuestas por la Convención de los Derechos del Niño y de la Doctrina de la Protección Integral en su texto y conservó también otras instituciones de naturaleza proteccionista que nos llevan nuevamente a otra disociación jurídica que provoca descontrol e inseguridad, amén de satisfacer sólo parcialmente la problemática entre los interesados, esto es, una nueva esquizofrenia jurídica. Sin embargo, actualmente ya no existe formal ni materialmente una ideología ni concepción tutelar, en su favor, una concepción de patria potestad, de eufemismos conceptuales que permitan evadir el juicio doctrinario y en su caso el juicio constitucional, que si bien no está contemplado claramente en nuestro sistema jurídico, contra las autoridades para menores y por ello presenta serios problemas técnicos, es posible intentarlo, a diferencia de la cerrazón judicial que representó el criterio de la "Tesis Castañeda" en los órganos del Poder Judicial de la Federación.

En este apartado nos permitiremos realizar el análisis de dos de los principales puntos de discusión en la materia, esto es, nos referiremos aquí a la imputabilidad y a las medidas a las que son sujetos los menores; posteriormente, ~~analizaremos bajo el marco de los principios constitucionales y los derivados de la~~ Convención, a las autoridades jurisdiccionales encargadas de la justicia de menores, así como a los actores en el procedimiento, al proceso seguido ante el Consejo y demás instituciones incorporadas en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores.

I. PUNTO DE DIFERENCIACIÓN O LA INIMPUTABILIDAD DE LOS MENORES

Como se ha podido apreciar de la lectura de los capítulos anteriores el elemento más importante que ha servido para establecer la diferencia entre un sistema clásico liberal y un sistema positivista de corte estatal y en ocasiones totalitario fue la cuestión del libre albedrío y la negación del mismo con base en el determinismo; a estos temas afecta directamente la cuestión de la imputabilidad o inimputabilidad. Así también, ha sido el argumento más utilizado para poder justificar un sistema de justicia de menores con todas sus implicaciones, esto es doctrina, principios, procedimiento, autoridades, medidas, etc., diferente del de los adultos. Se argumenta que la persona que tiene menos de 18, 16 ó 14 años, en algunos casos, no tiene la capacidad de querer o entender, o la capacidad de conocer el carácter ilícito de su conducta, y que por ello se justifica un sistema de justicia diferente del de los otros. Por tal razón es que los doctrinarios han festinado por casi 80 años que los menores habían salido del Derecho Penal.

Es por ello que realizaremos un pequeño esbozo del contenido de la inimputabilidad y su relación actual con la justicia de menores a la luz de la nueva legislación, sin pretender agotar todos los aspectos de tan discutido tema ya que ello nos llevaría a consumir muchas páginas de este trabajo, cuyo fin es solamente señalar sus aspectos más importantes.

1. La Imputabilidad

A) Concepto de imputabilidad

Se ha tratado de definir a la imputabilidad desde varios puntos de vista y con diferentes contenidos, y por esta razón se le ha ubicado en diversos elementos de la teoría del delito. Para algunos, se define como la total capacidad psíquica para el delito, por lo que la han considerado como anterior al delito.

Otros la incluyen dentro de la teoría de la sanción por lo que dada su ausencia sería aplicable una medida de seguridad y no una pena.

Sin embargo, la teoría generalizada ha sido la que se ha tomado del Código Penal Italiano, que en su artículo 8 define a la imputabilidad como la capacidad de querer y entender, definición que adopta Francisco Pavón Vasconcelos y citando a Castellanos manifiesta que: para que el individuo conozca la ilicitud del acto y quiera realizarlo debe tener capacidad de determinarse en función de lo que conoce.¹⁸⁶ En su libro *Imputabilidad e Inimputabilidad* considera que la imputabilidad del sujeto supone las condiciones mínimas necesarias para determinar en el hombre la posibilidad abstracta de que le sea atribuido un hecho punible de manera que la imputación resulta ser la afirmación provisional de la existencia en el individuo de tales condiciones para atribuirle un delito, o sea para declarar que el acto de que se trata es producto de la actividad psicofísica de la personalidad de este individuo.¹⁸⁷

Para Mayer, es la posibilidad condicionada por la salud y madurez espirituales del autor de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento.¹⁸⁸

Para el Dr. Fernando Castellanos, la imputabilidad se define como la capacidad de querer y de entender en el derecho penal ya que como refiere, siguiendo a Liszt, es una capacidad de obrar en derecho penal, es decir, de realizar actos referidos al derecho penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Pavón Vasconcelos Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. Porrúa, México, 1991, p. 372.

¹⁸⁷ Pavón Vasconcelos Francisco. *Imputabilidad e Inimputabilidad*. Porrúa, México, 1989, p. 49.

¹⁸⁸ Pavón Vasconcelos Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. p. 375.

¹⁸⁹ Castellanos Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Porrúa, México, 1986, p. 218.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

González Quintanilla la considera para efectos técnicos como la capacidad de ser activo de delito. Dicha capacidad tiene un dato de orden objetivo constituido por la mayoría de edad penal que puede o no coincidir con la mayoría de edad para efectos civiles o políticos y un dato de orden subjetivo que se reduce a la ~~normalidad mental entendiéndose por normalidad la capacidad de querer y comprender el comportamiento y su significado frente al derecho.~~¹⁹⁰

Jiménez de Asúa considera, citando al padre Jerónimo Montes, que imputabilidad es el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó como a su causa eficiente y libre.¹⁹¹

Carrancá y Trujillo estima que solo será culpable el sujeto que sea imputable y continúa diciendo que imputar es poner una cosa a cuenta de alguien y, en el caso del derecho penal, sólo es alguien el que por sus condiciones psíquicas es sujeto de voluntariedad. Considera que será imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.¹⁹²

Para la Doctora Olga Islas el término de imputabilidad ha sido utilizado para designar a la capacidad psíquica del sujeto activo, sin embargo, lo considera inadecuado ya que el contenido de la materia excede del contenido de la imputabilidad por lo que sumándose a Raúl Zaffaroni, la considera como la capacidad psíquica del delito incluyendo dentro de éste término a la voluntariedad y a la imputabilidad.¹⁹³

De la lectura anterior podríamos concluir que la mayoría de los autores de las diferentes corrientes doctrinarias han concebido a la imputabilidad como uno de los elementos subjetivos del delito que atribuyen, unos al sujeto activo, otros a la conducta y otros más al delito, por lo que en atención a la variedad de criterios que han surgido para tratar de explicarla y definirla le han otorgado el calificativo del "fantasma errante del derecho penal"; ya que algunos la han ubicado como un

¹⁹⁰ González Quintanilla, Luis. *Derecho Penal Mexicano*. Porrúa, México, 1990, p. 206.

¹⁹¹ Jiménez de Asúa. *La Ley y el Delito*. Editorial Sudamericana, Argentina, p. 326.

¹⁹² Carranca y Trujillo. *Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México, 1991, p. 431.

¹⁹³ Islas de González Mariscal, Olga, "Problemas de Inimputabilidad", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Año 1, 1977; p. 75.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

elemento de la culpabilidad, otros como un presupuesto de la misma, algunos otros como presupuesto del delito y otros como capacidad de pena.

B) La imputabilidad disminuida

Entre la imputabilidad y la inimputabilidad existe una zona de duda en donde el poder de inhibición, si bien no puede negarse cuantitativamente, es inferior al normal.

Los códigos de corte clásico consideraron que en el caso de que el activo realizara la conducta en estado de imputabilidad disminuida se atenuaría la pena asimilándolo a la tentativa. En el caso de inimputabilidad o imputabilidad disminuida se le aplicará una medida de seguridad en el primero y, en el caso de ser disminuida, se realiza la colocación de la pena, pero en menor grado.

Se considera que en la imputabilidad disminuida, el autor es imputable pero para alcanzar el grado de conocimiento y dirección de un sujeto normal debe esforzar más su voluntad.

Respecto del tema hemos visto cómo este sistema fue probado históricamente en la época de los códigos clásicos del siglo pasado, dado que el concepto de imputabilidad disminuida está directamente asociado con el discernimiento, tan criticado por lo subjetivo de su manejo y control, y hemos visto la poca confiabilidad que puede dársele a este sistema de medición de la imputabilidad por lo que corresponde a los menores.

En la corriente positivista, cabe recordar, la imputabilidad o la ausencia de ella es irrelevante, ya que lo que importa es la defensa social y no la libertad del sujeto al cometer el delito.

Así pues, vemos cómo dentro de la doctrina con corte clásico y liberal, el tema de la imputabilidad es uno de los más discutidos y controvertidos; sin embargo, una verdad es que la esencia de ésta, respecto de la minoría de edad, ha sido el argumento ideal para justificar un sistema de justicia para los niños y adolescentes en conflicto con la ley, a diferencia del sistema establecido para los adultos.

2. La Inimputabilidad

A) Concepto de inimputabilidad

De acuerdo a Pavón Vasconcelos, si la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, la inimputabilidad supone consecuentemente la ausencia de dicha capacidad y con ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.¹⁹⁴

Jiménez de Asúa, establece como las causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer "el deber", esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró.

B) Criterios para determinar las causas de inimputabilidad

Las legislaciones penales utilizan principalmente los siguientes criterios para establecer las causas de inimputabilidad:

El criterio Biológico: se apoya en consideraciones de carácter biológico u orgánico relacionado con la inmadurez mental del sujeto como lo es el caso de la minoría de edad.

El criterio Psiquiátrico: se toma en cuenta para este criterio el trastorno mental ya sea transitorio o permanente, utilizándose en el último caso el nombre de enfermedad mental o anomalía psicométrica.

El criterio Psicológico: Es el que se basa en la capacidad de entendimiento y autodeterminación, comprendiendo en términos genéricos la inmadurez mental, independientemente del factor cronológico y las alteraciones traumáticas.

El criterio Mixto: en el que pueden emplearse las anteriores combinaciones siendo las más comunes la biológica-psiquiátrica y la biopsicológica.

¹⁹⁴ Pavón Vasconcelos. *Imputabilidad e Inimputabilidad* . p. 95.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Pavón Vasconcelos considera que a los anteriores criterios se debe agregar el jurídico, esto es, la valoración hecha por el juez respecto de la capacidad del sujeto para comprender el carácter ilícito de su comportamiento, para autodeterminarse.¹⁹⁵

Respecto del criterio biológico que es el utilizado por la doctrina mexicana, es común encontrar en los autores afirmaciones desde el momento en que entró en vigor en México la Ley Villa Michel de 1928, que los menores habían sido rescatados del ámbito penal y ubicados en un cuerpo legal "Tutelar". Doctrinariamente se ha considerado que tal extracción del derecho penal ha sido resultado de que al menor de edad se le atribuye la falta de capacidad o una inmadurez intelectual lo que lo hace inimputable, sin embargo, esta idea ha sido meramente doctrinaria.

Los menores de dieciocho años que pueden ser considerados como inimputables, no son sujetos de las estructuras legales y judiciales establecidas para los adultos y son sujetos de un régimen diferente. A la luz de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores nos encontramos con que a los menores de edad se les sigue un procedimiento dentro de la jurisdicción del Consejo de Menores, pero también existen casos en los que el Estado se inhibe de conocer de las conductas antisociales de éstos, como con los menores de once años o los mayores de esa edad que no hayan alcanzado la edad de dieciocho años, que padezcan de un trastorno psíquico permanente. De estos casos surge inmediatamente una duda. Si continuamos bajo la premisa de la inimputabilidad, qué categoría debemos darles a estos menores, si son inimputables, imputables o inimputables, inimputables o como algunos han manifestado para darles alguna categoría los "doblemente inimputables", asunto al que recurriremos más adelante.

Algunos doctrinarios consideran que efectivamente existen menores imputables y menores inimputables, sin embargo no explican satisfactoriamente la diferencia entre la inimputabilidad en derecho penal y la inimputabilidad en la justicia de menores.

¹⁹⁵ *Idem.* p. 96.

C) La inimputabilidad de los menores

Los intentos de los doctrinarios para justificar la exclusión de los menores de edad de la justicia penal para los adultos, se fincan en que los menores de edad son inimputables, dicho criterio parece insuficiente o poco preciso para poder fundamentar el por qué, por lo que haremos una breve consideración de diversos autores que se han preocupado por tratar de dar una explicación clara y convincente de éste fenómeno.

Jiménez de Asúa¹⁹⁶, afirma que es causa de inimputabilidad la falta de desarrollo. En igual sentido se expresa Cuello Calón al decir que cuando el agente carece de capacidad de conocer y de querer es inimputable. Esta capacidad puede faltar cuando no se ha alcanzado un determinado grado de madurez física y psíquica o cuando la conciencia o la voluntad están anuladas o gravemente perturbadas de modo duradero o transitorio. Las causas de inimputabilidad son: la minoría de edad, la enfermedad mental, la embriaguez, el sonambulismo, la sordomudez, etc.

La falta de desarrollo mental que la ley estima relevante para producir la inimputabilidad en la mayoría de las legislaciones de nuestro país es de 18 años.

La fórmula para establecer la minoría de edad penal en la actualidad es la del criterio biológico puro por lo que es presunción *jure et jure* la irresponsabilidad de los menores de dieciocho años.

La adopción del criterio biológico puro, abandonando el criterio del discernimiento clásico, ha supuesto seguridad jurídica al tratamiento penal de la minoría de edad pero no se ha evitado la discusión doctrinal acerca de la naturaleza y contenido de dicha declaración de inimputabilidad.

Por otro lado, para los partidarios del libre albedrío los menores de dieciocho años estarán exentos de responsabilidad criminal por carecer de la capacidad o madurez necesaria para valorar la ilicitud del hecho cometido y para actuar conforme a las exigencias del derecho.

Para quienes sostienen la teoría de la necesidad de la pena, sería intolerable y abusivo proceder con una pena frente a los menores, porque es innecesario tanto desde el punto de vista de prevención general (que su comportamiento quede

¹⁹⁶ Jiménez de Asúa. *Op. Cit.* p. 328.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

impune en nada disminuye el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales) ni por razones de prevención especial, ya que la imposición de una pena estatal a un menor sería una reacción inadecuada, innecesaria y cruel.

Para quienes consideran la capacidad de motivación por las normas como fundamento de la culpabilidad, los menores de edad tendrían esa capacidad disminuida con respecto a las personas "normales" lo que implica su falta de imputabilidad o mas modernamente la falta de capacidad de culpabilidad.

Por lo anterior se considera que existe acuerdo absoluto en que los menores de edad deben quedar exentos de una pena aplicable para los adultos, cuando realizan alguna conducta antijurídica. En donde se concretiza la discusión es precisamente en el por qué deben quedar exentos de las penas y lograr doctrinariamente, dar una respuesta satisfactoria a este problema.¹⁹⁷

Como se ha demostrado las corrientes aquí señaladas pueden ser sujetas a muchas críticas, ya que como se ha expuesto la libertad absoluta y el libre albedrío y la falta de éste no puede ser el fundamento para el caso de los menores.

a) Razones de política criminal

Ante la incongruencia del contenido doctrinal de la inimputabilidad y lo absurdo de su aplicación al caso de los menores para diferenciarlos de los adultos, se han argumentado algunos criterios relacionados con factores diversos a los clásicamente señalados, inscritos preferentemente en la política criminal.

Así, Sergio García Ramírez¹⁹⁸ considera que el concepto de imputabilidad en el caso de los menores es de naturaleza especial. A diferencia de los demás, este es de características generales y no especiales como en el caso de los adultos.

Es diferente la aplicación del concepto de inimputabilidad a los enfermos mentales o a los sordomudos, por ejemplo, pues en estos casos resulta necesario practicar los exámenes conducentes a comprobar o desacreditar puntualmente la capacidad de culpabilidad.

¹⁹⁷ Zorrilla González, Carlos.- *Minoría de Edad Penal, Imputabilidad y Responsabilidad*. Documentación Jurídica, 37, 40. España. p. 167.

¹⁹⁸ García Ramírez, Sergio.- *Consideraciones Generales sobre el Régimen Jurídico del Menor*. Los Derechos de la Niñez. UNAM. p. 120.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Así las cosas, los menores de edad no son inimputables penalmente, esto es, incapaces de derecho penal porque carezcan de capacidad de entender o de querer sino porque se niega que la tengan. Hay una negativa radical, una presunción *juris et de jure* implícita que no tiene que ver con cada individuo concreto sino con una categoría cronológica de la población. La razón para ello, es de política - penal. Se funda en la mayor o menor incidencia y gravedad de conductas antisociales de menores, la presencia de éstos en la estructura demográfica y en los procesos sociales, la conveniencia de utilizar en su caso el aparato persecutorio y punitivo empleado para los adultos, etcétera.

El debate rara vez toma en cuenta, como debiera hacerlo, las características de la estructura demográfica mexicana cuya mayoría se integra por niños, adolescentes y jóvenes adultos; las repercusiones de la disminución de edad sobre la procuración y la administración de justicia ya excesivamente presionadas; el impacto de dicha reducción cronológica en menores de 18 años que incurren en conductas de ilicitud muy relativa o acaso "justificables" en función de su edad; los resultados de la reducción donde ésta se ha introducido y la paradoja de que la inimputabilidad penal se obtenga antes que la capacidad civil y el derecho al sufragio activo.

En el caso que se considerase que la edad para establecer la minoría de edad penal debe reducirse, se incrementaría el universo de los capaces de derecho penal en el fuero federal (porque para los fueros locales ya hay un elevado número de capaces menores de 18 años). Ciertos comportamientos que ahora son faltas leves o quizás ni eso, pasarían a ser delitos *verbigracia*, lesiones de escasa entidad, resultado de peleas entre adolescentes, atentados al pudor en el trato entre muchachos de uno u otro sexo, delitos contra la salud por posesión de algún psicotrópico, etcétera. Esta penalización de la conducta implicaría una gran carga de trabajo para los servicios de justicia y repercutiría en la ya agobiante sobrepoblación de las prisiones.

Rodríguez Manzanera¹⁹⁹ en su libro "Criminalidad de menores" nos explica que se ha considerado al menor como un inimputable, sin embargo, dicha posición es altamente discutible ya que de acuerdo a López Rey la tesis de un menor irresponsable por el sólo hecho de serlo es tan ilógica, asocial y anticientífica como la de estimar que todo adulto es responsable por serlo. Una y otra niegan el principio de individualización.

¹⁹⁹ Rodríguez Manzanera, Luis.- *Criminalidad de Menores*, Porrúa, México. 1987. p. 333.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Citando a Zaffaroni manifiesta que de acuerdo a la doctrina dominante, la exclusión de la pena obedece a la inimputabilidad la que se presumirá *juris et de jure*.

La ley penal mexicana no hace distinciones ni excepciones al principio de inimputabilidad de los menores de edad, haciendo una presunción *juris et de jure* de que carecen de la suficiente madurez para entender y querer lo que hacen.

La ley mexicana no utiliza el término de inimputables para referirse a los menores, por lo que Rodríguez Manzanera asegura que el legislador no pensó en los menores de edad cuando redactaba el capítulo quinto del título tercero del Código Penal, referente al tratamiento de inimputables. En los derogados artículos 119 al 122 del Código Penal no se utilizaba el término de inimputables tampoco en la Ley que crea los Consejos Tutelares.

Por lo anterior, el autor concluye que el término de inimputables para los menores es solamente una interpretación doctrinaria ya que la legislación positiva no se refiere en forma alguna a los menores bajo dicho término, por lo que considera que los menores pueden ser imputables e inimputables según reúnan o no los requisitos de capacidad de comprensión del ilícito y la facultad de adecuar su conducta a dicha comprensión.

La Doctora Olga Islas²⁰⁰ considera que un sector importante de la doctrina postula que los menores indiscriminadamente son inimputables, en virtud de carecer de la citada capacidad.

Es importante dejar asentado que de acuerdo con los conceptos tradicionales sobre la imputabilidad y aún si se toman en cuenta otros conceptos más modernos y posiblemente más acertados desde el punto de vista psicobiológico, no se puede concluir que los menores de dieciocho años sean inimputables.

Aun cuando se acepte que la mayoría de edad penal se adquiere a los dieciocho años, ello no implica aceptar que las personas menores de esa edad sean incapaces o inimputables. No es racional pensar que la capacidad de comprender la ilicitud y de actuar conforme a esa comprensión se adquiriera o se pierda por decreto o por disposición legislativa.

²⁰⁰ Islas Olga. *Op. Cit.* 14.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Los menores de dieciocho años: ni son todos capaces o imputables, ni son tampoco todos incapaces o inimputables. El universo de los menores como el de los mayores es igualmente heterogéneo. En consecuencia será su real desarrollo y estado psicobiológico el decisivo para calificarlos de imputables o todavía no imputables.

La imputabilidad del menor al igual que la del mayor debe ser determinada en cada caso particular por médicos especialistas en la materia. Parece lógico pensar que en esta calificación médica y especialmente en el caso de los menores es importante la correspondencia entre la edad biológica y la edad mental.

De esa edad en adelante habrá que determinar si por ausencia o presencia de anomalías mentales un específico menor es imputable o inimputable. Tratándose de inimputables por anomalías mentales no cabe duda de que no son responsables. Por ello al igual que acontece con los mayores inimputables permanentes habrá que procurar su curación a través de las medidas de seguridad adecuadas.

Dolores Fernández Muñoz al preguntarse cuál es la razón para que a una menor que cometió un aborto, o a otro menor cuya conducta cae en los supuestos del delito de falsificación de moneda no se les aplique pena, la respuesta radica en los efectos que producen las consecuencias jurídico penales, particularmente la pena de prisión porque se ha considerado que tratándose de una persona joven los efectos serían aún más negativos. Si la pena de prisión no ha resuelto los problemas de la delincuencia de los adultos no tiene caso utilizarla tratándose de adolescentes. Son razones de política criminal.²⁰¹

En general sólo hemos tomado algunos de los argumentos de autores nacionales que se han pronunciado respecto del asunto de la inimputabilidad en los menores, sin mencionar los que hemos reproducido en capítulos anteriores. Sin embargo, pudiésemos decir que éstos son representativos de la problemática entre las presunciones ilógicas y poco razonables de la ley y la realidad o la apreciación de la misma por la gente común. Es irracional, nos dicen todos los días los medios de comunicación masiva y las personas en general, que a un delincuente que ha causado un daño grave se le sujete a una pena muy leve por el hecho de la ley presuponga que los menores de 18 años no saben lo que hacen, o que no tienen la capacidad de entender y de querer.

²⁰¹ Fernández Muñoz, Dolores. *Op. Cit.* p. 161.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

A nosotros nos parece irracional e irresponsable seguir argumentando la ceguera de la doctrina, al continuar considerando a estos menores como inimputables porque no encontramos otra fórmula que nos permita explicar el por qué de un sistema de justicia penal diferente al de los adultos.

Como se ha apuntado, el concepto de inimputabilidad es insuficiente para poder explicar razonablemente la no aplicación de la punibilidad, punición y pena que se aplica a los adultos y que la administración de la justicia no esté a cargo de los jueces penales sino de un órgano jurisdiccional diferente de éste que es el Consejo de Menores.

Cuando se analizó a los defensores del derecho tutelar para menores, pudimos observar que sus argumentos eran suficientes y adecuados en su momento histórico, para lograr explicar doctrinariamente la exclusión de los menores de la aplicación de una pena similar a la de los adultos en las mismas instituciones destinadas para purgar dichas penas. Era el momento de hacer la diferenciación y justificar doctrinariamente una institución especializada para el caso de los menores.

A nuestro modo de ver, utilizará la inimputabilidad como elemento diferenciador de los menores con los adultos, se constituía en un argumento poderoso para lograr el fin propuesto, sin embargo, al reconsiderar dichos argumentos, pareciese que apuntan más a la necesidad de una pena diferente, más especializada, ya que resulta lógico pensar en la preocupación de dichos autores, al tiempo en que realizaron sus estudios, para que los menores fueran sujetos a una pena en un sistema penitenciario ineficaz, que más que lograr una adaptación o readaptación social del delincuente, resultaba un ambiente propicio para el reforzamiento de conductas antisociales.

Actualmente el sistema penitenciario ha demostrado, pese al trabajo de muchas personas, que no ha dado los resultados esperados, sin embargo, en el Consejo de Menores los resultados han sido diferentes, es por ello que nos parece plausible el esfuerzo de dichos autores.

Por otro lado, al considerar que la cuestión del discernimiento y de la imputabilidad era lo que había marcado, desde la antigüedad, la diferenciación o disminución de las penas para los menores, resulta lógico, que fuera esa la línea que se siguiera para buscar la justificación de un sistema de justicia de menores diferente del de los adultos.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Si bien es cierto que en su momento dichos argumentos sirvieron como fundamento diferencial, en la actualidad carecen de razón en el sentido de que explican, por qué un menor que ha cometido un delito debe tener un trato ~~diferencial del adulto, un juzgamiento por instituciones diferentes del Juez que~~ ventila los procesos de los adultos, que las penas a los que estén sujetos los menores sean especializadas y más cuidadosas, que se ejecuten en instituciones separadas de las de los adultos, más no significa que los menores no sean capaces de cometer delitos y que la respuesta estatal no esté relacionada con el *ius puniendi* y con el derecho penal.

Dado que los argumentos doctrinarios en relación a la inimputabilidad de los menores no cuentan con un apoyo objetivo y han dejado de tener credibilidad entre los estudiosos y la gente en común, debemos de recurrir a otro concepto para explicar doctrinariamente la diferenciación entre un sistema penal para ellos y otro para adultos, ya que hasta la fecha las explicaciones otorgadas por los conocedores de la materia no han sido lo suficientemente convincentes. Sin embargo, lo que es indiscutible es que al existir un ordenamiento jurídico que regula la Justicia de Menores tomando como fundamento la descripción típica de la norma penal, pero en lugar de punibilidad establece medidas de orientación, protección y tratamiento en sus variantes de externación e internación, no queda duda alguna que esta materia cuenta con su propia autonomía.

Una solución posible a este problema es la teoría del modelo lógico del derecho penal que nos aporta una idea digna de contemplar, cuando propone que las normas penales no están concretamente establecidas en un único ordenamiento legal sino por el contrario se encuentran sus elementos dispersos en diversos ordenamientos legales como es el caso de las normas aplicables a los menores, ya imputables o inimputables y así contempla dentro de su concepto de universo de normas penales a las:

- a) Normas penales para adultos imputables.
- b) Normas penales para adultos inimputables.
- c) Normas penales para MENORES IMPUTABLES.
- d) Normas penales para MENORES INIMPUTABLES.

Sin embargo, no podemos encontrar una explicación que nos oriente en saber la razón que inspira al legislador para emitir normas de carácter penal para

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

menores y otras diversas para los adultos, sean imputables o inimputables, en ambos universos.

Tampoco se nos explica la razón por la que el Estado ha tenido que otorgar normas para diversos universos penales como el de los menores y los adultos sin hacerlo para ancianos y mujeres. Esto es, no se encuentra en esta teoría la razón inspiradora del legislador para dividir en cuatro y solo cuatro a los universos jurídicos de la materia penal.

b) La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores

Si bien, en la doctrina y legislación tutelar, por la amplitud de sus hipótesis de intervención estatal y por su falta de delimitación en los sujetos a los que estaba dirigida la ley, el concepto de inimputabilidad era suficiente para dar una explicación al problema, a la luz de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, este concepto trae consigo confusiones y enredos, ya que parece contradictorio hablar de inimputables menores, mismos que pueden ser inimputables o imputables.

Una de las causas de inhibición de conocimiento y de la materialización del *ius puniendi* del Estado en la justicia penal de adultos es precisamente que el sujeto activo de la conducta sea inimputable, para lo que se ha considerado que lo serán aquellas personas que al momento de cometer una conducta típica no sean mayores de dieciocho años. En el caso de que dicho supuesto se concrete, tanto el juzgador penal como la autoridad ejecutora se deben de abstener de aplicar una punibilidad y una pena respectivamente, y como consecuencia de esta calidad específica, el sujeto activo será derivado a la jurisdicción de Consejo de Menores en el que dicha conducta se analizará y se valorará en forma diferente que en los adultos imputables e inimputables.

Sin embargo, ya ubicados en el universo del derecho penal para los menores de edad, encontramos también dos calidades particulares. La Ley para el Tratamiento de Menores, reconoce estas dos calidades aunque no de manera expresa, ya que en su artículo sexto determina que el Consejo de Menores es competente para conocer de las conductas de las personas mayores de 11 años y menores de 18 años de edad tipificadas por las leyes penales señaladas en el artículo primero de la ley. Los menores de 11 años serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de esta materia, las cuales se constituirán en este aspecto como auxiliares

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

del Consejo. De igual forma considera en su artículo 76 como una causa de sobreseimiento el hecho de que el menor padezca trastorno psíquico permanente.

De tal suerte que, como se aprecia, la Ley de Tratamiento para Menores, ~~diferencia estas dos categorías de menores, la de los imputables para efecto de justicia de menores y la de los inimputables.~~ El primer subuniverso lo constituyen los menores de 18 y mayores de 11 que no tengan trastorno mental y del segundo, el Consejo se inhibe de conocer de casos de menores de dieciocho años que tengan un trastorno psíquico permanente y de los menores de 11 años aún cuando hubiesen desplegado la misma conducta delictiva que uno de 17 o un adulto. Para este menor de edad no existe ningún tipo de sanción, medida, o reacción social. Esta situación nos recuerda, no sin sus variantes, el régimen jurídico que imperó bajo la vigencia del Código Penal de 1872.

El espíritu de la ley en comento para establecer estas categorías de menores se basa en el caso de los menores de once años, en la posición de que el ser humano en el caso concreto no cuenta con la capacidad psíquica ni siquiera disminuida para comprender la ilicitud o licitud de una conducta y que más que eso, la realización de una conducta antes de los once años no requiere de un tratamiento integral que logre los objetivos propuestos en la ley que son:

I. Lograr su autoestima desarrollando sus potencialidades y autodisciplina para lograr en el futuro el equilibrio en su vida individual familiar y social; II. Modificar los factores negativos biopsicosociales para propiciar un buen desarrollo; III. Promover valores y hábitos; IV. Reforzar el reconocimiento y respeto de normas morales sociales y legales así como las consecuencias de su inobservancia; V. Fomentar los sentimientos de solidaridad social, familiar, nacional y humana.

Por otro lado, respecto de los menores inimputables por padecer un trastorno psíquico permanente, hace innecesario un tratamiento como el ya descrito en atención a que el menor no cuenta ni con los recursos psíquicos más elementales para asimilar el tratamiento que se le brinde.

Es por lo anterior que a nuestro criterio es dable hablar de menores imputables e inimputables ya que como se insiste, hemos salido definitivamente del concepto de inimputabilidad del derecho penal de adultos para involucrarnos en la justicia de menores, universo normativo diferente del primero, pero que sustenta su existencia en los principios democráticos de legalidad y legitimación y,

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

como consecuencia, la cascada de teorías respecto del tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad (participación en el caso de menores) y sus aspectos negativos son aplicables a la materia de la justicia de menores.

Como consecuencia, debemos considerar que el menor de edad se encuentra inscrito en el campo del derecho penal, ya que respecto a la conducta, tipicidad y a la antijuridicidad, las teorías desarrolladas son enteramente aplicables a esta materia y si pudiésemos hablar de una punibilidad o descripción de una medida de seguridad también es posible hablar de una medida de tratamiento, cumpliéndose en este ámbito los fines establecidos en el artículo 18 Constitucional respecto al sistema penal.

Al quedar incluido el menor en el ámbito de la política criminal debemos encontrar algún concepto teórico diferente a la inimputabilidad que satisfaga y clarifique los problemas aquí presentados, ya que como se ha tratado, el término inimputabilidad es insuficiente para describir la situación particular del menor infractor en el ámbito del derecho penal.

c) Un pronóstico más favorable

Entonces si no es la inimputabilidad lo que debe diferenciar al sistema de justicia de menores del de los adultos, ¿por qué debemos emplear medios distintos para unos y para otros?

Podemos asegurar que la mayoría de las personas adultas, sin que sus mentes sean presas de pasiones negativas hacia su propia infancia o juventud, consideran necesario que el Estado, frente a la delincuencia juvenil, tenga un trato diferenciado entre un adulto y un menor, quizás sí severo pero diferente en intensidad y duración.

Este sentir de un adulto, respecto del menor en conflicto con la ley penal, podemos suponer que es resultado de la simpatía por nosotros mismos cuando niños o jóvenes. Si en algún momento de nuestra juventud incurrimos en alguna violación o infracción a la ley o a algún reglamento o nos encontramos con que nuestras familias eran disfuncionales y por ellos éramos inadaptados, violentos, groseros, fuimos expulsados de la escuela, éramos niños problema, pudimos haber sido objeto de la intervención del Estado y ser llevados ante un Tribunal para Menores o Consejo Tutelar. Sin embargo, por suerte, este hecho no sucedió, y para nuestra enmienda o para superar esta etapa no fue necesaria la intervención estatal.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Quizá pensamos que para comprender la importancia del valor que habíamos violentado, no fue necesaria una prisión o la privación de la libertad prolongada. Una reprimenda o castigo leve nos hacía reflexionar y aprender. Pensamos que pudimos salvarnos a nosotros mismos con la experiencia de los demás y sin la necesidad de que el Estado interviniera.

Podemos pensar que no sabíamos o conocíamos la importancia o trascendencia de nuestra conducta (por eso éramos inimputables), y de igual forma, no negamos o negaríamos nuestra potencialidad de "aprender", de que alguien nos enseñara ese valor social que habíamos violado, de esa conducta reprochable, de las consecuencias de la misma y de la afectación de los intereses de los demás y de nosotros mismos.

La concepción de nosotros como niños y adolescentes resultará el parámetro para concebir a los demás menores. También de nuestra concepción como adultos será la regla que utilicemos para referirnos a los demás adultos. Es por ello que no podemos tolerar que alguien igual que nosotros cometa un delito, por lo que pensamos que si no aprendió de niño o de joven a incorporar esos valores sociales, es mucho más difícil que aprenda ahora, por ello el castigo o la pena debe ser más prolongada e intensa.

Si vemos este pensamiento, similar al que puede tener cualquier persona que por objetiva o científica, no deja de ser persona y haber sido niño o joven, aunque en la actualidad se dedique al cultivo de la filosofía, de la psicología, del derecho, sea legislador o juez, podemos encontrar dos elementos diferenciales: uno, la inconsciencia o falta de capacidad del niño o adolescente sobre su conducta y los resultados de ésta; y segundo, la posibilidad de enmienda más efectiva y rápida a diferencia de la de un adulto.

A la primera le llamamos inimputabilidad y es ésta, la que como ya vimos, ha sido utilizada desde siempre para tratar de diferenciar las reacciones estatales que se dan frente a un joven respecto de un adulto. La segunda no tiene nombre en la doctrina pero podemos intitularle como la "posibilidad de un pronóstico más favorable".

El primero de los criterios ha sido intentado y practicado por varios siglos y es tan arbitrario y subjetivo como el segundo, sin embargo, la práctica del primero nos ha mostrado históricamente que ha generado problemas y grandes polémicas, ya que los argumentos que lo sostienen, actualmente carecen de valor alguno y no

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

convencen a la sociedad culta ni al pueblo en general y, por el contrario, son un elemento que daña en la actualidad la imagen y confiabilidad de las instituciones encargadas de esta materia. Por ello, parece indispensable intentar un cambio de discurso a este trato diferenciador a los menores que no podemos ni debemos negar, pero que necesitamos justificar con bases y principios firmes que logren alcanzar la credibilidad y confianza de la ciudadanía.

Como mencionamos en el capítulo anterior, al hablar de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, la exposición de motivos de la misma nos invita a modificar nuestro sistema conceptual respecto de la diferenciación de los sistemas de justicia cuando expone que "La prevención de los delitos y el adecuado tratamiento a quienes delinquen, son tareas prioritarias del Estado en atención al interés general y por la afectación a la colectividad. Cuando se trata de menores infractores, la prevención social cobra una mayor importancia en virtud de que en este nivel existen posibilidades de corregir a tiempo conductas antisociales, que más tarde pueden alcanzar altos niveles de gravedad."

Esto es, se nos autoriza para hablar de un mejor pronóstico de correccionalidad, ya que no se habla de inimputabilidad ni de protección; no establece la menor capacidad de inteligencia del menor en relación al adulto, no se habla de capacidad psíquica disminuida, se habla pues de la posibilidad de corregir a tiempo conductas antisociales, antes de que alcancen niveles graves. Existen en los menores mejores posibilidades de corrección que en los adultos, es por ello que se justifican leyes, juzgados, establecimientos y funcionarios especiales para atenderlos y tratarlos cuando hubiesen cometido un delito. Por ello podemos afirmar con Zulita Fellini que la nueva concepción de la reacción del Estado respecto de la delincuencia juvenil "se fundamenta en la plausible idea de que la edad poco avanzada autoriza a inferir la existencia de una energía delictual menos intensa, por lo que resultan innecesarias las privaciones de derechos a que son sometidos los delincuentes adultos que son autores de comportamiento (sic) similares. La estrategia de readaptación ofrece mayores posibilidades de evitar la reincidencia tratándose de un joven que cuando se la procura con un criminal adulto".²⁰²

Al justificar doctrinariamente la necesidad de la separación de las instituciones procesales del tratamiento por el mejor pronóstico de éxito de un menor respecto de un adulto, encontramos más y mejores argumentos y ventajas

²⁰² Zulita Fellini, Gandulfo.- *Menores Infractores*. Alegatos. No.1.- Septiembre - Diciembre 1985. México, D.F. p. 33.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

tanto doctrinarias como prácticas, que al insistir neciamente en buscar la justificación en la inimputabilidad, ya que el concepto de imputabilidad no puede responder con dignidad a los diferentes cuestionamientos que se le hacen; por ejemplo, el caso del menor que comete delitos en un Estado de la República que contempla la minoría penal a los 16 y en otro que la contempla a los 18, en uno es imputable y en el otro no; o el caso del menor que comete un delito un día antes de cumplir los 18. La noche de ese día le dará la madurez para ser imputable, etc.; o como en el reciente caso en que la Ley contra el Crimen Organizado pretendía disminuir la edad penal en ciertos delitos a los 16 años, esto es, un menor para algunos delitos es imputable, para otros es inimputable.

En lo económico, el Estado invertirá recursos en el tratamiento de un menor de edad, lo que garantiza con mayor realidad el éxito en el logro de su objetivo de readaptación, con menos recursos que lo que costaría la segregación por un largo periodo de tiempo de un criminal adulto.

La discusión respecto de la disminución de la edad penal terminaría de igual forma, ya que no es la justificación de la inimputabilidad la que se pondera; esto es, si los mayores de 16 saben lo que hacen; sino por el contrario, la política criminal se orienta hacia trabajar y tratar a los que por su personalidad moldeable pueden dar mejores resultados.

Adoptando esta postura podría lograrse la tan anhelada unificación de la edad penal en la República Mexicana ya que si la política criminal se orienta en ese sentido, los Congresos de los Estados podrían justificar sin dudas y ambigüedades dicha unificación.

Las instituciones de menores lograrán su legitimación a través de la aceptación y la confianza social, al cambiar su actual imagen de instituciones en las que sólo se reprende a los menores y se les echa a la calle muy rápido, sin haber realizado un trabajo de readaptación o enmienda, lo que promueve la impunidad de la delincuencia.

Los objetivos de las autoridades encargadas de la ejecución de las medidas serían más claros y congruentes, al sustentar precisamente en su trabajo de readaptación, la diferencia entre un sistema penal de adultos y uno de menores.

En fin, consideramos que podrían existir muchos beneficios al desterrar de plano el criterio de la inimputabilidad para diferenciar el sistema penal de justicia

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

de los menores del de los adultos, para adoptar el de mejor pronóstico de tratamiento ya que, como afirmamos, permitiría el desarrollo de una doctrina penal para menores con bases más firmes, además de que el tema de la inimputabilidad acapara la mente de los pocos autores dedicados a este tema, impidiendo profundizar en otros puntos de gran relevancia para esta materia tan inexplorada en su aspecto jurídico.

II. LAS MEDIDAS DE ORIENTACION, PROTECCION Y TRATAMIENTO DENTRO DE LA DOCTRINA DE LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Otro de los argumentos que ha sido utilizado para tratar de justificar la supuesta separación de los menores del derecho penal es que los doctrinarios y aún la tesis jurisprudencial Castañeda, a la que nos referimos anteriormente, especifican que los menores que han cometido infracciones no son sujetos de penas, sino de medidas de seguridad; que atendiendo a su "inimputabilidad", no pueden ser sujetos de una punición sino deben serlo de medidas que tiendan a su educación. De hecho, este punto es uno de los que tuvieron mayor peso para sostener que cuando el Estado intervenía en la esfera jurídica de un menor y lo sujetaba obligatoriamente a un tratamiento, lo hacía en su carácter de sustituto de la patria potestad, conferida a los padres, y no como autoridad; por lo que el amparo no era procedente en contra de las decisiones del Tribunal de Menores.

El objetivo del presente apartado es tratar de distinguir las características que presentan las medidas de orientación, protección y tratamiento descritas en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores de acuerdo con las particularidades que le ha designado la doctrina clásica a las penas y a las medidas de seguridad. Para ello, es necesario precisar cuales son las características de cada una, y de esta forma determinar su alcance y contenido, para luego tratar de ubicar las medidas que se aplican a los menores que infringen las leyes penales dentro de estos rangos y así descubrir si se trata propiamente de una pena, ya que se le reconoce cierta responsabilidad al menor o de una medida de seguridad en la que se atiende exclusivamente a la peligrosidad del sujeto.

A) La pena

Pena para Antolisei²⁰³ es sinónimo de castigo, en general indica el dolor, el sufrimiento que se infringe a quien ha violado un mandato.

Su carácter esencial es la afflictividad; una pena no afflictiva sería una contradicción; sería como decir luz oscura o fuego frío.

Desde el punto de vista substancial la pena consiste en la privación o reducción de un bien individual.

La pena delictiva, puede definirse como el sufrimiento conminado por la ley e irrogado por la autoridad judicial mediante proceso a quien viola un mandato de esa misma ley.

Las principales teorías que tratan de sostener la necesidad de la pena son:

1) La retribución.- Para esta teoría la pena no es más que una recompensa: el mal que se sufre por el mal que se ha hecho, el reo que ha violado una norma debe sufrir un castigo y lo sufre.

Este criterio retributivo ha adoptado afiliados que se dividen en dos vertientes:

La retribución moral: Que sostiene que como el delito constituye una violación del orden ético, la conciencia moral exige que sea castigado.

Por su parte, la retribución jurídica sostiene que el delito es rebelión del particular en contra de la voluntad de la ley, como tal, exige una reparación que vuelva a ratificar la autoridad del Estado.

2). La intimidación.- Esta teoría le atribuye a la pena precaver los delitos mediante la eficacia intimidatoria que le es inherente; como se trata de un sufrimiento, ésta puede disuadir a los gobernados a que no cometan acciones delictivas.

Feuerbach (Citado por Antolisei), partiendo de la premisa de que todas las infracciones surgen del deseo de procurarse un placer y que ese impulso

²⁰³ Antolisei, Francesco. *Manual del Derecho Penal*. Parte General. Editorial Temis, Colombia 1988. p. 483.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

psicológico solo puede ser eliminado si el sujeto sabe que a su acción le seguirá un mal que será mayor que el disgusto consiguiente a la no satisfacción de su deseo, afirma que el Estado conmina la pena a fin de demostrar a sus súbditos que no les conviene violar la ley y, por tanto, para disuadirlos de que cometan delitos.

3). La enmienda.- Los partidarios de esta teoría sostienen que el delincuente con su acto demuestra ser propenso a cometer acciones delictuosas y a fin de precaver su recaída en el delito, hay que procurar que se arrepienta; hay que mejorarlo, que corregirlo, por lo que la enmienda del reo es la verdadera función de la pena. Al lograrlo, el Estado asegura la conservación y el progreso de la sociedad.

Las anteriores teorías, desde el punto de vista práctico no se contraponen sino por el contrario, se complementan. La pena puede tener como fin último la justicia y la protección social, pero tomando en cuenta sus fines inmediatos, la pena deberá ser:

a) Intimidatoria, ya que de lo contrario sería ineficaz para prevenir el delito.

b) Ejemplar, con el objeto de que no solamente exista la amenaza teórica, sino que el delincuente potencial advierta que puede ser efectiva y real.

c) Correctiva, no sólo porque al aplicarse invita a reflexionar al que la sufre respecto del delito que la ocasiona, sino debe ser una experiencia educativa y que le brinde mayores elementos en su estructura personal que le faciliten su reincorporación a la sociedad de forma más armónica y se prevenga la reincidencia.

d) Justa, ya que si es el orden social el que descansa en la justicia es incongruente que se mantenga dicho orden con base en injusticias, además de que se satisface la demanda de justicia de los afectados con el delito, ya que de lo contrario sería un estímulo negativo para reiniciar la vindicta privada.

En el caso de Edmund Mezger²⁰⁴ el fin de la pena es la prevención del delito, ya que es precisamente este fin el que persigue el Estado al castigar, con tal actividad punitiva.

²⁰⁴ Mezger, Edmund.- *Derecho Penal. Parte general*, Cárdenas Editores. México, 1990. p. 378.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

La prevención del delito se puede realizar por dos caminos, esto es, actuando sobre la colectividad (prevención general) o actuando sobre el individuo que tiende a delinquir o comete un delito (prevención especial), en consecuencia nos podemos percatar que la pena abarca tres niveles diferentes: la conminación, la imposición y la ejecución.

a) Prevención general.- Es actuación pedagógico-social sobre la colectividad. Aunque la pena estatal sea una medida frente al individuo a quien se le conmina, impone y ejecuta una pena, tiene una amplísima significación que va más allá de las significación particular que posee en cada caso. La pena actúa sobre la comunidad jurídica y sobre la conciencia de la colectividad "intimidando" y por consiguiente previendo el delito; debe servir para educar la conciencia de la colectividad hacia los sentimientos más humanos, esto es, en contra de la comisión de los delitos como lo vimos al analizar la doctrina clásica y la positivista.

La prevención general persigue los siguientes fines:

1) Intimidación.- La imposición de la pena debe realizarse a fin de divulgar en la colectividad el "terror" y el miedo frente a los hechos punibles.

Para la convivencia social, son necesarias las inhibiciones psicológicas que se oponen a las tendencias criminales y se insertan en el ordenamiento existente. Esta criminalidad latente requiere encontrar su contrapeso, en la conminación, imposición y ejecución de una pena.

2) Consideración o respeto a la personalidad.- La experiencia enseña que nada embrutece y a la postre estimula tanto al delito como un sistema penal rudo y brutal, contrario a la conciencia de la época. Solamente una pena justa y humana ejerce una verdadera función preventiva general sobre la conciencia de la colectividad.

La personalidad del individuo es para el derecho, un valor propio que no se destruye ni puede ser destruido tampoco si se cometen delitos, de ahí que la pena deba involucrar en sus fines fundamentales ese valor propio.

b) La prevención especial, es actuación sobre el individuo para evitar que este cometa delitos. Puede ser corporal y física, o anímica y psíquica, pero en este último caso pedagógica e individual. La prevención especial se materializa con los mismos principios que emplea la intimidación y también ella debe obrar en el

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

marco del respeto a la personalidad humana, ya que lo que vale para la colectividad, vale también para el individuo como miembro de ella.

Los fines de la prevención especial han sido incluidos en dos criterios: de seguridad y de corrección, que también fuera de la pena en sentido estricto desempeñan un papel en la medidas de seguridad y de corrección.

1) Seguridad.- La sociedad debe estar asegurada contra el delincuente. Aún cuando se mantenga el criterio de la pena por culpabilidad y de la retribución proporcionada al acto, la pena puede y debe bastar, directa o indirectamente, si no a todas, por lo menos a numerosas necesidades de seguridad de la colectividad.

2) Corrección.- Abarca todos los aspectos de la corrección especial que no se conforman con la simple seguridad de la colectividad frente al delincuente, sino que actúan sobre éste corrigiéndolo, o sea, liberándolo, para el futuro. de sus tendencias delictivas. Por tanto corrección es en primer lugar, educación y actuación pedagógico - individual, tanto en la libertad como en la prisión durante el cumplimiento de la pena.

Tomando en cuenta lo anterior, Ignacio Villalobos considera que las características de la pena deben ser:

1) Para que las penas sean intimidatorias deben ser aflictivas, ya que a nadie amedrenta una consecuencia agradable o indiferente, además de que debe ser legal, ya que sólo si es conocida de antemano produce el efecto que busca, asimismo debe ser cierta, ya que la sola esperanza de eludirla por razones técnicas, o alguna otra causa, desvirtúa el efecto de una amenaza.

2) Para ser ejemplar debe ser pública en cuanto que de a conocer a los ciudadanos la efectividad del sistema penal.

3) Para ser correctiva deben establecerse mecanismos educativos y sistemas técnicos que permitan al reo la adaptación al medio; que garantice la prevención de futuras infracciones.

4) Y para ser justa debe ser humana, esto es, que no dejen de lado la personalidad y las particularidades del que la sufre; iguales en tanto miren a la persona y no a su categoría social, suficientes; remisibles; reparables; y variadas, para poder elegir entre ellas la más propia para el caso; elásticas, para que sea

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

posible individualizarlas en cuanto a su duración o cantidad, y económicas, que no representen una gran erogación para el Estado.²⁰⁵

Antolisei²⁰⁶ complementa las anteriores características con las siguientes:

1) Debe ser personalísima, ya que sólo se debe imponer al autor del delito.

2) La aplicación de la pena debe estar legalmente reglamentada, ya que solo puede inferirse en los casos expresamente establecidos en la ley, y solamente las previstas en la ley.

La aplicación sólo se encomienda a alguna autoridad jurisdiccional, que haya seguido debidamente el procedimiento establecido.

La pena no podrá revocarse sino sólo en los casos establecidos en la ley.

3) La pena una vez dispuesta en lo particular se debe aplicar al autor de la violación.

4) La pena debe ser proporcional al delito.

B) La medida de seguridad

Las medidas de seguridad para Villalobos son aquellas que sin valerse de la intimidación y por tanto, sin tener carácter definitivo, buscan el mismo fin de prevenir futuros atentados de parte de un sujeto que se ha manifestado propenso a incurrir en ellos.²⁰⁷

El mismo autor considera que la diferencia fundamental entre las penas y las medidas de seguridad radica en los fines intimidatorios y ejemplares de las primeras y que se hallan ausentes en las medidas de seguridad.²⁰⁸

Para Antolisei, son providencias tendientes a readaptar al delincuente para la vida libre en sociedad, es decir para promover su educación o curación, poniéndolo en situación de no causar daños.²⁰⁹

²⁰⁵ Villalobos, Ignacio.- *Derecho Penal Mexicano*. Porrúa. México, 1992 p. 521 y sig.

²⁰⁶ Antolisei. *Op.Cit.* p. 553.

²⁰⁷ Villalobos, Ignacio. *Op. Cit.* p. 528.

²⁰⁸ *Idem.* p. 619.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Toda norma penal tutela un valor y para tutelarlos y lograr su respeto se otorgan los medios para asegurarlos, y es por ello que la coacción sobre el que viola la norma y la restricción de la esfera jurídica de éste es como se protege dicho valor.

La tutela puede darse en dos tiempos, en relación al momento de la violación de la norma. En primer lugar se trata de evitar, por medio de las medidas jurídico tutelares de defensa, mientras que el segundo tiempo, posterior al daño, el fin es la reintegración del orden jurídico mediante las medidas jurídico - tutelares reintegrativas.

Luego de la violación de una norma penal y de su consecuencia jurídica queda el temor de que el sujeto que la violó vuelva a hacerlo por lo que las medidas jurídico - tutelares de defensa tratan de prevenir el hecho futuro.

Las medidas reintegrativas atienden a un hecho pasado y su relación se establece entre algo exterior a un hombre, su acto y una medida jurídica; las medidas defensivas corresponden a un hecho futuro y por ello, la relación se establece entre la medida jurídica y el hecho temido; las primeras parten de un hecho cierto, objetivo, mientras que las segundas que corresponden a las medidas de seguridad, atienden hacia el futuro.

La imposición de una medida de seguridad tiene como única causa jurídica la existencia del estado peligroso, que es antecedente obligado y presupuesto de su aplicación.²¹⁰

Habiéndose establecido algunas características de las penas y las medidas de seguridad, siguiendo a Esteban Righi, trataremos de establecer sus diferencias.

Este autor menciona que las bases propuestas por el penalista Stooss, quien elaboró el Código Penal para Suiza, en que aparecen por primera vez en forma sistematizada las medidas de seguridad en 1893, para diferenciar las penas de las medidas de seguridad son las siguientes:

²⁰⁹ Antolisei. *Op. Cit.* p. 553.

²¹⁰ Olesa Mundo, Francisco Felipe.- *Las Medidas de Seguridad*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona España. 1951. p. 124.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

1.- La pena tiene contenido expiatorio, se impone al culpable de un delito y su duración debe ser proporcional al bien afectado, a la gravedad de la lesión y a la magnitud de la culpabilidad del autor.

~~2.- La medida de seguridad es una privación de derechos que persigue un fin tutelar, es consecuencia de un estado peligroso y de duración indeterminada.~~

Sin embargo estas ideas son altamente cuestionables en atención a que a lo largo del desarrollo y evolución del derecho penal en un Estado democrático es ya imposible hablar de que una pena tenga el carácter retributivo y expiatorio. En México, el contenido del artículo 18 constitucional y de la legislación secundaria, relacionadas con las penas y su ejecución así como con el sistema penitenciario descubren el sentido humanista y socializador de la pena y de la tradición jurídica mexicana. A pesar de los grandes esfuerzos de muchos, el sistema penitenciario no ha podido adoptar la dignidad y la legitimación necesaria para lograr los objetivos y aspiraciones plasmados en nuestra legislación.

No es posible afirmar que el Estado al imponer una sanción (pena o medida de seguridad) no esté infiriendo al que se la aplica un sufrimiento. La restricción de derechos, desde el momento en que es impuesta por el Estado es coactiva, y va en contra de la voluntad del gobernado y, por tanto, es sufrida por él.

Atendiendo a lo anterior, el autor nos refiere que como único elemento distintivo de la pena y la medida de seguridad es que cada una está condicionada a presupuestos diferentes.

El primer elemento que se ha utilizado para tratar de diferenciar a las medidas de seguridad de las penas es la coactividad, sin embargo, se considera que no es un razonamiento eficaz, ya que ambas son impuestas por el Estado por la fuerza, pese a que se manifieste que las medidas de seguridad no son castigos, sino tratamientos y medios de readaptación social, lo cierto es que se trata de un argumento que se encuentra muy lejos de la realidad ya que ambas tiene un carácter aflictivo que produce sufrimiento a quienes se les aplica.

Dado que la medida de seguridad se traduce en una restricción de derechos, tampoco se puede diferenciar de la pena, ya que también el sujeto sufre un mal como consecuencia de una decisión estatal.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Righi manifiesta que cuando el Estado aplica alguna medida o pena lo hace en el ejercicio del *ius puniendi* por lo que tanto en las penas como en las medidas de seguridad debe ser aplicado el principio de legalidad, esto es, imponerse las medidas establecidas en la ley y por las causas establecidas en la misma; las medias de seguridad deben ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales y previa realización de un proceso en donde se respeten los derechos subjetivos de los gobernados.

El autor hace una dura crítica al sistema tutelar que se venía conociendo a la luz de la Ley que Crea los Consejos Tutelares para Menores, que en el campo de su competencia se establecían las infracciones a reglamentos y el estado de peligro. Critica que son muchos los problemas procesales que plantea la prueba del estado peligroso, ya que no se trata de acreditar hechos del pasado sino de inferir el porvenir; se pretende construir un pronóstico de conducta futuro.

Por ello es inevitable que los indicios se conviertan en la práctica del único medio probatorio de que disponen los órganos estatales de control social, optándose por dotar a los mismos de un margen de discrecionalidad tan amplio que resulta incompatible con las bases mínimas del funcionamiento del sistema acusatorio.²¹¹

Miguel Bajo Fernández menciona que frente al derecho penal, que tiene como reacción la pena, se habla de principios liberales, de garantías individuales ante posibles arbitrariedades del poder público, que habla por ejemplo del principio de hecho ¿Por qué se debe castigar? Y la respuesta debe ser: Por lo que se hace y no por lo que se es.

Se habla del principio de legalidad en el sentido de que las conductas deben estar descritas y las penas deben estar determinadas.

Se habla del principio de culpabilidad y se establece el principio de proporcionalidad.

En el llamado derecho de medidas de seguridad lo que ocurre es que ninguno de estos principios se cumple, ni deben cumplirse en puridad. Por que el estado peligroso y el concepto de medidas de seguridad son totalmente irreconciliables con los principios anteriores.

²¹¹ Righi, Esteban.- *Medidas de Seguridad, Descripción Legal, Aplicación Judicial y Ejecución*. Primer Congreso Mexicano de Derecho penal. UNAM. México. 1981.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Se impone a la persona una medida de seguridad por lo que es y no por lo que hace. No cabe el principio de legalidad, por que los estados peligrosos no pueden ser determinados con exactitud y deben quedar en manos siempre de la interpretación judicial. ~~No rige el principio de culpabilidad, por supuesto, sino el~~ de peligrosidad, y tampoco debe, en realidad, funcionar el principio de proporcionalidad, por que la medida de seguridad esta exclusivamente en función del estado del sujeto, de su forma de ser, de la forma de vida que lleva y no de lo que hizo.²¹²

Habida cuenta de todo lo anotado anteriormente, podemos considerar que las similitudes entre penas y medidas de seguridad son:

1. Ninguna de las dos tiene un carácter expiatorio en atención a que la teoría de la retribución ha sido superada en nuestra legislación penal.
2. Ambas tienden a la corrección del enjuiciado.
3. Deben ser justas.
4. Deben tener consideración y respeto por la personalidad.
5. Uno de sus objetivos es la seguridad y protección de la sociedad.
6. Son personalísimas.
7. Se encuentran legalmente reglamentadas y se aplican por hechos previstos en la ley (cumplen con el Principio de Legalidad)
8. Ambas son coactivas y obligatorias.
9. Ambas infringen sufrimiento.

De igual forma consideramos que las diferencias principales que hemos encontrado entre la pena y la medida de seguridad son:

1. En el caso de la pena tiende a la prevención general ya que es intimidatoria e inhibe al ciudadano a delinquir y de esta forma evitar un mal mayor.

La medida de seguridad no posee la característica de intimidatoria ya que principalmente está destinada a inimputables que no son capaces de motivarse con la misma.

2. Las penas se aplican al sujeto por lo que hizo (principio de hecho).

²¹² Bajo Fernández, Miguel. *Consideraciones sobre el Derecho Penal de Medidas de Seguridad*. Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal. UNAM. México. 1981.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Las medidas de seguridad se aplican al sujeto por lo que es y el peligro que (derecho penal de autor) representa.

3. Las penas son proporcionales a la culpabilidad y a la gravedad del delito, así como por la violación del bien jurídico tutelado y su jerarquía.

Las medidas de seguridad se aplican al sujeto en base a la peligrosidad presente y se prevé la peligrosidad social que pueda representar a futuro.

C) Las medidas de tratamiento en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores

Una vez determinadas las características, principios, teorías, similitudes y diferencias entre las penas y las medidas de seguridad, habremos de hacer un estudio de las medidas que se aplican en la justicia de menores a efecto de dilucidar a que tipo de sanción corresponden.

Como mencionamos anteriormente, en la ley de menores existen tres tipos de medidas (como las llama la ley): de orientación, de protección y de tratamiento, que puede ser en internación y en externación. Son estas últimas las que analizaremos.

El artículo 88 de la ley determina que los consejeros unitarios ordenarán la aplicación conjunta o separada de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento externo e interno tomando en consideración la gravedad de la infracción y las circunstancias personales del menor.

1. Proporcionalidad de la medida a la culpabilidad y la gravedad de la conducta

Respecto de este punto la ley utiliza un sistema que sale por completo de toda línea de clasificación, dado que por un lado utiliza un sistema proporcional a la culpabilidad y la gravedad del delito pero por lo que hace a la proporcionalidad en delitos considerados como graves, utiliza un sistema eminentemente peligrosista, dando como resultado una serie de políticas inconvenientes para el actuar del juzgador, que generan inseguridad jurídica, al desconocerse el tiempo en que un menor debe quedar privado de su libertad, violando con ello el principio de legalidad que por un lado adopta pero no respeta en todas sus instituciones.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

A) En el caso de las medidas que se contemplan y atendiendo a la obligación que impone la ley, es necesario que el Consejero tome en cuenta la gravedad de la infracción, esto es, la jerarquía que le establece el código punitivo al tipo respectivo, actualizado por el menor, atendiendo por supuesto a su punibilidad tomando también en cuenta las modalidades de su comisión, (calificativas y atenuaciones) para determinar si el menor puede quedar en tratamiento en externación o en internación, cumpliéndose entonces con el principio de culpabilidad más que el de peligrosidad.

Lo anterior se refuerza en atención a que la propia ley en su artículo 22, relativo a las facultades de los Consejeros determina que podrá entregar al menor a sus representantes, cuando se declare que no ha lugar a proceder o si se trata de infracciones imprudenciales o que correspondan a ilícitos en que las leyes penales admitan la libertad provisional bajo caución.

De igual forma, el artículo 46 de la ley determina que cuando se trate de conductas no intencionales o culposas, el Ministerio Público o el Comisionado entregarán de inmediato al menor a sus representantes legales o encargados fijando en el mismo acto la garantía correspondiente para el pago de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Los representantes legales o encargados quedan obligados a presentar al menor ante el Comisionado cuando para ello sean requeridos.

Igual acuerdo se adoptará cuando la infracción corresponda a una conducta tipificada por las leyes penales señaladas en el artículo 1º. de esta Ley, que no merezcan pena privativa de libertad o que permitan sanción alternativa.

Tomando en cuenta lo anterior y que la ley determina que podrá sujetarlo a tratamiento en externación cuando en la justicia de adultos alcance libertad bajo caución, la ley obliga a los órganos del Consejo a tomar en cuenta la punibilidad aplicable de la conducta descrita en el tipo con sus circunstancias de ejecución.

Esto es, la ley establece la necesidad de que el juzgador valore la conducta que está tipificada en la ley penal y la califique de acuerdo a la normas del Código penal y de procedimientos penales para determinar si el menor alcanzará o no su libertad o un procedimiento en externación o en internación. En este sentido, el tipo de medida, o sea, privación de la libertad o no privación de la libertad, debe estar de acuerdo con los principios generales de derecho y de seguridad jurídica

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

que establece el sistema penal mexicano, en sus Códigos penal y de procedimientos penales.

En atención a lo anterior, las medidas de tratamiento en sus modalidades de tratamiento externo e interno se identifican con la pena y no con la medida de seguridad.

B) En el mismo sentido las medidas de tratamiento deben ser proporcionales al hecho y al grado de participación que el menor desplegó en la conducta tipificada en las leyes penales, dado que es desproporcional, iluso e injusto que un menor que robó un dulce en un supermercado deba ser internado en la unidad de tratamiento por su peligrosidad, o que a un homicidio calificado le sea impuesta una medida de tratamiento en externación, atendiendo de igual forma a la equidad y a la proporcionalidad. Además del valor del bien jurídico tutelado, las medidas de tratamiento deben ser proporcionales con la infracción, lo que nos ubica dentro del marco de las penas y no de las medidas de seguridad, además de que las medidas de tratamiento en externación deben aplicarse a corto, mediano y largo plazo, de acuerdo también con la gravedad de la infracción y con las características personales del menor. Dicha disposición es un símil con la que contiene el Código Penal en su artículo 52.

Así pues, encontramos que la Ley para el Tratamiento de Menores cumple parcialmente con el principio de proporcionalidad, íntimamente relacionado con el de legalidad y culpabilidad, cuyos objetivos finales son la seguridad jurídica. Esto es, cuando se trata de la imposición de una medida de tratamiento en externación, el Consejero debe establecer el límite de la punibilidad en términos de mínimo, medio y máximo como lo establece el artículo 113 (que en la práctica se toma como mínimo 6 meses, medio 9 y máximo 1 año).

Lo anterior parece indicar que, con sus particularidades, el legislador considera, en uso de sus facultades constitucionales y siguiendo un criterio de política criminal acorde con un Estado de derecho, que el principio de legalidad y de proporcionalidad impera en la justicia de menores, sin embargo, cuando se trata de la imposición del tratamiento en internación, cuyo límite máximo son cinco años y el mínimo son seis meses, el legislador adopta un criterio positivista alimentado de los estudios biopsicosociales (observación del menor en las legislaciones tutelares) anulando por completo los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad, como tenderemos la oportunidad de ver más adelante.

Pese a lo expuesto, aún con las particularidades de proporcionalidad en la determinación del tipo y tiempo de medida de observación, protección o tratamiento ya sea en externación en sus tres niveles o en internación, podemos ~~identificar este sistema de sanciones con el sistema de las penas y no de las medidas de seguridad.~~

2. Prevención general

Las medidas de tratamiento tienen el carácter de intimidatorias, sobre todo las de tratamiento en internación; efectivamente sería erróneo dejar de reconocer que algunos menores de edad se abstienen de realizar conductas antisociales por el temor de ir a un centro de tratamiento en internación (la “Corre” o el Tutelar como se conoce dentro del mundo de los menores) ya que están conscientes que eso implica la pérdida de su libertad o una vez habiendo ingresado, permite que algunos otros con capacidad de aprender de sus experiencias se abstengan de realizar nuevas conductas antisociales, para evitar ser internado en esta institución nuevamente. Esta afirmación se basa en la realidad cotidiana, por lo que una medida de tratamiento en internación efectivamente cumple con el principio de prevención general propio de las penas. Así mismo, cumple con la función en algunos casos de evitar la reincidencia, más no por razón del tratamiento que se brinda sino por la aflicción de verse privado de la libertad, alejado de su familia, inmerso en un mundo hostil, lleno de violencia y abusos.

Por el contrario, otros menores, sabedores del bajo grado de pena que les será impuesta, o adaptados a la hostilidad de la institución, prefieren correr el riesgo y continuar su productiva carrera delictiva, confiando que si vuelven a ser detenidos su estancia será muy corta.

El efecto intimidatorio o no, de la sanción en ciertos menores, nada tiene que ver con su calidad de pena o medida de seguridad, dado que lo cierto es que un menor que comete un delito y es privado de la libertad, sabe y tiene presente el riesgo que corre y eso es lo que le da el carácter de pena, ya que como se vio, la medida de seguridad no puede tener carácter intimidatorio, ya que a los sujetos a los que está destinada no son capaces de motivarse por temor a la medida y los menores, por el contrario, si son capaces de motivarse por las medidas que les son aplicadas.

3. Principio de hecho

Por último, si bien es cierto que la medida de tratamiento comparte las similitudes de las penas y la medidas de seguridad, como lo es que tienden a la corrección del sujeto, que deben ser justas, consideran y respetan la personalidad, que sus objetivos también son la seguridad y protección de la sociedad, que son personalísimas, se encuentran legalmente reglamentadas y se aplican por hechos previstos en la ley, que son coactivas y obligatorias, y que infringen un sufrimiento, también lo es que las medidas de tratamiento se aplican al sujeto por lo que hizo y no por lo que es.

Efectivamente, atendiendo a que la actual ley abandona de plano el estado de peligro, y la violación a los reglamentos de gobierno (característica de las anteriores leyes tutelares y proteccionistas que regulaban la justicia de menores), el Consejero Unitario debe respetar todos los principios del procedimiento y las garantías procesales de los menores y debe comprobar plenamente el cuerpo de la infracción (o como actualmente establece la Constitución y el sistema penal general los elementos típicos del delito) y para poder aplicar una medida contenida en la ley, la plena participación del menor en la infracción o que la misma le es plenamente atribuible, por lo que más que el principio de que las medidas se aplican a los sujetos por lo que son y no por lo que hacen, no se cumple con las medidas contenidas en la ley en estudio.

Si bien en la observación del menor, los estudios biopsicosociales que le son realizados tienen un peso específico dentro del procedimiento y de la naturaleza de la medida que debe serle aplicada, éstos no son ya la base del procedimiento como en el sistema tutelar, sino que tendrán algún valor en tanto se haya acreditado fehacientemente la comisión de la conducta tipificada en la ley y la plena participación del menor en el hecho delictivo.

Por lo anterior, podemos concluir que las medidas de tratamiento en internación y en externación son penas y no medidas de seguridad.

Por lo que hace a las medidas de protección y orientación, consisten las primeras en I.- El arraigo familiar; II.- El traslado al lugar donde se encuentra el domicilio familiar; III.- La inducción para asistir a instituciones especializadas; IV.- La prohibición de asistir a determinados lugares y de conducir vehículos; V.- La aplicación de los instrumentos, objetos y productos de la infracción, en los términos que determine la legislación penal para los casos de comisión de delitos,

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

así como las de orientación consistentes en I.- La amonestación; II.- El apercibimiento; III.- La terapia ocupacional; IV.- La formación ética, educativa y cultural; y V.- La recreación y el deporte consideramos que efectivamente se pueden incluir dentro del marco de las medidas de seguridad.

De lo anteriormente expuesto podemos afirmar que el sistema de sanciones que se encuentra plasmado en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores es de naturaleza dualista, esto es, que contiene penas y medidas de seguridad, pudiéndose aplicar en forma indistinta, al actualizar la punición al momento de que el Consejero Unitario dicta su Resolución Definitiva.

Por lo que concluimos que, si bien en el tema de la pena y las medidas aplicables a los menores infractores existían algunas dudas y confusiones generadas por el lenguaje de la ley y los argumentos de la doctrina tutelar, que para algunos de sus críticos consideraron eufemismos que escondían la verdadera naturaleza de la sanción impuesta, actualmente no existe duda de que las medidas que impone el Consejo de Menores son formal y materialmente hablando, verdaderas penas aunque la ley prosiga con eufemismos, al bautizarlas como medidas de tratamiento.

III. LOS PRINCIPIOS DE LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL Y LAS INSTITUCIONES DE LA LEY PARA EL TRATAMIENTO DE MENORES

Habiendo demostrado que los motivos de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, los temas de la inimputabilidad y de la naturaleza de las sanciones no son argumentos que permitan extraer al menor de edad del ámbito penal, a partir de este momento iniciaremos el estudio de las figuras y conceptos que posee nuestra ley positiva vigente en materia de menores. Como ya mencionamos, la Ley para el Tratamiento de Menores posee instituciones derivadas de la Doctrina de la Protección Integral plasmada en la Convención de los Derechos del Niño y que en muchos casos son congruentes con los principios constitucionales y legales en materia penal, y otros principios pertenecen a instituciones de naturaleza positivista o tutelar; en otras ocasiones se adoptan sistemas híbridos que se oponen abiertamente al espíritu de la Convención y a nuestro marco constitucional, generando, esa especie de esquizofrenia jurídica a la que hicimos mención anteriormente.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Con el objeto de hacer las observaciones correspondientes a la ley y a sus instituciones, en el sentido de contemplar su acercamiento y su alejamiento del marco de la Convención y de nuestro marco constitucional, queremos recordar los principios que adopta la Doctrina de Protección Integral para luego compararlos con las disposiciones contenidas en la ley y en su caso hacer las sugerencias de modificación legislativa con el objeto de adecuarlas a nuestro esquema constitucional, congruente con la concepción de un Estado de Derecho.

A) Principios Generales:

- a) Ser tratado con humanidad.
- b) La prohibición de torturas.
- c) La inaplicabilidad de la pena capital y de la prisión perpetua.
- d) Reclusión en lugar distinto de los adultos.
- e) La privación de la libertad como último recurso.
- f) Respeto a la privacidad del menor.
- g) Establecimiento del límite inferior de edad.
- h) Comunicación inmediata con los padres o representantes del menor detenido.
- i) De la aplicación de la ley más favorable.

B) Derecho Penal Sustantivo.

- a) Legalidad en la privación de la libertad.
- b) Tipicidad.
- c) Culpabilidad.

C) Autoridades en Justicia de Menores.

- a) Autoridades especializadas en materia de menores.
- b) Juicio ante autoridad judicial.
- c) Capacitación a funcionarios especializados.

D) Procedimiento.

- a) Asistencia jurídica.
- b) Juicio pronto y expedito.
- c) Derecho a negarse a atestiguar o a confesar.
- d) Interrogar a los testigos de cargo y presentar de descargo.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

- e) Asistencia de un intérprete.
- f) Necesidad de estudios psicosociales para determinar la medida.
- g) Libertad de la autoridad para recabar pruebas.
- h) Discrecionalidad de la autoridad en beneficio de menor.
- i) Sentencia determinada.
- j) Pluralidad de medidas.
- k) Medidas proporcionales a la infracción.
- l) Impugnación.
- m) Revisión y suspensión del tratamiento.

A) Los principios generales de la Convención y sus equivalencias en nuestra Constitución y la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores

Respecto de los principios identificados en la Convención y los demás documentos internacionales relacionados con el que el menor sea tratado con humanidad; la prohibición de torturas; la reclusión en un lugar distinto del de los adultos y de la aplicación de la ley más favorable, éstos se encuentran debidamente garantizados por la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 1, 18 tercer párrafo, 19 párrafo tercero, 20 fracción II, 22 y 14 primer párrafo.

Si bien, bajo el régimen tutelar se argumentó que el menor no era sujeto de las garantías constitucionales relacionadas con el proceso penal, a pesar de lo establecido por el artículo primero de la propia Constitución, actualmente no existe duda al dejar la Ley claramente establecido en su artículo 2 que en la aplicación de la misma, se debe garantizar el respeto irrestricto de los derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales. Por lo que dicho argumento al igual que otros analizados debe quedar en el olvido, para dar paso a una nueva concepción de los derechos de los menores en conflicto con la ley penal.

Por otro lado, la ley secundaria observa los principios antes mencionados en sus artículo tercero en tanto señala que “El Menor a quien se le atribuya la comisión de una infracción, recibirá un trato justo y humano, quedando prohibidos, en consecuencia, el maltrato, la incomunicación, la coacción psicológica o cualquier otra acción que atente contra su dignidad o su integridad física o mental”.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

De tal forma, podemos apreciar que estos principios internacionales para la justicia de menores, ya estaban contenidos en nuestra Constitución de 1917 y sucesivas reformas, sin embargo, no se respetaban cabalmente en los menores, por aquellos eufemismos y argumentos doctrinales que generaban confusión y libertad de actuación directa por parte del Estado en el caso de los menores.

Por lo que hace a los principios de inaplicabilidad de la pena capital, la prisión perpetua y la privación de la libertad como último recurso, son principios de la política criminal que el legislador ha seguido con fundamento en las facultades conferidas por el artículo 73 fracción XXI de la Constitución, al eliminar del Código Penal la pena de muerte, establecer un límite máximo en la privación de la libertad en el artículo 119 de la Ley Para el Tratamiento y en lo establecido por los artículos 25 fracción tercera y 37 párrafo segundo del citado ordenamiento que establecen que el Consejero podrá “Entregar al menor a sus representantes legales o encargados ... si se trata de infracciones imprudenciales o que correspondan a ilícitos penales con sanción cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión...” y cuando tome “conocimiento de conductas que correspondan a aquellos ilícitos que en las leyes penales no admitan la libertad provisional bajo caución, al dictar la resolución inicial, ordenará que el menor permanezca a su disposición en los centros de diagnóstico...” respectivamente.

En este caso es obligado hacer una remisión al artículo 194 y 268 del Código Federal de Procedimientos Penales y del de Procedimientos Penales del Distrito Federal respectivamente que enuncian cuales son los delitos graves que no alcanzan libertad bajo caución de acuerdo con el artículo 20 fracción primera de la Constitución.

Entendemos que el artículo 25 fracción tercera de la Ley para el Tratamiento de Menores establece el término medio aritmético que utilizaba el artículo 20 fracción primera de la Constitución antes de las reformas de 1993, por que existió una omisión del legislador de modificar este artículo cuando se dieron las reformas a la legislación secundaria, resultado de la modificación constitucional. Sin embargo, la aplicabilidad del artículo 37 antes citado en lugar del criterio del 25 se encuentra acorde con el contexto constitucional y legal en materia penal y con el principio de mínima intervención.

Quizás en este punto parece más adecuado que el legislador establezca un catálogo de delitos que por su gravedad social y atendiendo a la estadística

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

criminal específica de los menores considerara necesaria la aplicación de un procedimiento y tratamiento en internación, desligado completamente de las hipótesis destinadas para los adultos, esto en el sentido que las últimas reformas a los artículos constitucionales dedicados a la libertad provisional y en especial las reformas legislativas encargadas de establecer a los delitos graves, tienden más al endurecimiento de las penas y a la restricción de la libertad, que si resulta injustificada en los adultos, parece absolutamente desproporcional cuando se habla de menores.

Por lo que hace a los principios de respetar la privacidad del menor y de dar aviso a sus padres o representantes en caso de su detención, éstos son característicos de la justicia de menores y han estado presentes en todas las legislaciones que se han ocupado de la materia. En la actualidad se contemplan en los artículos 123 y 36 fracción segunda de la Ley para el Tratamiento.

Por último, en relación al establecimiento del límite inferior de edad, curiosamente su antecedente se encuentra el artículo XXVII de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y no en la Ley que Crea el Consejo Tutelar, y se establecía en esa época los seis años. Actualmente la Ley para el Tratamiento satisface dicho principio en su artículo seis cuando, al hablar de la competencia del Consejo, dispone que “conocerá de las conductas de las personas mayores de 11 y menores de 18 años...”

En este punto sería importante resaltar que la motivación del legislador para establecer la edad de once años y no otra diferente, fue un criterio de carácter peligrosista ya que de acuerdo a la exposición de motivos de la ley, el menor de esta edad “no reviste especial peligrosidad y no cuenta con plena conciencia de sus actos”.

Pese a la anterior manifestación, consideramos que es tan peligroso un homicidio o robo de un menor de 10 como el de 12 años, por lo que dicho argumento resulta fuera de contexto, sobre todo por tratarse de un criterio positivista, en una ley con pretendidas tendencias liberales. Por lo que hace a que los menores de 11 años no cuentan con plena conciencia de sus actos parece de igual forma cuestionable, dado que dicha afirmación no puede ser de carácter general y caemos en el riesgo de incurrir en las mismas contradicciones y absurdos en que se incurren al hablar de la imputabilidad y la inimputabilidad de los menores, por ello insistimos en nuestra postura en el sentido de que los menores de esta edad y los menores con trastorno mental permanente no requieren de un

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

tratamiento especializado para su resocialización por parte de las instituciones encargadas de la justicia de menores, los primeros, atento a la extrema maleabilidad de la personalidad de éstos menores resulta innecesaria y desproporcionada una acción de tal naturaleza y los segundos por carecer de los elementos biopsíquicos básicos para asimilar un tratamiento resocializador.

Otro punto que llama la atención es que la ley encarga la asistencia social de los menores de 11 años a las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de esta materia, constituyéndolos en auxiliares del Consejo (art. 6), sin embargo, no existe alrededor ningún tipo de legislación complementaria que regule tal situación, por lo que en lo cotidiano, no existen instituciones serias encargadas de la asistencia social de los menores de 11 años ni una regulación jurídica especializada en este sentido, que atienda a los menores de esta edad cuando hubiesen cometido algún delito o estuviesen en estado de peligro y fuera necesaria la intervención del Estado para protegerlos. Si las leyes proteccionistas y tutelares establecían principios demasiado amplios en su posibilidad de intervención, la actual ley olvida por completo esta función de asistencia social.

Respecto de los Principios Generales establecidos en la Doctrina de la Protección Integral derivada de la Convención de los Derechos del Niño y de los demás documentos internacionales, podemos apreciar que éstos son congruentes con nuestro marco constitucional y legislativo; que la tradición humanista de nuestra legislación dejó de ser aplicada a los menores, por razones doctrinarias, pero nunca por que careciéramos del marco legislativo adecuado para considerar al menor como persona y no como objeto.

B) Principios de Derecho Penal Sustantivo

Los principios de Derecho Penal Sustantivo que son la legalidad, la tipicidad y la culpabilidad, han estado presentes desde siempre en el sistema penal mexicano, garantizados debidamente por la Constitución Política en la parte correspondiente a las garantías individuales y por la legislación secundaria, cuando el Congreso en uso de sus facultades derivadas del artículo 73 fracción veintiuno, ha adoptado los principios de la política criminal característica de un Estado de Derecho, en la organización y establecimiento de las instituciones penales, destinadas para los adultos. Actualmente el Congreso con fundamento en estas facultades constitucionales varía el rumbo de su política criminal hacia los menores infractores y adopta estos principios también para las instituciones encargadas de los procesos en la justicia destinada a ellos y además, con el objeto

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

de evitar discusiones y dudas doctrinarias hace patente la obligación de respetar irrestrictamente las garantías constitucionales de los menores.

En esta forma, la tradición jurídico-penal de nuestro país extiende su campo de acción a la atención de la criminalidad de los menores de edad, sin embargo, debemos apuntar que el legislador consideró prudente la adopción de algunas instituciones generales para la justicia de menores y conservó otras instituciones que sólo corresponden a esta justicia, dada las particularidades de los individuos a los que está dirigida.

a) El principio de legalidad (Nulla Poena Sine Lege) y la tipicidad

Este principio en materia penal, resaltado en su origen por Binding carece de sentido en un Estado que adopta la doctrina positivista en derecho penal, dado que lo que interesa es la intervención directa de sus aparatos de represión sin necesidad de llenar requisitos incómodos para justificar la restricción de derechos de las personas. En el caso de los menores infractores, este principio de legalidad con la ley tutelar, no era requisito que debiese contemplarse en ninguna de las instancias de administración de justicia juvenil, esto es, desde la hipótesis de intervención estatal, la comprobación de la situación irregular hasta el tratamiento del menor se encontraban al libre e ilimitado arbitrio del funcionario encargado por la ley para tal efecto. Como se analizó, en realidad la hipótesis de intervención estatal relacionada con la comisión de un delito o de una infracción administrativa, para la intervención del Consejo Tutelar, se convertían en mero requisito formal dado que, en el procedimiento no era necesario acreditar la existencia de éste o aquel, sino solamente bastaba acreditar por medio de los estudios, resultado de la observación del menor, que éste se encontraba en estado de peligro, para poder restringir sus derechos y en especial el de la libertad.

Por el lado del tratamiento, al no existir definitivamente un término que permitiera dar certidumbre jurídica respecto del tiempo que pudiese durar la privación de la libertad de manera proporcional a la conducta realizada, de acuerdo al valor otorgado por la ley al bien jurídico violentado, el margen de privación de libertad del menor quedaba en manos de la buena o mala voluntad del funcionario encargado de la revisión del tratamiento, sin más límite que su conciencia, o el resultado de la presión ejercida sobre él por la familia de la víctima o los intereses de los funcionarios superiores, atento a la relativa presión periodística o social por que, como recordamos, todo camino jurídico para atacar las resoluciones de los

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

funcionarios estaba matemáticamente cerrado y, como hasta el momento, todo el aparato de justicia de menores estaba bajo el control de una sola dependencia del Ejecutivo Federal, la Secretaría de Gobernación.

Este Principio de legalidad en México se encuentra plasmado en el artículo 14 de nuestra constitución en la siguiente expresión:

“...nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”

La anterior garantía constitucional recoge el principio de *Nulla Poena Sine Lege*, esto es, el principio de que no puede existir pena sin ley previa, así como su derivado de que no puede existir delito sin ley.

Si bien es cierto que dichas conductas descritas en la ley punitiva no son invenciones de quienes las elaboran, sino el resultado de una realidad actuante, y que a criterio de una sociedad determinada son los valores de más alta jerarquía los que deben ser sujetos de su protección, también lo es que existen otros valores y conductas socialmente rechazadas pero que no alcanzan tal jerarquía, que no son rescatadas por una legislación punitiva, esto es, en una sociedad existe un sin fin de conductas reprobadas por ésta, sin embargo, no todas son de tan alta jerarquía que deban ser perseguidas y penalizadas con la fuerza y rigurosidad que se le ha otorgado al Estado y, como consecuencia del principio *nulla poena sine lege*, ninguna conducta reprobada por la sociedad podrá castigarse con la fuerza del Estado si no está contemplada dentro del catálogo de conductas penalmente punibles.

Por otro lado, adoptar una postura contraria, como la sostenida por la doctrina positivista penal y la sostenida por un sistema tutelar y proteccionista nos lleva al absurdo de que toda conducta reprobada por una comunidad sería un delito, erradicando del mundo del deber ser, las normas de carácter religioso, morales o éticas y las de trato social. Lo cierto es que existen en todas las sociedades, normas

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

que regulan nuestra vida en comunidad, sin embargo, no es hasta que el Estado las recoge y las plasma en su normatividad punitiva cuando éstas conductas antisociales, por llamarlas de algún modo, se convierten en delitos, ya que antes de tal, estas conductas son sólo eso, conductas antisociales.

Tomando en consideración el contenido del artículo 14 Constitucional, la única fuente formal del Derecho Penal la constituye la Ley. Por lo que toda norma que rija en materia penal debe encontrarse consagrada en un precepto legal y, a *contrario sensu*, ninguna norma que no se encuentre estipulada en la Ley podrá regir en materia penal.

Considerando que en materia penal denominamos a las hipótesis jurídico-normativas tipos, y a las consecuencias de derecho a nivel normativo punibilidades, es dable concluir que tanto los tipos y las punibilidades deben encontrarse estipuladas en la Ley.

Se ha querido ver los antecedentes más remotos de este apotegma en la Carta Magna de 1215, que los nobles ingleses obligaron a firmar a Juan "Sin Tierra" y en la Constitución Criminal Carolina Teutona de 1532. Sin embargo, no es sino hasta la Revolución Francesa de 1789, que el principio tiene cabida plena en el artículo 8 de la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Ahora bien, la expresión formal con la cual es referido el citado principio, se debe al ingenio del jurista alemán Paul Anselm Von Feuerbach y no es, como pudiera pensarse, de origen romano.²¹³

Para el maestro germano, son tres los principios fundamentales del Derecho Penal:

- a) La imposición de una pena presupone la existencia de una Ley Penal;
- b) La imposición de una pena se encuentra determinada por la existencia de una acción sancionada con ella; y
- c) El hecho conminado por una Ley está condicionado por la pena legal.

Este apotegma podría dividirse en dos partes. La primera de ellas podría expresarse así: *Nullum Crimen Sine Praevia Lege Poenali*. Es decir, ninguna persona puede ser sancionada si no es por hechos previamente determinados como

²¹³ Márquez Piñero, Rafael. *El Tipo Penal: Algunas Consideraciones en torno al Mismo*.- ed. U.N.A.M. México, 1986, Págs. 129 y ss.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

delitos por una Ley, lo que significa que ninguna persona podrá ser juzgada, sancionada o sujeta a investigación a menos que realice actos que la Ley describa y los ligue expresamente a una punibilidad: Principio de tipicidad, ya que para imponer una sanción es necesario que la conducta del individuo deba adecuarse absolutamente a la descripción típica contenida en la Ley.

Así mismo, este principio puede contemplarse como *Nulla Poena Sine Praevia Lege*. Esto es, ninguna persona puede ser sancionada con penas diversas de las establecidas previamente por la Ley. Esto es conocido como garantía penal o principio de atribución legal y se refiere a la imposibilidad de castigar a un ser humano con una pena cualitativamente distinta de la consignada en la Ley y asimismo a la imposibilidad de exceder los límites cuantitativos que el precepto legal fija a cada sanción.

Los estrictos preceptos derivados del principio de legalidad no sólo se refieren al legislador, sino que también alcanzan a los órganos jurisdiccionales, por lo que se permite al juzgador desentrañar el sentido del tipo, pero nunca podrán, incluir nuevos elementos en la descripción típica, pues de esta manera estarían integrando la norma penal y la integración en materia penal se encuentra estrictamente prohibida.

Dado que el objeto de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores es la protección de menores y su adaptación social en la comisión de delitos en el Distrito Federal y en materia federal, eliminando con ésta, el seguimiento de procedimientos originados por infracciones administrativas o estados de peligro, los menores sólo podrán ser puestos a disposición del Consejo exclusivamente por haber realizado conductas que se encuentren tipificadas en el Código penal y consideradas como delitos.

Se debe garantizar el respeto a las garantías, previniendo su violación y, en su caso, la restitución en su goce y ejercicio, consignando al violador, ya que como se ha manifestado en diversos momentos, el espíritu de esta ley es el de proteger los derechos y las garantías individuales de los menores eliminando en gran medida el espíritu protector del Estado y limitando la competencia del poder público respecto de su intervención en el asunto de los menores infractores.

La Ley para el Tratamiento de Menores de 1992 ha venido a cambiar por completo el concepto de administración de justicia para los menores infractores al establecer en lo adjetivo un procedimiento que tiene un gran parecido al

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

procedimiento penal para adultos. De hecho, en muchos de los preceptos procesales contenidos en la ley hace referencia y remite al Código de Procedimientos Penales Federal; ha establecido la trilogía procesal de un órgano jurisdiccional, un órgano acusador y la posibilidad de defensa procesal a través del ~~consejero, comisionado y el defensor de menores respectivamente, en el que el~~ comisionado, como representante de la sociedad, viene a constituirse en un Ministerio Público de menores que tiene facultades investigatorias actuando como autoridad administrativa y como parte dentro del procedimiento. Tomando en cuenta que esta ley se ha catalogado como garantística es preciso admitir con beneplácito que han fenecido las arbitrariedades del sistema tutelar que, en teoría, y al principio de su vigencia en la legislación, era bueno y loable y que al paso del tiempo se convirtió en un lastre para los menores que incurrían en faltas de carácter administrativo o se ubicaban en mera condición de peligro. Por ello, debemos afirmar que con la aprobación y vigencia de la ley que se comenta se ha dado un paso muy grande en la administración equitativa de la justicia de menores otorgando ya, como debió de haber sido desde hace mucho tiempo, las garantías procesales que les corresponden y reconocerles posibilidades de defensa.

Con la publicación y entrada en vigor de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores se ha desterrado del ámbito de los menores el sistema tutelar y se ha impuesto un sistema garantista en el que todos los derechos del ser humano deben ser reconocidos también en el menor; con la vigencia de esta ley se elimina de la competencia del Estado por medio del Consejo de Menores, conocer de las conductas de los menores que violen las disposiciones reglamentarias y el estado de peligro. De acuerdo con el artículo cuarto de dicha ley, el Consejo conocerá de los actos u omisiones de los menores de 18 años que se encuentren tipificadas en las leyes penales federales. Por otro lado, establece como obligación para el área de Comisionados (representantes de la sociedad y del ofendido en la justicia de menores) la de practicar las diligencias pertinentes conducentes para acreditar los elementos constitutivos de las infracciones así como las tendientes a comprobar la participación del menor. También impone al Consejero Unitario (Juzgador de menores) la obligación de comprobar en su resolución inicial por medio de fundamentos, las razones y causas por las cuales considere que quedó acreditada la infracción y la probable participación del menor. Por lo anterior, es de considerarse que si bien es cierto que las medidas a nivel de pena a los menores no son las mismas, esto no quiere decir que el menor no pueda utilizar todos los medios a su alcance para no ser sujeto a un tratamiento y demostrar su inocencia o acreditar errores técnicos del comisionado o del consejero y exigir que no se violen sus garantías individuales.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Al erradicarse de nuestro marco legislativo el estado de peligro y las infracciones de carácter administrativo, dentro del marco jurisdiccional de la materia de menores infractores, y al establecerse la obligación a los encargados de la procuración de justicia de menores (comisionados) y a los administradores de justicia de menores (Consejeros unitarios y Consejeros de la sala superior) de recabar, el primero, todos los elementos probatorios para acreditar el cuerpo de la infracción así como la probable participación del menor en la realización de alguna conducta descrita en las leyes penales, así como a los consejeros en resolución inicial, acreditar plenamente el cuerpo de la infracción y la presunta participación del menor y en resolución definitiva y en la resolución de la Sala Superior la obligación de acreditar también la plena participación del menor en la comisión de la infracción para sujetarlo a una medida de orientación o tratamiento, se debe considerar que el Principio de legalidad de "no hay pena sin ley" y no hay pena sin delito (infracción) se debe respetar cabalmente en la justicia de menores. Esto es, al ser erradicado del sistema del estado peligroso, en esta materia no es posible sujetar a un menor a una medida de tratamiento o de orientación de las que deben estar descritas en la ley sin que se le haya comprobado plenamente al menor que la conducta que realizó es de las previstas como de las que describen las leyes penales como delitos.

De tal forma los principios de legalidad y tipicidad así como todas las teorías relacionadas con los mismos se encuentran con una nueva lista de usuarios a los cuales deben ser aplicadas y discutidas, como lo son los menores de edad que realizan conductas tipificadas por las leyes penales como lo establece el artículo 1 de la Ley para el Tratamiento de Menores, haciendo acorde a la legislación secundaria con los principios internacionales de la doctrina de Protección Integral y los principios constitucionales relacionados con la justicia penal en México.

b) Principio de culpabilidad

Al abandonarse parcialmente en esta nueva ley el principio de peligrosidad como hipótesis de intervención estatal y como consecuencia, aceptar el principio de legalidad y tipicidad respecto de la conducta del menor, podemos suponer que en lugar del de peligrosidad, el legislador acepta e instaura como elemento para la justicia de menores el principio de culpabilidad.

Luego de haber analizado la cuestión de la imputabilidad de los menores de edad, las características de las medidas de tratamiento y su inscripción en el ámbito

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica ... Materia de Menores...

de las penas y no de las medidas de seguridad, así como los principios de legalidad y tipicidad, podemos apreciar que doctrinariamente no existe inconveniente alguno para aceptar abiertamente en esta materia el principio de culpabilidad, esto es, que el menor al desplegar la conducta lo hacía con conocimiento y sin que estuviese afectado por alguna excluyente de responsabilidad penal.

Este principio de Culpabilidad se establece de manera procesal en el artículo 16 constitucional, cuando se exige para el otorgamiento de una orden de aprehensión que existan elementos suficientes para acreditar la probable responsabilidad del autor de la conducta delictiva. En el caso de la justicia de menores el legislador habló en lugar de responsabilidad penal, de la presunta o plena participación del menor en la conducta delictuosa. En este caso desconocemos cual fue la motivación del legislador, si ocultar la responsabilidad del menor en un eufemismo, común en esta legislación, o efectivamente intentar nuevamente los principios de la escuela positivista en el sentido de encontrar la responsabilidad social por el único hecho de haber participado o perpetrado la conducta prohibida, sin necesidad de hacer valoración alguna sobre la libertad del individuo al realizarla y sólo discutir que tipo de tratamiento es el necesario darle para alcanzar la defensa social.

En nuestra opinión consideramos que se trata exclusivamente de un eufemismo legislativo, dado que, cuando en la propia ley existen presupuestos para sobreseer el procedimiento por incapacidad mental permanente del menor, en la que se descarta toda conciencia e inimputabilidad para el menor en el marco de su justicia, podemos pensar que se trata de una responsabilidad y culpabilidad especial para los menores. De igual forma, cuando establece un trato diferencial y consecuencias que sustancialmente afectan el tipo de procedimiento y sus consecuencias, cuando el menor ha realizado la conducta tipificada en las leyes penales en forma imprudencial (culpa) cuando en el artículo 20 fracción III se establece la obligación del Consejero en entregar al menor a sus padres o representantes y seguir el procedimiento en externación, obliga al juzgador de menores a realizar la valoración dentro del procedimiento del elemento subjetivo de la conducta, esto es, el nexo psicológico entre la conducta del menor y su resultado, no podemos pensar mas que en la legislación para menores; se establece en este sentido el principio de culpabilidad más que el de peligrosidad.²¹⁴

²¹⁴ Decimos que el principio de culpabilidad se adopta en algunas instituciones en forma parcial, ya que como se vio anteriormente y como se analizará con posterioridad, la ley en comento no adopta este principio en todas las instituciones jurídicas del procedimiento, como lo es el caso de la aplicación de la medida de tratamiento, ya que como se puede observar se respeta en relación a las conductas dolosas y culposas mas no al momento de imponer una sanción, en tanto la ley no contempla el establecimiento de una punición cierta por un tiempo

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Otro dato que nos orienta hacia tal afirmación es el establecimiento de la presunción de inocencia que corre en favor del menor en el procedimiento contemplado en el artículo 36 fracción I, que no puede tener cabida en un sistema penal de corte positivista, cuya premisa, por lo que hace al procedimiento, sea de tendencia peligrósista.

Otro punto de contacto entre el menor y el principio de culpabilidad, lo encontramos cuando el menor, ante la agresión de otro (que puede ser también menor o un mayor de edad), tiene la posibilidad de repeler esa agresión y actuar en legítima defensa, o también de encontrarse en un estado de necesidad. Puede igualmente actuar lesionando otro bien jurídico propio o ajeno, o en virtud de una fuerza física exterior irresistible, en cumplimiento de un deber, en situación de error, y otras circunstancias que hagan que esa conducta que ha lesionado un bien jurídico protegido por una ley penal, no sea merecedora de una pena.

En estos casos el menor puede hacer valer en su favor, cuando se encuentre ante un órgano del Estado, estas circunstancias que expresamente regula el artículo 15 del Código penal para el Distrito Federal.²¹⁵

No dejamos de reconocer que la culpabilidad y responsabilidad del menor dista mucho de ser similar a la del adulto, por razón de que en éste último su culpabilidad sea más completa en base a que su psique debe estar dotada de mucha más experiencia que le permite valorar con mayores elementos la ilicitud de la conducta que realiza, sin embargo, tampoco podemos dejar de reconocer a la lectura de las instituciones que contempla la Ley, que en el pensamiento del legislador estaba presente un tipo de responsabilidad, y de culpabilidad específica para los menores.

Estamos ciertos que en este tema, como en muchos de los aquí tratados existe un sinnúmero de opiniones al respecto, sin embargo, como apuntamos, si no olvidamos los viejos y trillados temas relacionados con la materia no podremos avanzar doctrinaria ni legislativamente en un problema general a nivel internacional y, sobre todo, tan vigente en países que como el nuestro tienen una

determinado en la resolución en el caso del tratamiento en internación, sino que dicha punición queda abierta, al arbitrio del juzgador de acuerdo a las revisiones del tratamiento en base al reporte de asimilación del mismo por el menor.

²¹⁵ Fernández Muñóz, Dolores.- *Supuestos que Determinan la Intervención Tutelar*. Los Derechos de la Niñez, p. 160.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

población tan importante de jóvenes menores de 18 años y de la que, de no tomar las medidas justas, equitativas y democráticas, consideradas en un Estado de Derecho, por medio de instituciones legitimadas por la sociedad a las cuales la ciudadanía haya depositado su confianza por su actuar congruente y honesto, un problema que puede ser resuelto con relativa sencillez, se convertirá en un gigante de mil cabezas muy difícil de vencer.

Por otro lado, tomando en cuenta que los principios generales emanados de la Doctrina de la Protección Integral establece claramente el principio de culpabilidad y en su caso de responsabilidad penal como rechazo terminante a los principios positivistas, al ver cómo la Ley para el Tratamiento establece todo un aparato judicial y un proceso muy parecido al acusatorio en lugar del inquisitivo que conservaban las instituciones tutelares, podemos concluir que cuando el legislador se refiere a la presunta o plena participación del menor en la conducta tipificada en las leyes penales, está hablando de responsabilidad penal, dando plena vigencia al principio de culpabilidad por lo que hace a los principios de derecho penal sustantivo.

C) Autoridades especializadas en materia de menores

En este sentido el principio establecido por la Convención se encuentra ampliamente satisfecho ya que como es posible observarse, en México existe todo un sistema especializado en materia de menores en conflicto con la ley penal que incluye legislación, procedimientos, autoridades y establecimientos.

D) Juicio ante autoridad judicial

En este punto nos detendremos un poco, ya que como recordamos, la naturaleza del tribunal, consejo u órgano encargado de la justicia en materia de menores es un punto que fue utilizado como argumento en la tesis "Castañeda" y la doctrina apologística del sistema tutelar para eliminar la posibilidad de cuestionar las resoluciones de dicho órgano, por medio del juicio de amparo. Resulta necesario replantear este problema con el objeto de desentrañar la verdadera naturaleza del Consejo para Menores y eliminar de esta forma los posibles argumentos que retomen viejas posturas, dado que el legislador con la intención de evitar la crítica de regresar a los menores a instituciones del sistema penal, recurrió a eufemismos de llamar Consejo a un órgano cuya verdadera naturaleza es la de un tribunal.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Pero antes de entrar al estudio en particular del los órganos jurisdiccionales de los que se vale el Estado para cubrir sus funciones en materia de justicia de menores es necesario hacer un esbozo elemental de algunos conceptos relacionados con el tema a efecto de determinar las características y naturaleza del Consejo de Menores, de la Sala Superior y del Consejero Unitario.

El Estado en el ejercicio de su soberanía tiene la facultad y la obligación de proteger a las sociedad de las acciones que atenten contra de ella misma y para hacerlo en beneficio de la propia sociedad establece un procedimiento, a efecto de garantizar que los derechos de quienes atentan en contra de la sociedad, ya que ellos mismos son parte de ésta. El procedimiento debe estar a cargo de alguno de los órganos del Estado al cual se le debe dar tal facultad. En la materia de menores si bien la responsabilidad del Estado no es propiamente reprimir las conductas antisociales de los menores de 18 años, si lo es la de proteger a la sociedad de esas conductas que producen el mismo daño que la de cualquier persona adulta y dar los elementos necesarios a los menores infractores a efecto de que reingresen a la sociedad en forma más armónica y respetando su ritmo, parámetros y normatividad a través de un tratamiento. En tal circunstancia al igual que en su función persecutoria y sancionadora, el Estado por medio de la legislación se limita con el propósito de intervenir y dar dicho tratamiento solo cuando lo ordene una autoridad específicamente facultada para tal efecto, previo procedimiento debidamente previsto en la Ley y que esté acorde con los lineamientos de la Constitución específicamente en su artículo 21 en lo referente a que la imposición de penas corresponde al Poder Judicial.

La Ley que la rige establece en el artículo 1o que el objeto de la ley es reglamentar la función del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquellos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y en el Distrito Federal, tendrá aplicación en el Distrito Federal en materia común y en toda la República en materia Federal.

El artículo segundo establece que para el efecto anterior, se crea el Consejo de Menores como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación el cual contará con autonomía técnica y tendrá a su cargo la aplicación de las disposiciones de la presente Ley; esto es, por medio de dicha institución el Estado realizará todas las actuaciones conducentes a efecto de lograr el fin establecido por la propia Ley. Bajo este marco inicial, haremos algunos comentarios y reflexiones referentes a la Ley para menores y sus órganos

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

jurisdiccionales, dado que la ley ofrece el respeto a las garantías individuales y en su segundo artículo viola el principio de autoridad jurisdiccional de la Convención y de la Constitución en su artículo 21.

~~Como se dijo anteriormente, la Ley Para el Tratamiento de Menores~~ Infractores parece haber sido ideada con la meta de lograr un proceso en el que se contempla el respeto de las garantías consagradas en la Constitución y para tal efecto se adoptaron las instituciones procesales que se utilizan para el juzgamiento de los adultos, sin embargo, la adopción de dichas instituciones fue incompleta y se mezclan en ocasiones poco afortunadas, principios y procesos tutelares con principios y procesos garantistas.

Debemos reconocer que en algunas partes, la ley que se analiza es visionaria de un proceso ideal que puede ser utilizado no solo para menores infractores sino es aplicable también para el caso de los adultos, en el que los principios de la doctrina clásica y la doctrina positivista del derecho penal encuentran un adecuado equilibrio en beneficio del reo y de la sociedad.

Debiendo encontrar una explicación a la razón que motivó al legislador a establecer en el artículo cuarto que "se crea el Consejo de Menores como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, como autoridad que tiene a su cargo la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley" sin darle la naturaleza formal de un tribunal, sólo podemos responder que se trató de evitar que la justicia de menores y sus instituciones salieran del ámbito de competencia de la Secretaría de Gobernación quien desde hace más de cincuenta años se ha encargado de la política criminal relacionada con éstos. Otra explicación podría ser que el legislador trató de evitar que al crear una nueva ley, toda la tradición tutelar y proteccionista del tratamiento de los menores infractores que data desde los años veintes se rompiera de tajo al darle al Consejo de Menores en lo "formal" la esencia de tribunal, ya que esto significaría hipotéticamente retroceder en el derecho a las épocas en que los menores eran enjuiciados por los tribunales comunes y enviados a las cárceles con los adultos en donde se promovía la corrupción y la perversión. La anterior idea, fue precisamente el enemigo común de los tratadistas y de los renovadores que con la bandera de la humanización y de la protección a la infancia idearon las instituciones proteccionistas y tutelares que rigieron la política criminal respecto de los menores infractores en México por más de 70 años.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Parece poco entendible la razón por la que se anuncia la creación formal de un "órgano desconcentrado" que sugiere inmediatamente la idea de un órgano administrativo y se le otorgan facultades que materialmente lo constituyen en un verdadero tribunal que dirime controversias y dicta el derecho en el caso concreto. Tal parece que se trata de lograr una institución bajo la forma del "como sí" esto es, es una institución que se parece a un tribunal pero no lo es, hace lo mismo que un tribunal, pero no lo es, es "como si" fuera un tribunal, pero no lo es.

Esta simulación de un tribunal para menores ha producido lamentables consecuencias, ya que se debieron resolver varios juicios de amparo que no prosperaron, ubicando a los promotores de los mismos en estado de indefensión, ya que al no dejar bien claro la ley que tipo de institución era el Consejo de Menores varios amparos fueron sobreseídos por improcedentes.

La discusión entre cuatro Tribunales Colegiados en materia penal en el Distrito Federal sobre la naturaleza jurídica del Consejo de Menores generó el pronunciamiento de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia al resolver la contradicción de Tesis número 17/94. (Tal parece que la justicia de menores en México está condenada a ser definida en sus términos y alcances por la jurisprudencia "recordemos la Tesis Castañeda"). En esta Ejecutoria que integra jurisprudencia se discute la procedencia del amparo directo en contra de las resoluciones de la Sala Superior del Consejo de Menores en razón de la naturaleza del órgano que la emite y como consecuencia la competencia de los Tribunales Colegiados para conocer de los mismos.

En la resolución, el conflicto se centró en las opiniones siguientes:

Del Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en materia Penal en el sentido de que: "...aún cuando la Sala Superior del Consejo de Menores del Distrito Federal formalmente constituye un órgano administrativo, desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, y que en este sentido, no tiene el carácter de tribunal judicial, materialmente actúa con esa calidad al aplicar el derecho y dirimir controversias mediante el dictado de resoluciones definitivas, a través de un procedimiento seguido en forma de juicio equiparable a un proceso penal..."

En el caso del Segundo Tribunal Colegiado, éste sostuvo que: "...la Sala Superior del Consejo de Menores del Distrito Federal no es un tribunal judicial o administrativo y si bien las resoluciones que pronuncia son definitivas al poner fin a un procedimiento, no impugnables a través de recurso ordinario alguno, debe

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

atenderse que dicha Sala es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, la cual no dirime controversias con motivo de la aplicación de leyes, sino sus funciones se encuentran encaminadas a satisfacer las necesidades de la colectividad, respecto de los actos u omisiones desplegados por los infantes mayores de 11 y menores de 18 años, que se asimilen a los ordenamientos penales de ambos fueros, mediante la aplicación de la Ley Para el Tratamiento de Menores y, por ello, se le considera no como un tribunal, sino como un órgano de gobierno que en el desempeño de sus funciones administrativas emite un acto de autoridad..."

Por su parte, el Tercer Tribunal Colegiado consideraba que "... una resolución emitida por la Sala Superior del Consejo de Menores, si bien pone fin a un procedimiento seguido en forma de juicio y su naturaleza es eminentemente penal, la misma es emitida por una autoridad administrativa, desconcentrada de la Secretaría de Gobernación, no así por una autoridad judicial del orden común o federal..."

Por último, el Cuarto Tribunal Colegiado considera que "... el Consejo de Menores del Distrito Federal no constituye un tribunal judicial, administrativo o del trabajo sino un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, que no puede imponer sanciones penales sino únicamente medidas de orientación, protección y tratamiento..."

Dada la trascendencia de las reflexiones realizadas por la Primera Sala Penal en la resolución de esta contradicción de tesis, es necesario reproducir textualmente algunas de las consideraciones que en ella se enuncian.

"... respecto de la naturaleza jurídica formal de la Sala Superior referida, existe consenso entre los Tribunales Colegiados de Circuito contendientes en el sentido de que, por su estructura constitutiva, no tiene el carácter de tribunal judicial, ya que así lo indica el artículo 4o. de la Ley para Menores Infractores del Distrito Federal al definirlo de manera expresa como un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación; no obstante lo anterior no debe pasar inadvertido que conforme a la determinación de la función que dicha ley asigna al aludido Consejo de Menores, es evidente que éste materialmente actúa como un tribunal administrativo como bien lo apreció el Primer Tribunal Colegiado contendiente, al instaurarse en la ley respectiva todo un procedimiento tendiente a la investigación de acto u omisiones, atribuibles a individuos mayores de once y menores de dieciocho años de edad, que se encuentren tipificados en las leyes penales, con la finalidad de aplicar medidas de orientación, protección y tratamiento que juzgue necesarias para su readaptación social, en atención a las disposiciones sobre el particular enunciadas en los artículos 4o., 5o., 6o. y 7o. de la citada Ley para Menores Infractores."

"... el procedimiento seguido a un menor de edad y a cargo del llamado Consejero Unitario, reviste formal y materialmente los matices de un proceso de características análogas a las dispuestas en el proceso penal federal tan es así que el artículo 45 de la ley que le da sustento dispone que el mismo

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

deberá satisfacer los requisitos establecidos en el Código Federal de Procedimientos Penales; en esa virtud, es que también por disposición legal (artículos 51 a 54), en dicho procedimiento se actualiza una relación de partes entre el menor a quien se le atribuye la comisión de una infracción, su defensor, el llamado Comisionado y el Consejero Unitario, conforme a la cual existe una delimitación de sus específicas funciones, puesto que la defensa habrá de avocarse a la vigilancia de las garantías del menor infractor en ese procedimiento; el Comisionado desempeña un papel substancialmente similar al asignado por el procedimiento penal ordinario al Agente del Ministerio Público, es decir, se constituye en la parte persecutora, en tanto que a quien corresponde resolver en definitiva, aplicando el derecho es al referido Consejero Unitario; resolución en la que se exige apego a ciertas normas en la valoración de la prueba (artículos 57 y 58), así como de requisitos de forma y fondo (artículo 59).

Contra la resolución de primera instancia denominada definitiva, procede el recurso de apelación (artículo 63), por parte del defensor del menor, los legítimos representantes o encargados de éste, o bien por el Comisionado (artículo 67); medio ordinario de impugnación cuyo objeto consiste en la eventual modificación o revocación de las resoluciones dictadas por los consejeros unitarios (artículo 64), al que habrá de avocarse en su conocimiento y resolución la denominada Sala Superior (artículo 72), quien, también de manera idéntica al procedimiento del orden penal al que se sujetan los individuos imputables, en atención al principio procesal penal de la suplencia de la deficiencia de la queja deberá suplir las deficiencias de agravios expresados, cuando el recurrente sea el defensor, los legítimos representantes o los encargados del menor (artículo 68), de lo que además se deduce a contrario sensu que al tratarse de una apelación del Comisionado, el examen de sus motivos de inconformidad habrán de apegarse al principio de estricto derecho.

En las condiciones apuntadas, si bien es evidente la naturaleza administrativa de la autoridad que dicta el acto de autoridad, en cuanto a que la Sala Superior del Consejo de Menores Infractores al fallar en una segunda instancia el recurso de apelación en el procedimiento iniciado a un menor infractor, ciertamente lo hace bajo la investidura de constituir formalmente un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, y no como un tribunal judicial, administrativo o laboral; no obstante lo anterior, de acuerdo a la actuación materia de esa Sala Superior como parte integrante y resolutoria en segunda instancia del Consejo de Menores, como se ha señalado, es incontrovertible que lo hace justamente como una instancia ad quem aplicadora e interpretadora del derecho en aras de dirimir una controversia puesta a su consideración; controversia suscitada en base al conflicto de intereses que da lugar a la litis en esa alzada, constituida entre el fallo dictado en primera instancia por el Consejero Unitario y los argumentos que en vía de agravio formule en su contra la parte apelante, litis en la apelación que para resolverse implica otorgar la razón a una de las partes en conflicto, o aun en el supuesto hipotético de suplir la deficiencia de agravios, de resolver oficiosamente en beneficio de una de ellas: resolución que técnicamente entraña la aplicación e interpretación de diversas normas jurídicas de diverso origen, como es el caso de la propia Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal, así como el Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, así como el Código Federal de Procedimientos Penales; interpretación-aplicación que se actualiza precisamente para valorar los diversos elementos de convicción tendientes a establecer si la conducta de los individuos mayores de once y menores de dieciocho años de edad, es constitutiva o no de un tipo penal determinado en leyes con ámbito de validez territorial circunscripto para el Distrito Federal, asimismo para resolver en cuanto a las consecuencias de la eventual demostración típica, a propósito de la medida de orientación, protección y tratamiento que individualmente corresponda imponerle al menor infractor.

De modo que aún cuando técnicamente el origen y la naturaleza del referido Consejo de Menores acorde al transcrito artículo 4o. de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. es la de un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, cuyo objeto consiste en la aplicación de las disposiciones sustantivas y de procedimiento anotadas, justo por tal actividad que materialmente despliega es que la misma tiene un carácter eminentemente jurisdiccional y, por lo mismo, de interprete y aplicador de normas de derecho tendiente a la resolución de controversias que atañen a la conducta ~~ejecutada por un menor de edad y eventualmente adjetivada como constitutiva de un tipo delictivo.~~ Todo lo anterior, a pesar del origen administrativo de ese organismo, pues de la dilucidación de su función es claro que ésta es de carácter jurisdiccional, que en el caso es distinto al judicial, en tanto que se encarga de resolver en definitiva como segunda instancia en un recurso de apelación.

La anterior interpretación en forma alguna resulta caprichosa, pues atendiendo al origen de todo acto de autoridad, éste únicamente puede ser legislativo, administrativo o jurisdiccional, donde si bien el primero conserva atributos esenciales de abstracción, generalidad e impersonalidad, los dos restantes entrañan un vínculo hacia actos o situaciones concretas, particulares e individualizadas; de tal manera que por lo que se refiere a actos administrativos o jurisdiccionales, vale su distinción formal a partir de su objeto, ya que mientras el acto administrativo atañe a cuestiones gubernativas y a la implementación de programas de orden social, la del acto jurisdiccional consiste en dirimir controversias, solucionar conflictos o resolver cuestiones contenciosas a través de la expresa aplicación de normas de derecho; tales situaciones en la realidad son desbordadas en la material actuación de los órganos del Estado, sin que con ello se implique una contravención a la división de poderes prevista en el artículo 49 de la Constitución General de la República, ya que de acuerdo a las respectivas competencias y atribuciones constitucional y legal asignadas a cada uno de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, es incuestionable que cada uno de ellos se encuentra también formal y materialmente en la aptitud de emitir actos de índole diversa a la naturaleza que le da origen, sin que con ello se trastoque su calidad existencial.

De este modo, aun cuando es válido establecer como administrativo todo acto emanado de una autoridad administrativa o de gobierno, no cabe soslayar que al apoyarse ésta en un conjunto de normas que la autorizan a implementar un procedimiento en forma de juicio y de dictar resolución definitiva que pone fin al mismo, es que materialmente se le otorga también la potestad de aplicar y decir el derecho, no obstante su origen formal administrativo que en forma alguna lo inhibe para dictar un acto de contenido jurisdiccional, puesto que legalmente con ello se dirime una controversia de orden jurídico y por excepción, es que sin constituirse como autoridad judicial dicta resoluciones de orden jurisdiccional.

Con independencia de los argumentos utilizados para resolver la contradicción de tesis expuesta, existen mas datos que arroja la ley y la doctrina que nos obligan a afirmar que el Consejo de Menores Infractores para el Distrito Federal se trata efectivamente de un verdadero tribunal judicial. Doctrinariamente enunciaremos las características principales de la actividad jurisdiccional.

1). La Actividad Jurisdiccional.

La actividad jurisdiccional es para Rivera Silva²¹⁶ declarar el derecho en casos concretos teniendo ésta efectos ejecutivos y haberla dictado un órgano del Estado con fuerza para hacerlo obedecer contra la voluntad del ofendido.

²¹⁶ Rivera Silva, Manuel.- *El procedimiento penal*.- Porrúa, México; 1983; p. 81.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Esencia: Aplicar el derecho a casos concretos; buscar si el caso histórico encaja en los límites de una norma abstracta, esto es, determinar si en un caso concreto la norma de derecho es aplicable.

Elementos: Conocimiento de un acto.- Lo que se traduce en que el órgano jurisdiccional se entere de la existencia de un hecho concreto.

Declaración o clasificación: El órgano deberá declarar o clasificar si dicho hecho es descrito uno a uno sus elementos en alguna norma de carácter penal.

Aplicación: Que consiste, en que el órgano jurisdiccional señalará las consecuencias que la ley establece si el hecho del que tuvo conocimiento se adecua a alguna de las descripciones típicas.

2). La Jurisdicción.

La jurisdicción es posible entenderla de dos formas: la primera como facultad de declarar el derecho en un caso concreto y la segunda como la circunscripción territorial en donde se ejerce la autoridad.

La jurisdicción como facultad es considerada por varios autores como potestad emanada de la ley por la cual la persona física llamado Juez declara el derecho sobre una situación jurídica determinada que se le ha planteado, por lo que Rivera Silva considera tres elementos:

- La potestad de aplicar la ley al caso concreto, la que tiene lugar mediante un juicio.
- La facultad de imprimir fuerza ejecutiva en la declaración con la que se aplica la ley penal al caso concreto.
- Facultad de dictar las disposiciones adecuadas para la ejecución de la sentencia y en general para la efectiva aplicación de la ley penal, respecto a la territorialidad.

3). Organos jurisdiccionales en la justicia de menores.

Habiendo precisado lo conceptos esenciales de la jurisdicción, debemos entrar al estudio de las características de los órganos del Estado encargados de la justicia

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

de menores y, de las características doctrinarias, podremos identificar su naturaleza.

a) El Consejo de Menores

Como hemos apuntado líneas arriba, el Estado a través del Consejo de menores aplica la ley respectiva a efecto de cumplir con su obligación de protección a la infancia.

Como lo hemos dicho, también el Estado se ha autolimitado en este aspecto para intervenir en la adaptación de los menores a la sociedad a la comprobación de ciertos requisitos, esto es, se deberá dictar el derecho por un órgano materializado en una persona o conjunto de personas en donde sus apreciaciones determinarán en el caso concreto si una conducta desplegada por un menor es o no ajustable a una norma penal y en el caso de serlo, aplicar las consecuencias previstas en la ley de la materia.

Con el objeto de cumplir con su responsabilidad, el Estado a través del legislativo, ha otorgado las siguientes atribuciones a su órgano especializado.

- Aplicar las disposiciones contenidas en la Ley de Menores con total autonomía.

- Desahogar el procedimiento y dictar las resoluciones que contengan las medidas de orientación y protección que señala esta Ley en materia de menores infractores.

- Vigilar el cumplimiento de la legalidad en el procedimiento y el respeto a los derechos de los menores sujetos a esta Ley.

- Las demás que determinen las leyes y los reglamentos.

La competencia en el sentido del tipo de personas que estarán bajo su jurisdicción es el de las conductas de las personas mayores de 11 años y menores de 18 años de edad, tipificada por las leyes penales señaladas en el artículo 1o de la Ley.

En el ejercicio de sus funciones el Consejo instruirá el procedimiento, resolverá sobre la situación jurídica de los menores y ordenará y evaluará las

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

medidas de orientación, protección y tratamiento que juzgue necesarias para su adaptación social.

1) La Sala Superior

La Sala Superior se integra por:

I. Tres Licenciados en Derecho, uno de los cuales será el Presidente del Consejo, el cual presidirá la Sala Superior; y

II. El personal técnico y administrativo que se autorice conforme al presupuesto.

Las atribuciones de la Sala Superior son:

I. Fijar y aplicar las tesis y los precedentes conforme a lo previsto por la Ley.

II. Conocer y resolver los recursos que se interpongan contra de las resoluciones iniciales y definitivas.

III. Conocer y resolver las excitativas para que los consejeros unitarios emitan las resoluciones que correspondan.

IV. Calificar los impedimentos, excusas y recusaciones respecto de los consejeros de la propia Sala Superior y de los consejeros unitarios y, en su caso designar al Consejero que deba sustituirlos;

V. Dictar las medidas necesarias para el despacho pronto y expedito de los asuntos de su competencia.

2) El Consejero Unitario

El Consejero Unitario es la persona física a la cual el Estado ha otorgado facultades extraordinarias sobre las personas menores de 18 años y mayores de 11, para determinar si su conducta se ajusta a alguna de las descritas en las leyes penales y como consecuencia ordenar la aplicación de una medida, para lograr su adaptación social.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Al igual que cualquier otro órgano jurisdiccional el Consejero Unitario posee:

Un deber.- Que se traduce en decidir forzosamente sobre todos los casos que le sean presentados, esto es, no queda a su arbitrio decidir o dejar de hacerlo.

Un derecho.- De aplicar la ley al caso concreto, en lo particular de la justicia de menores. Es prácticamente extraer de las leyes penales las conductas en ellas descritas y aplicarlas al caso concreto y si de dicha interpretación resulta que en la realidad se dieron uno a uno los elementos constitutivos de la norma, aplicar las consecuencias marcadas en la Ley.

Sin embargo, es necesario precisar que la facultad jurisdiccional no es igual a la capacidad del órgano ya que la primera es la aptitud en general para decir el derecho.

La segunda es el alcance de esa aptitud, la determinación de la idoneidad legal que tiene el uso de la aptitud, esto es, todas las autoridades jurisdiccionales poseen capacidad para decir el derecho, pero esta jurisdicción está limitada en la medida de la capacidad de cada órgano.

b) Capacidades

Para que el órgano jurisdiccional pueda actuar, necesita de capacidades que pueden dividirse en:

1) Capacidad Subjetiva

En abstracto: determina los requisitos que la ley exige a efecto de quien aspire al cargo de consejero debe acreditar y, en el caso particular, el artículo 9º. y 10º. de la ley de la materia determinan que:

El Presidente del Consejo, los consejeros, el Secretario General de Acuerdos de la Sala Superior, los miembros del Comité Técnico Interdisciplinario, los secretarios de acuerdos y los defensores de menores, deberán reunir y acreditar los siguientes requisitos:

I.- Ser mexicanos por nacimiento que no adquieran otra nacionalidad y estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos políticos y civiles;

II.- No haber sido condenado por delito intencional;

III.- Poseer el título que corresponda a la función que desempeñen de acuerdo con la presente Ley y que el mismo esté registrado en la Dirección General de Profesiones;

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

IV.- Tener conocimientos especializados en materia de menores infractores, lo cual se acreditará con las constancias respectivas; y

V.- El Presidente del Consejo; los consejeros, el Secretario General de Acuerdos y los titulares del Comité Técnico Interdisciplinario y de la Unidad de Defensa de Menores, deberán tener una edad mínima de veinticinco años y además deberán tener por lo menos tres años de ejercicio profesional, contados desde la fecha de autorización legal para el ejercicio de la profesión. Cesarán sus funciones al cumplir setenta años de edad.

Y que el Presidente del Consejo de Menores, deberá ser licenciado en Derecho. Tanto el Presidente del Consejo como los consejeros de la Sala Superior, serán nombrados por el titular del Ejecutivo Federal a propuesta del Secretario de Gobernación, durarán en su cargo seis años y podrán ser designados para periodos subsiguientes.

Capacidad subjetiva en concreto: Es la que determina que para conocer de un asunto, el órgano jurisdiccional no esté impedido de acuerdo con la ley para poder juzgar el asunto.

En el caso del Consejero Unitario y la Ley para el Tratamiento de Menores en el artículo 128 remite al Código Federal de Procedimientos Penales en relación a los impedimentos, excusas y recusaciones, apartados que se reglamentan en los artículos 441 al 467, en donde el primero remite a la Ley Orgánica de Poder Judicial de la Federación a sus artículos 80 y 83.

2) Capacidad Objetiva.- Es la que doctrinariamente se conoce como competencia, esto es, el órgano jurisdiccional si bien tiene la facultad de decir el derecho no puede decirlo en cualquier caso, ni en cualquier lugar, sino que su facultad y responsabilidad debe ser limitada a ciertos casos particulares en los que se tengan características especiales respecto de la persona que se habrá de juzgar, el lugar donde ocurrieron los hechos, la materia, etc.

En la justicia de menores el Consejo de menores tiene competencia sobre un sector especial de la población o de la sociedad en general, sólo conocerá de conductas realizadas por personas mayores de 11 años y menores de 18, por lo que hace a las características de los sujetos.

Respecto de la materia, el Consejo de acuerdo con el artículo 1º. conocerá de las conductas de dichas personas cuando la conducta desplegada se encuentre tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

De esta forma se destierra por completo cualquier posibilidad de que un menor sea conducido por autoridad alguna al Consejo de Menores cuando se le atribuya la comisión de alguna conducta prevista en los reglamentos gubernativos, o por considerársele como incorregible o vago, etc. El estado de peligro, deja de ser relevante como presupuesto para que el Estado intervenga en la vida privada de un menor de edad. Este es, en nuestro concepto, uno de los más grandes logros y bondades de esta nueva ley para menores infractores.

Por lo que hace al territorio, la propia ley determina que es de aplicación en el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

La materia de menores infractores no es un área de exclusiva competencia federal, es decir, al igual que en el derecho penal, existe una legislación federal y otra local, de esta forma, la competencia de los juzgados federales será conocer los delitos considerados como federales y a la justicia del orden común le competará conocer de los delitos considerados comunes. Cada Estado de la República tiene un Código Penal que contempla las conductas sancionadas penalmente en el Estado. Cuando se conoce que en algún Estado de la República se ha cometido un delito de naturaleza federal, se pone del conocimiento de las autoridades federales para que estas sean las que le juzguen de acuerdo con sus atribuciones.

Antes de la Ley para el Tratamiento de Menores, cuando un menor de edad cometía algún delito de naturaleza federal, quien conocía de tal conducta era un juzgado federal, de hecho en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en los artículos 73 a 78, se comprendían procedimientos para el juzgamiento de menores infractores que cometían delitos federales.

Actualmente, a nivel federal no existe autoridad competente en el interior de la República que pueda conocer de los delitos federales cometidos por menores infractores, ya que con la publicación de la Ley para el Tratamiento de Menores, se derogaron los artículos relativos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, sin embargo quedó vigente el artículo 500 y 501 del Código Federal de Procedimientos Penales en donde establece que en el caso de que existan tribunales locales para menores, éstos conocerán de las infracciones a las leyes penales federales aplicando la legislación federal y, en el caso de que existan tribunales federales para menores, conocerán de las infracciones a las leyes penales federales de los menores de 18 años.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Respecto del supuesto establecido en el artículo 501, estos tribunales federales para menores son inexistentes en nuestro país, ya que como vimos éstos se constituían por el Juez de Distrito del lugar y con las reformas de 1991 a la Ley Orgánica las facultades que conservaban se eliminaron completamente.

Por lo que hace al contenido del artículo 500, se presentan varios problemas: en primer lugar, cómo puede una autoridad tutelar conocer de las conductas de los menores de 18 años con base en las leyes federales vigentes, cuando vemos que para ello es necesario un cambio diametral en la estructura, instituciones, procedimiento, etc., del tribunal y de la legislación de menores en el Estado.

Sin embargo, dado que en buena parte de los Estados sigue imperando el sistema tutelar, el menor que ha cometido un delito federal puede ser privado de su libertad por orden de la autoridad tutelar local; no por el delito propiamente, sino por el estado de peligro, sin embargo, no parece ser una conducta conveniente en un Estado de Derecho y que puede ser fácilmente atacable por vía de amparo.

En este mismo rubro, otro problema que se presenta es que no existe una homologación en los límites de edad en los Estados de la República, lo que crea un vacío respecto del juzgamiento de jóvenes que se encuentran entre los límites que no son contemplados por la legislación local y la federal.

No todos los estados establecen los 18 años de edad para la minoría penal, sino por el contrario se establecen edades que fluctúan entre los 16 y los 18.

En este caso, nos enfrentamos al problema de que no existe autoridad competente para juzgar a los menores involucrados en delitos federales que siendo menores de 18 años estén fuera de los parámetros establecidos entre la ley federal y la local.

Por ejemplo, en Yucatán que se establece la minoría de edad a los 16 años, un joven de 17 años se ve involucrado exclusivamente en un delito federal. En este caso el Juez de Distrito ya no tiene competencia para juzgarlo, ya que sus facultades fueron derogadas con la publicación de la Ley para el Tratamiento de Menores, tampoco es competencia de la autoridad tutelar local, ya que su competencia se limita a los menores de 16 años, ni es competencia de Tribunal Superior de Justicia del Estado ya que este se encarga de delitos del fuero común; Como vemos, no existe autoridad legalmente facultada para conocer de tales delitos. La solución práctica es que los jueces de Distrito siguen conociendo de

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

tales conductas, aunque en forma ilegal ya que carecen de facultades; en ocasiones conoce del asunto el Consejo Tutelar del Estado por orden expresa del Juzgado de Distrito, sin embargo, el Consejo Tutelar actúa al margen de sus facultades.

~~Lo anterior fue previsto en la ley al establecer la necesidad de que los Estados de la República adoptaran el sistema garantista contemplado en la legislación federal, por medio de la celebración de los convenios de aplicación entre los estados y la Federación y la uniformidad de la edad límite para la minoría de edad penal en todo el país.~~

El artículo 4º. de la Ley Para el Tratamiento de Menores contempla en su tercer párrafo que:

Respecto de los actos u omisiones de menores de 18 años que se encuentren tipificados en las leyes penales federales. podrán conocer los consejos o tribunales locales para menores del lugar donde se hubiere realizado, conforme a los convenios que al efecto celebren la Federación y los Gobiernos de los estados.

Se promoverá que en todo lo relativo al procedimiento, medidas de orientación, de protección y tratamiento, los consejos y tribunales para menores de cada entidad federativa se ajusten a lo previsto en la presente Ley, conforme a las reglas de competencia establecidas en la Ley local respectiva.

En relación a los convenios a los que alude el artículo citado, éstos son inexistentes y los estados que ha adoptado el sistema garantista son muy pocos, amén de que la disparidad de las edades penales siguen, en tanto 15 estados la contemplan en 16 años y 17 de los mismos a los 18.²¹⁷

Por lo anterior, es necesario promover profundamente el establecimiento del sistema garantista en las legislaciones locales y la realización de los convenios respecto de la aplicación de la ley, para cubrir la laguna competencial antes expuesta.

Las legislaturas locales, al adoptar el sistema garantista al cual se comprometió el Ejecutivo Federal, al signar los tratados internacionales de los que se habló anteriormente deben tomar en cuenta la necesidad de crear instituciones congruentes y definidas, logrando la separación exacta entre las instituciones clásicas del derecho penal y procesal penal de las instituciones positivistas del sistema tutelar que impera en la mayoría de los estados del país.

²¹⁷ Comisión Nacional de Derechos Humanos.- *Propuesta para el Rescate de los Derechos Humanos de los Menores Infractores en México*, México, 1993 p. 77.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

Por otro lado, parece poco entendible y criticable que el sistema competencial federal y local en una materia tan delicada como lo es la penal, se sujete a convenios por parte del Poder Ejecutivo de la Federación por medio de la Secretaría de Gobernación y las Secretarías Generales de Gobierno o los Gobernadores de las entidades federativas, cuando quien determina las facultades y competencias de la Federación en esta materia es la Constitución misma, dejando a los Estados, las facultades no mencionadas expresamente para la primera de acuerdo al artículo 124 de dicho ordenamiento.

Por lo que hace a las facultades y competencias de los consejeros unitarios la Ley establece en su artículo 20 lo siguiente:

I.- Resolver la situación jurídica del menor dentro del término de cuarenta y ocho horas o, en su caso, dentro de la ampliación solicitada, la que no podrá exceder de otras cuarenta y ocho horas, y emitir por escrito la resolución inicial que corresponda.

Si la Resolución Inicial o la ampliación del plazo de referencia no se notificase a la autoridad responsable de la custodia del menor, dentro de las tres horas siguientes al vencimiento de los plazos antes indicados, ésta lo entregará de inmediato a sus representantes legales o encargados. Cuando ninguna de las personas antes mencionadas reclamaren al menor, éste se pondrá a disposición del órgano de asistencia social que corresponda. De todo ello se dejará constancia en el expediente.

II.- Instruir el procedimiento y emitir la resolución definitiva, en la cual hará el examen exhaustivo del caso, valorará las pruebas y determinará si los hechos son o no constitutivos de la infracción atribuida al menor y si quedó o no plenamente comprobada su participación en la comisión de la misma, señalando las medidas que deban aplicarse de conformidad con el dictamen del Comité Técnico Interdisciplinario.

III.- Entregar al menor a sus representantes legales o encargados, cuando en la resolución inicial se declare que no ha lugar a proceder, o bien si se trata de infracciones imprudenciales o que correspondan a ilícitos que las leyes penales admitan la libertad provisional bajo caución. En estos dos últimos casos, se continuará el procedimiento en todas sus etapas, quedando obligados los representantes legales o encargados a presentar al menor, en los términos que lo señale el Consejero Unitario cuando para ello sean requeridos, así como a otorgar las garantías que al efecto se señalen.

IV.- Ordenar al área técnica que corresponda la práctica de los estudios biopsicosociales del diagnóstico;

V.- Enviar al Comité Técnico Interdisciplinario el expediente instruido al menor, para los efectos que establece la presente Ley;

VI.- Recibir y turnar a la Sala Superior los recursos que se interpongan en contra de las resoluciones que emitan los mismos consejeros unitarios;

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

VII.- Recibir y turnar a la Sala Superior los asuntos relacionados con impedimentos, excusas y recusaciones que afecten a los propios consejeros unitarios:

VIII.- Aplicar los acuerdos y tomar en cuenta las tesis y precedentes emitidos por la Sala Superior:

IX.- Conciliar a las partes sobre el pago de la reparación del daño.

En relación a la actividad jurisdiccional del Consejero Unitario, tomando en consideración los elementos dados respecto del juzgador, a nuestro juicio son aplicables también a las facultades del Consejero Unitario y a sus actuaciones y es por ello que, por lo que respecta a las facultades de aplicar la ley al caso concreto, la facultad de imprimir la fuerza ejecutiva a la resolución y la facultad de dictar las disposiciones adecuadas para hacer cumplir sus resoluciones se cumplen plenamente como lo deducimos de lo expresado líneas arriba.

Otro argumento que puede ser tomado en cuenta para confirmar la naturaleza jurisdiccional del Consejo de Menores es la facultad que le otorga el artículo 13 fracción I, a la Sala Superior, para "Fijar y aplicar las tesis y los precedentes conforme a lo previsto por esta Ley"; y por su parte la facultades que le otorga el artículo 16 fracciones IX y X, al Secretario General de Acuerdos de la Sala Superior de "Engrosar, controlar, publicar y archivar los acuerdos, precedentes y tesis de la Sala Superior" y " Registrar, controlar y publicar las tesis y precedentes de la Sala Superior; esto es, parece poco probable que un "órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación" que nada tenga que ver con la aplicación de las leyes y dirimir controversias tenga facultad de emitir tesis y precedentes que sirvan para crear una especie de "jurisprudencia de menores".

Esta facultad pese a que es de extrema importancia, no ha sido utilizada en la actualidad por los órganos de decisión del Consejo de Menores, puesto que a la fecha no se ha publicado ni emitido ninguna tesis, y no existe una adecuada sistematización de los precedentes dictados por la Sala Superior.

Decimos que se trata de una facultad importantísima, ya que, en una buena parte la jurisprudencia que se aplica a los adultos principalmente en lo referente a la individualización de la pena, no puede ser aplicada a los menores, atento a que los criterios y motivaciones son diferentes. Por ejemplo, en el caso de una violación equiparada, cuando el activo y el pasivo tienen ambos la edad de 11 años; tratándose de la fracción I, del artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal, que dispone que se equipara a la violación, al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad. La comisión y la comprobación

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

de esta infracción, calificada como delito grave, nos obligaría como juzgadores en el caso de un adulto a sentenciar una pena privativa de libertad sin posibilidad de obtener libertad para el reo. En el caso de los menores infractores siguiendo el caso de los adultos se nos obligaría a dictar una medida de tratamiento en internación por tratarse precisamente de un delito grave, sin embargo, cuando reflexionamos respecto de que si el tipo previsto en dicho artículo y fracción tiene como bien jurídico tutelado la incapacidad del pasivo para comprender la trascendencia del acto, ¿sería prudente sujetar a un tratamiento en internación a un sujeto activo que se encuentra en las mismas condiciones de incapacidad que su víctima? La respuesta inmediata es negarse a tal situación, por lo que para lograr una justicia que dé certeza jurídica para el caso especial de los menores infractores, es necesario que la Sala Superior asuma su responsabilidad de crear tesis y precedentes de los asuntos que resuelven.

En igual sentido, nos lleva a reflexionar también, sobre cómo puede un órgano que tiene facultades jurisdiccionales pero que es definido como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, sin violar el artículo 21 constitucional, mantener privado de su libertad a una persona mayor de 18 años por la comisión de un delito cuando no alcanzaba la mayoría de edad, como lo establece el artículo 124 de la ley secundaria.

Consideramos que luego de haber analizado los anteriores elementos doctrinarios, legales y jurisprudenciales, no queda lugar a duda que el Consejo de Menores pese a estar calificado formalmente como "órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación" se trata materialmente de un verdadero Tribunal.

Esta conclusión significa para nuestro trabajo una base vital para poder reflexionar respecto de algunas contradicciones que la propia ley fomenta en relación a la Constitución, una de ellas es que un órgano formalmente administrativo tenga facultades para resolver bajo el nombre de "Tratamiento en Internación", la privación de la libertad de un menor, y que dicho tratamiento, al sujetarse al análisis que realizamos en el capítulo anterior, no puede más que asimilarse a una pena.

En el sistema tutelar, la consecuencia jurídica de encontrar a un menor partícipe de alguna conducta delictiva, o de una infracción o el estado de peligro, era por lo regular la privación de su libertad en un centro de tratamiento.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

A dicha medida se le dio el carácter doctrinariamente de medida de seguridad, sin embargo, actualmente no existe razonamiento válido para considerar que la privación de la libertad de un menor como consecuencia de un proceso sea una medida de seguridad y no una pena.

Efectivamente, las características apuntadas en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores atribuibles a las medidas de tratamiento en internación llevan a concluir que son verdaderas penas, como lo vimos al analizar las penas y las medidas de seguridad.

En nuestra Constitución, en el artículo 21 se establece que: "La imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial". Por ello nace la contradicción de que una autoridad administrativa esté facultada para imponer penas.

Algunos argumentarían que en el párrafo cuarto del artículo 18 constitucional se estipula que la "Federación y los Gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores", sin embargo, este párrafo se refiere a "instituciones para el tratamiento" esto es, una vez que alguna autoridad competente ha decidido, luego de un proceso seguido en su contra, respetando todas sus garantías individuales, que un menor debe ser sujeto de un tratamiento en una institución especial. Por lo que dicho párrafo no se refiere a la autoridad que juzga, sino a la que aplica el tratamiento,²¹⁸ pese a la afirmación de algunos tratadistas. Quizá la definición del sentido de este precepto constitucional deba ser resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con la interposición de un amparo en donde se cuestione la inconstitucionalidad de la Ley para el Tratamiento y en el caso específico del Consejo de Menores, como un tribunal sin base constitucional; sin embargo, hasta en tanto ello se verifique, no podemos más que afirmar que cuando el constituyente habla de instituciones especiales para el tratamiento de menores, se refiere a establecimientos adecuados para su tratamiento diferente de los adultos.

Por otra parte, resulta preciso puntualizar la necesidad de modificar la legislación de menores vigente con el objeto de que la misma sea congruente con la Constitución, y con otra legislación vigente que toca también este tema, además de la doctrina y la jurisprudencia dado que esta situación genera y ha generado

²¹⁸ En el mismo sentido se pronuncian Olga Islas de González Mariscal. "Algunos aspectos en relación a los menores". *Criminalia*, año LXII, No. 1, México, D.F., enero-abril de 1996, p.89; Salomón Augusto Sánchez Sandoval y Alicia González Vidaurri. *Algunos aspectos sobre la constitucionalidad de la ley para el tratamiento de menores infractores para toda la República en materia federal y en materia común para el Distrito Federal*. - Los menores ante el sistema de justicia. C.N.D.H. 1995, México, p. 23.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Puntos de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

graves problemas en la práctica, dado que no es posible atinar efectivamente si nos encontramos frente a un tribunal o a una dependencia administrativa de la Secretaría de Gobernación.

Decimos que la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores debe ser congruente con la Legislación Federal que trata el mismo tema, por que como se apuntó anteriormente, la Convención de los Derechos del Niño forma parte del marco jurídico de la justicia de menores atento a que dicha jerarquía se la otorga el artículo 133 de la Constitución General de la República. La Convención, publicada en el Diario Oficial el 25 de enero de 1991, en su artículo 40 párrafo segundo inciso III señala que "...la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa..."; de igual forma el inciso V determina que "Si se considera que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley".

De la lectura de este artículo surge de inmediato la duda planteada al principio de este tema, ¿cuál fue la razón por la que el legislador decidió dar la naturaleza de "órgano administrativo, desconcentrado de la Secretaría de Gobernación" a pesar del compromiso adquirido con Naciones Unidas y todos los Estados firmantes, en el sentido de crear un órgano judicial competente, independiente e imparcial?

Es importante en este punto hacer referencia a que en la justicia de menores, tal como está planteada en la realidad, parece depender en todos sus aspectos de una sola autoridad, que se materializa en el Subsecretario de Protección Civil, Prevención y Readaptación Social.

Lo anterior se afirma dado que la Dirección General de Prevención y Tratamiento de Menores, así como el propio Consejo de Menores dependen administrativamente de dicha subsecretaría; por su parte, la Unidad de Defensa de Menores, depende del Presidente del Consejo de Menores ya que de acuerdo con el artículo 31 es éste el que nombra su titular. De igual forma el cuerpo de comisionados, del que hablaremos más adelante, depende de la Dirección General de Prevención y Tratamiento de Menores. Esto es, la procuración, la administración de justicia, la defensa que el Estado otorga a los menores y la autoridad ejecutora del tratamiento a los menores infractores dependen administrativamente de dicha subsecretaría.

Capítulo Tercero Reflexiones sobre los Punto de Mayor Relevancia Teórica en Materia de Menores...

De inmediato surge a nuestra mente la sospecha lógica respecto de que se ponga en duda la independencia e imparcialidad del Consejo de Menores cuando toda la justicia de menores depende de una sola persona.

Nos obliga por fuerza de razón a proponer de inmediato que la ley sea modificada con el objeto de que se le dé el reconocimiento legal al Consejo de Menores como Tribunal Judicial y la necesidad de hacerlo depender, por lo que hace a la administración de justicia, del Poder Judicial, para garantizar su independencia e imparcialidad.

La falta de congruencia entre el artículo segundo y el contenido procesal de la ley y, en especial con el artículo 21 constitucional, producen confusiones serias que generan inseguridad jurídica en el justiciable, cuyo combate es precisamente uno de los objetivos primordiales de una política criminal en un Estado de Derecho. Por otro lado, es fácilmente visible la absoluta contradicción entre esta institución o tribunal creado por el legislador y el espíritu y contenido del texto constitucional y sobre todo entre la ley misma, al solicitar el irrestricto respeto a las garantías individuales, olvidando que una, la primera de ellas, es llevar un juicio ante autoridad judicial y que precisamente, en el caso de la imposición de penas es el Poder Judicial el encargado por la Constitución para imponerlas.

Es entendible que el Consejo de Menores dependa de la Secretaría de Gobernación atento a que ha sido ésta la que por más de 60 años se ha encargado de la materia, sin embargo, con la intención de que, sin simulaciones, y sin buscar justificaciones doctrinarias, se reconozca la verdadera naturaleza del Consejo o Tribunal para menores, es importante promover que éste dependa del Poder Judicial y no del Poder Ejecutivo, ya que parece poco entendible que de acuerdo a esta Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, tanto la autoridad encargada de la procuración de justicia de menores, la autoridad que juzga sus conductas, la autoridad ejecutora y la unidad de defensa de menores dependan administrativamente de la Subsecretaría de Protección Civil y de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación. Esta situación rompe por completo la distribución de facultades de un Estado de Derecho.

Consideramos necesario adoptar abiertamente y sin simulaciones, una justicia e instituciones congruentes consigo mismas y con el marco humanista constitucional de nuestro Estado de Derecho.

Capítulo Cuarto

Las instituciones
procesales de la
justicia de menores

UNAM Facultad de Derecho

CAPITULO CUARTO

LAS INSTITUCIONES PROCESALES DE LA JUSTICIA DE MENORES

I. SUJETOS DE LA RELACION PROCESAL

Una vez analizados algunos de los puntos principales de discusión en la materia de menores, como lo es la imputabilidad y las medidas de tratamiento, así como la relativa adopción de los principios de la Doctrina de Protección Integral de Naciones Unidas asimilables a los constitucionales en materia de garantías individuales en sus aspectos generales, de derecho sustantivo y en relación a las autoridades jurisdiccionales en materia de menores, es pertinente realizar un breve esbozo de los principales actores del proceso en esta materia, que establece la Ley para el Tratamiento de Menores.

A) El menor infractor

Del análisis histórico de la legislación positiva y de las doctrinas que le dan sustento, encontramos que el concepto de menor para el Estado y sus instituciones ha variado en forma importante.

En el pensamiento de los iluministas como Beccaria y Voltaire en denuncia de la barbarie del sistema penal de su época exigen que para los menores de edad el sistema de justicia sea menos cruel en intensidad. Sugieren que para la aplicación de las penas se deba tomar en cuenta la edad, ya que su falta de capacidad para los asuntos civiles habla en su favor.

La doctrina, clásica rescatando la concepción del derecho romano, consideró al menor como un sujeto con inteligencia y conciencia en desarrollo que con el tiempo se iría fortaleciendo. Se adopta un criterio político para establecer una edad de irresponsabilidad absoluta *jure et de jure* que se sitúa entre los 10 y los 12 años para los cuales contempla un procedimiento especial. Para los mayores de esa edad y regularmente menores de 18 que previo examen se les considera con discernimiento, se les aplica un procedimiento similar al de los adultos, con variación del tipo de pena, tiempo y lugar de aplicación. A mediados del siglo XIX los menores eran similares a los locos, idiotas o sordomudos.

A finales del siglo XIX bajo un criterio positivista clásico, el Estado se convence de que es perjudicial sujetar a los menores a similares procedimientos, con las mismas autoridades y en los mismos lugares que a los adultos, por que su escasa madurez y la posible predisposición hereditaria al delito, hacía que estos lugares promovieran y fortalecieran sus conductas antisociales profesionalizándolos en la delincuencia. Bajo tal problema, con el objeto de controlar a la delincuencia y proteger a la sociedad, lo importante no era sujetar a los menores a similares penas, sino por el contrario, tomando en cuenta los resultados de los estudios biológicos, psiquiátricos, sociales, etc., era necesario aplicar medidas científicas de tratamiento especializado por tiempo indeterminado para erradicar la semilla de perversión y predisposición al delito.

Con el pensamiento de Dorado Montero, la pena se convierte en corrección amorosa, lo penal se convierte en medicina social, y la represión se convierte en caridad, todo lo penal es asociado con la solidaridad fraternal de los integrantes de la sociedad, así al delincuente debe considerársele como a un menor necesitado de apoyo y ayuda por medio de las sociedad. El menor delincuente, por su falta de capacidad, debe tener especial atención por parte del Estado.

Si bien en las primeras décadas del siglo XX las ideas de la escuela clásica y la positivista se encontraban en pugna, los Estados adoptaron dos sistemas para juzgar a los universos existentes que participaban de la delincuencia, el universo de los adultos, con instituciones adoptadas de la teoría clásica con algunas instituciones positivistas, sobre todo en lo concerniente a la pena y tomar en cuenta algunas circunstancias del delincuente para la punición; y para el universo de los menores, un sistema penal con instituciones de corte positivista penal, cuya principal preocupación era la observación y el estudio del menor para sujetarlo a medidas de educación adecuadas.

La razón que se argumentó fue que los menores eran inimputables, (sin capacidad de querer ni entender, clasificándolos bajo un parámetro obtenido de la doctrina clásica) por ello habían salido del derecho penal y serían sujetos a instituciones y principios diferentes asociados con la actividad social del Estado.

Tomando en cuenta que lo que se pretendía era proteger al menor abandonado física y moralmente o en peligro de perversión, bajo un actuar social del Estado, no era necesario respetar derechos procesales propios de un sistema penal clásico por lo que la acción protectora del Estado no debía tener límites en el sentido de

intervenir sólo en la comisión de delitos sino también en etapas predelictuales o de presunción de antisocialidad.

En esta evolución la edad en la que se consideraba al menor *jure et de jure* como sin discernimiento, falta de inteligencia o inimputable en derecho penal y sujeto a un procedimiento especial, fue variando. En el Código Penal de Martínez de Castro fue a los 11 años; en la ley Villa Michel de 1928 fue a los 15; en el Código positivista de José Almaráz, en 1929, fue a los 16; y en el Código Penal de 1931, de Ceniceros, fue a los 18 años en materia federal y para el Distrito Federal; en algunos estados de la República es a los 16, y otros a los 17 o hasta los 14 años.

Las razones para considerarlos *jure et de jure* inimputables o sin discernimiento, desde la época de la doctrina clásica fueron razones de política penal o criminal y no razones médicas, psiquiátricas o científicas; esto es, ya que el Estado está convencido que para los menores de cierta edad no es propio un sistema de penas similar al de los adultos, les crea un sistema de justicia especial que actúe en mejores condiciones para la educación del menor, con el objeto de prevenir la formación de un futuro delincuente.

Así, la concepción estatal del menor a lo largo de la época moderna es la de una persona que por su falta de discernimiento o inimputabilidad debe ser objeto de protección y no de penalización por parte del Estado ya que esto es injusto, desproporcionado e inconveniente.

Actualmente, a partir de la iniciación de la Doctrina de Protección Integral, la concepción del Estado respecto del menor ha variado, si bien se le considera como un ser distinto del adulto por sus características de personalidad menos desarrolladas, se le considera ya no un objeto de la protección y tutela del Estado, sino como un sujeto de derecho cuya condición especial requiere de la intervención de aquel para brindarle mejores condiciones y oportunidades, pero siempre respetando sus derechos mínimos reconocidos constitucionalmente y a nivel internacional. Por ello, al considerarlos ya no como incapaces sino como seres inteligentes pero con circunstancias especiales que permiten mayor maleabilidad en su personalidad, se les sujeta a un tratamiento especial de acuerdo con lo que hicieron y con lo que son; esto es, se les sanciona por lo que hacen, (con ello se deja fuera a los menores a quienes se les sujetaba a un tratamiento por lo que eran) pero se toma en cuenta lo que son para lograr una readaptación social más efectiva y en menor tiempo que un adulto, cumpliendo con mayor eficacia la prevención especial.

La percepción del menor en la idiosincrasia jurídica internacional, adoptada por varios países que han incorporado en su legislación a la Convención Internacional de los Derechos del Niño varió radicalmente y al decir de Emilio García Méndez "Del menor como objeto de compasión-represión, a la infancia adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que mejor sintetiza la profundidad del nuevo paradigma" ²¹⁹

"La percepción no eufemística del propio niño como sujeto de derechos, y la libertad de expresar libremente sus opiniones, obligan a un replanteo profundo del estrecho concepto de políticas gubernamentales. Este derecho, sumado al respeto, al interés superior del niño, obligan a las autoridades gubernamentales a repensar el concepto de políticas públicas, entendiendo éstas últimas como una verdadera articulación de esfuerzos entre el Estado y la sociedad civil. Institucionalizar la participación de la comunidad constituye la mejor síntesis de este imperativo" ²²⁰

Eajo tal movimiento internacional adoptado por nuestro país, podemos percatarnos que en México, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores de 1991, adopta una concepción humanista del menor infractor, ya no considera establecer instituciones especiales para él por su inimputabilidad, sino por la posibilidad de un mejor pronóstico y se autoplantea como un instrumento destinado a proteger los derechos de éste cuando se encuentre en conflicto con la ley penal.

Efectivamente, aunque ya en anteriores ocasiones lo hemos visto en forma fraccionada, la ley en su exposición de motivos nos presenta la imagen de la infancia y de la adolescencia de una forma diferente a la concepción tutelar; nos presenta la imagen, que descubre la nueva concepción estatal de un niño y un adolescente.

En primer lugar la exposición habla de que una de las tareas prioritarias del Estado es la prevención de los delitos y el adecuado tratamiento de quienes delinquen, sin embargo, en el caso de los menores esta tarea cobra mayor importancia ya que existen posibilidades de corregir a tiempo las conductas antisociales, que más tarde pueden alcanzar altos niveles de gravedad.

Además de ello, "la evolución de la sociedad ha hecho que sean nuevos los factores que provocan las conductas antisociales de los menores lo que hace indispensable la modernización, tanto de los ordenamientos jurídicos en la materia como de los respectivos medios para la readaptación".

²¹⁹ García Méndez, Emilio.- *Op. Cit.* p. 27.

²²⁰ *Idem.*

Por esto "resulta necesaria la expedición de una nueva ley que regule la función del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquéllos cuya conducta se encuentre tipificada por las leyes penales..."

Los instrumentos internacionales de Beijing, las Directrices de Riad, y la Convención dan sustento y dirección a la ley.

"Se da a los menores de edad la calidad de sujetos de derecho, abandonando paternalismos infructuosos, buscando tanto la adaptación social de éstos, como la protección de sus derechos, con irrestricto respeto a los derechos humanos consagrados en nuestra Carta Fundamental y en los tratados y convenios internacionales suscritos por nuestro país". Estos menores son los que se circunscriben dentro de los rangos de los 11 y los 18 años de edad, ya que de acuerdo con la exposición se considera que el grupo de edades que se excluye no reviste especial peligrosidad y no cuenta con plena conciencia de sus actos, por lo que sus acciones serán objeto de la asistencia social.

Por otro lado, la exposición toma en cuenta nuestra Constitución en su artículo 1º que establece que todo individuo gozará de las garantías que la misma otorga; y que ante esta premisa "diversos especialistas han observado que los derechos de los menores han estado notablemente limitados, violentándose principios como el de legalidad, audiencia, defensa, asesoría jurídica, impugnación y todos aquellos que rigen el procedimiento".

De igual forma reconoce que, de acuerdo con los principios que establece la Constitución, la readaptación social constituye uno de los objetivos centrales de las leyes penales y que, tratándose de menores, el objetivo de las instituciones es brindarles el mayor número de elementos que posibiliten una adecuada reinserción en su comunidad, por ello la labor de los establecimientos debe ser fundamentalmente de carácter formativo, ya que solo así lograrán con éxito la readaptación.

La formación, no implica negar que el menor infringió una ley, sino por el contrario "implica situarlo dentro de un contexto que le permita entenderse a sí mismo como un sujeto, es decir, como parte de una comunidad, con los derechos y obligaciones que ello supone. Para ello debe existir la convicción de que sólo en un espacio donde rija el pleno respeto a los derechos humanos, podrá desarrollarse un sujeto capaz de respetar las normas que regulan la convivencia social". Por ello,

la ley se propone la reorientación del cause de las instituciones de menores dentro del marco del respeto a los derechos humanos que tengan como fin último evitar la reincidencia.

Estos párrafos e ideas entresacados de la exposición de motivos y la lectura general de la ley nos permite afirmar lo siguiente:

a) El menor infractor no es ya un objeto de la eufemística protección y del paternalismo estatal, sino un sujeto de derecho.

b) En caso de conflicto con la ley penal, no requiere de la solidaridad estatal que le perdone o exima su conducta por no ser responsable de la misma, sino que requiere de la intervención estatal que le ubique dentro de su realidad individual y social y le proporcione los mayores elementos posibles para su reinserción a la sociedad, respetando sus valores y sus ritmos y así evitar la reincidencia.

c) Para lo anterior es necesario que el contacto que tenga con los organismos estatales encargados de tal función sea rodeado de un absoluto respeto a su persona y a los derechos humanos constitucionales, lo que le permitirá reconocerlos y respetarlos.

d) Así, la labor de los órganos estatales estará siempre orientada a prestar todo auxilio científico y vivencial que le permita el desarrollo de sus potencialidades humanas para preparar una vida adulta integral y armónica con su comunidad.

Algo de esta ley que nos parece inconsistente es que en el artículo primero establece que la misma "tiene por objetivo reglamentar la función del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquellos cuya conducta se encuentre tipificada en las leyes penales..."

A pesar de tal manifestación, la primera de las funciones en forma global no se ve satisfecha, ya que por su generalidad pareciere que se trata de los derechos de todos los menores en cualquier circunstancia, lo que implicaría una concepción y reglamentación global de todos los aspectos relacionados con los menores y no solamente respecto de los menores en conflicto con la ley penal. Esto es, si se tratara de la reglamentación de la función de Estado de proteger los derechos de los menores debería abarcar muchas áreas más, no sólo la esfera punitiva enmarcada dentro de la política criminal del Estado, sino ampliando su objetivo a la esfera educativa, salud, asistencia social, recreativa, cultural, etc. La realidad es que sólo se circunscribe a tratar de reglamentar y encontrar los instrumentos

suficientes para garantizar los derechos de los menores cuando se encuentran en conflicto con la ley penal frente a las instituciones del Estado encargadas de tal función.

Tal contradicción legislativa se fortalece cuando contempla que en la aplicación de esta ley se debe garantizar el irrestricto respeto a los derechos constitucionales y los derivados de los tratados internacionales, amén de que el artículo tercero previene que a los menores a quienes se les atribuya la comisión de una infracción, se les dará un trato justo y humano, quedando prohibidos, el maltrato, la incomunicación, la coacción psicológica, o cualquiera otra acción que atente contra su dignidad o integridad física o mental.

Lo anterior significa que la afirmación primera del artículo 1º, solo se circunscribe exclusivamente a los derechos de los menores que se encuentran frente al aparato punitivo del Estado, cuando el menor se ha colocado en alguna hipótesis normativa penal y no de los menores en cualquier circunstancia.

Ello coloca en un estado de abandono a un gran número de menores que no ubicados en conflicto con la ley penal, requieren de la asistencia estatal o de cualquier organismo no gubernamental por encontrarse en un estado de peligro, ya no de naturaleza social, sino eminentemente personal.

De entre esta población se encuentran también los menores de 11 años en conflicto con la ley penal, de los que el artículo 6 establece que serán sujetos de la asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de esta materia, las cuales se constituirán, en este aspecto, como auxiliares del Consejo.

Este artículo también provoca confusión porque, ¿cómo pueden ser auxiliares del Consejo en esta materia las instituciones mencionadas cuando el Consejo no es competente respecto de los niños menores de 11 años?, amén de que nunca más en la ley establece mención alguna de la forma en que el Estado se hará cargo de estos menores, ni tampoco hace mención alguna respecto de los menores en estado de peligro o, como lo expresan las anteriores legislaciones, en un abandono material o moral.

Es importante sugerir en este momento la reflexión en el caso de esta tan importante función del Estado que, con la creación del Consejo de Menores y su judicialización en pro del respeto a los derechos humanos en un proceso penal, olvidó establecer y reglamentar.

Con el objeto de entrar al estudio del trato que la Ley le da al menor, éste puede ser concebido como toda aquella persona que siendo menor de 18 años y mayor de 11 años, realiza alguna conducta tipificada en las leyes penales.

Habiendo aclarado que esta ley pretende proteger principalmente los derechos del menor infractor en los ámbitos de un procedimiento seguido en su contra, cuando se alegue que ha infringido la ley penal y en su tratamiento, debemos deducir que estos derechos son precisamente dentro de la secuela del procedimiento y en la fase de tratamiento. Si bien a lo largo de todo este trabajo hemos mencionado los derechos y garantías del menor en el ámbito de la justicia de menores al analizar las instituciones y sus procedimientos, nos parece oportuno reproducir solamente el artículo 36 que enumera las garantías que dentro del proceso se le reconocen al menor y que a nuestro juicio son similares o idénticas a las otorgadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 21 y otras disposiciones constitucionales:

Durante el procedimiento todo menor será tratado con humanidad y respeto, conforme a las necesidades inherentes a su edad, condiciones personales y gozará de las siguientes garantías mínimas:

I.- Mientras no se compruebe plenamente su participación en la comisión de la infracción que se le atribuya, gozará de la presunción de ser ajeno a los hechos constitutivos de la misma;

II.- Se dará aviso inmediato respecto de su situación a sus representantes legales o encargados cuando se conozca el domicilio;

III.- Tendrá derecho a designar a sus expensas, por sí o por sus representantes legales o encargados, a un licenciado en derecho de su confianza, en el legal ejercicio de su profesión, para que lo asista jurídicamente durante el procedimiento, así como en la aplicación de las medidas de orientación, protección o de tratamiento en externación y en internación;

IV.- En caso de que no se designe un licenciado en derecho de su confianza en el legal ejercicio de su profesión, de oficio se le asignará un defensor de menores, para que lo asista jurídica y gratuitamente desde que quede a disposición del Comisionado y en las diversas etapas del procedimiento ante los órganos del Consejo, así como en la aplicación de las medidas de orientación, protección o de tratamiento en externación y en internación;

V.- Una vez que quede a disposición del Consejo y dentro de las veinticuatro horas siguientes, se le hará saber en forma clara y sencilla, en presencia de su defensor el nombre de la persona o personas que hayan declarado en su contra y la naturaleza y causa de la infracción que se le atribuya, así como su derecho a no declarar; rindiendo en este acto, en su caso su declaración inicial;

VI.- Se recibirán los testimonios y demás pruebas que ofrezca y que tengan relación con el caso, auxiliándosele para obtener la comparecencia de los testigos y para recabar todos aquellos elementos de convicción que se estimen necesarios para el cabal esclarecimiento de los hechos;

VII.- Será careado con la persona o personas que hayan declarado en su contra;

VIII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite y que tengan relación con los hechos que se le atribuyan, derivados de las constancias del expediente;

IX.- La resolución inicial, por la que se determinará su situación jurídica respecto de los hechos con los que se le relacione, deberá dictarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes del momento en que el menor haya sido puesto a disposición del Consejo; sin perjuicio de que este plazo se amplíe por cuarenta y ocho horas más, únicamente si así lo solicitare el menor o los encargados de su defensa. En este último caso, la ampliación del plazo se hará de inmediato del conocimiento del funcionario que tenga a su disposición al menor, para los efectos de su custodia; y

X.- Salvo el caso previsto en la segunda parte de la fracción anterior, ningún menor podrá ser retenido por los órganos del Consejo por más de 48 horas sin que ello se justifique con una resolución inicial, dictada por el Consejero competente, la cual deberá estar debidamente fundada y motivada.

B) El Ministerio Público

Otro de los actores fundamentales en la justicia de menores, en esta nueva concepción, es la sociedad, que esta representada en nuestro marco jurídico y constitucional, para efectos penales, por la institución del Ministerio Público.

La institución del Ministerio Público es definida por el maestro Colín Sánchez como "una institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo) que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignen las leyes".²²¹

Algunos autores han tratado de explicar la naturaleza jurídica del Ministerio Público y consideran que se trata de un órgano administrativo, en atención a que no dirime controversias sino que a sus actos deben aplicarse los principios del derecho administrativo; otros consideran que se trata de un órgano jurisdiccional, y una tercera corriente de autores consideran que se trata del representante de los intereses de la sociedad.

²²¹ Colín Sánchez, Guillermo.- *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Porrúa, México, 1992. p. 87.

La Representación Social.- El Estado al erigirse en autoridad, toma para sí la administración de la justicia y su procuración, y otorga a un organismo especializado la facultad de perseguir a quien atenta contra la seguridad y el desenvolvimiento de la sociedad. Es por lo anterior que el Ministerio Público representa en sus atribuciones el interés general de la sociedad la que, al entregar las facultades de autodefensa al Estado, debe materializar dicha facultad en algún órgano, personificado en el Ministerio Público, que además debe actuar en el marco de la más absoluta legalidad.

La Constitución de 1917 encarga en su artículo 21 la función principal a la institución del Ministerio Público, sin embargo, las legislaciones secundarias otorgan mayores facultades y responsabilidades a esta institución. El Ministerio Público representa a la sociedad ofendida por el delito y para cumplir con su cometido, como lo señala Colín Sánchez, "ahonda sus raíces en la sociedad misma, auscultando sus palpitations para llevar el producto de sus impresiones al laboratorio, a las oficinas y por medio de un proceso de decantación legal, da forma al ejercicio de la función específica que el Constituyente del 17 señaló".²²²

En el marco del derecho penal, el autor antes citado identifica funciones específicas como las de: a) Investigación; b) Persecutoria; c) Ejecución de sentencias.

La función persecutoria.- A criterio del maestro Rivera Silva²²³ consiste en buscar, reunir los elementos necesarios y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de los delitos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley.

Esta función presupone dos tipos de actividades; la actividad investigadora consistente en la búsqueda constante de pruebas que acrediten la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes participan, por lo que se tratara de comprobar la existencia del delito y así comparecer ante los tribunales y pedir la aplicación de la ley.

Los principios de esta actividad son:

1. La iniciación de la investigación, en donde impera el principio de "requisitos de iniciación" esto es, no se deja a la iniciativa del órgano investigador

²²² Colín Sánchez, Guillermo.- *Idem.* 103.

²²³ Rivera Silva, Manuel.- *El Procedimiento Penal*, Porrúa, México, 1983. p. 55.

el comienzo de las averiguaciones de un delito, debiendo iniciar forzosamente previa denuncia, acusación, querrela o autorización.

2. Principio de oficiosidad, consistente en que el órgano de investigación buscará las pruebas, sin ser necesaria la solicitud de las partes.

3. Principio de legalidad; consistente en que dicha búsqueda de pruebas está debidamente reglamentada sin dejar arbitrio absoluto al órgano de investigación, sino que está debidamente regulado.

El ejercicio de la acción penal.- Esta es concebible bajo la explicación de que si la autoridad judicial es la que reconoce, para efectos ejecutivos, los derechos, y el Estado tiene facultad para exigir se sancione al delinciente, debe reclamar el reconocimiento de su derecho, ejercitando la acción penal una vez que ha reunido los elementos que lo convencen en la comisión de un delito.

De lo anterior Rivera Silva divide dicha facultad en diversos momentos:

Facultad del Estado en abstracto de perseguir los delitos, facultad que es permanente e indeclinable.

Derecho en concreto de persecución surgido con la comisión de un delito en el mundo fáctico.

Actividad realizada para verificar la existencia de un delito; esto es, para solicitar la aplicación de la ley es necesario que esté debidamente fundamentada, por lo que debe ser veraz en la existencia de un delito y de los autores del mismo.

Conclusión.- De que los hechos investigados constituyen un delito, esto es, agotada la averiguación y todas las pruebas en ella contenidas, el órgano de investigación está convencido de que efectivamente existe un delito y que hay un responsable.

Reclamación hecha ante un órgano jurisdiccional para que se aplique la ley al caso concreto, ya que al tener el órgano investigador la certeza de la existencia de un delito nace el ejercicio de la acción penal que se materializa en la consignación; esto es, termina la etapa de la preparación del ejercicio de la acción penal y surge el inicio de la acción procesal penal; aclarando que se habla de acción procesal penal ya que la acción penal no se agota con la consignación sino que abarca también otras áreas dentro del proceso.

La diferencia entre la acción penal y la acción procesal penal es que la primera nace con el delito y la segunda nace cuando principian las actividades ante el órgano jurisdiccional con la finalidad de que declare el derecho al caso concreto; esto es, principia con la consignación y termina con el último acto realizado por el Ministerio Público ante el Juez.

Si bien es cierto que la acción penal nace con el delito, no es que la acción procesal penal nazca con él, ya que es posible que el Ministerio Público ejercite la acción penal, convencido de que existe el delito, pero en la realidad no lo hay.

La acción procesal penal se rige por los siguientes principios: es pública, ya que sus fines y objeto son públicos y por tanto queda fuera de los ámbitos del interés privado.

Es indivisible, en atención a que el derecho de castigar como el ejercicio de este derecho alcanza a todos los que hayan cometido un delito.²²⁴

Hemos querido hacer un planteamiento muy general de la figura del Ministerio Público, sus funciones y atribuciones ya que resulta necesario para entender un poco al personaje procesal que veremos más adelante que es el Comisionado de menores, quien en la justicia de menores tiene a su cargo la representación social y vela por los intereses de la víctima u ofendidos con el delito del menor y de la sociedad en general.

Sin embargo, el legislador otorgó al Ministerio Público alguna actuación en nuestra materia que pareciera ser muy breve, pero que en realidad es muy importante ya que le otorga facultades importantísimas en materia de iniciación e investigación de las conductas de los menores.

En principio por mandato constitucional, el conocimiento de una conducta tipificada por las leyes penales debe hacerse al Ministerio Público quien iniciará las averiguaciones correspondientes y de inmediato, como lo señalan los artículos 35 fracción II inciso a) y b), así como el 46 de la ley, deberá poner a disposición del Comisionado al menor, para que éste continúe o complete las diligencias tendientes a acreditar la participación del menor. Con anterior pareciere que el Ministerio Público sólo recibe la denuncia y en su caso al menor, y lo turna de inmediato al área de comisionados, sin embargo, en el propio artículo 46 establece

²²⁴ Rivera Silva, Manuel.- *El Procedimiento Penal*, Porrúa, México, 1983. p. 57 y sig.

que el Comisionado, una vez puesto el menor a su disposición, practicará las diligencias para comprobar su participación en la comisión de la infracción. Con lo anterior genera la duda de que si el Comisionado se encarga de la acreditación de la participación, entonces el Ministerio Público debe encargarse de la acreditación de los elementos del tipo penal. Este planteamiento se ve robustecido cuando en la ley, en la parte correspondiente al valor de las pruebas en el artículo 57 fracción I establece que en la fase inicial del procedimiento, por lo que se refiere a la comprobación de los elementos de la infracción, hará prueba plena las actuaciones practicadas por el Ministerio Público.

Lo cierto es que en lo cotidiano, cuando el Ministerio Público conoce de la existencia de un delito, inicia de inmediato las averiguaciones tendientes a acreditar tanto los elementos del tipo como la presunta responsabilidad. Cuando se entera de que el autor de dicha conducta fue un menor de edad, se inhibe de seguir practicando diligencias y de inmediato turna el asunto al área de comisionados con el expediente conteniendo todas las diligencias practicadas.

Algunos autores ²²⁵ han criticado la participación del Ministerio Público en la justicia de menores, ya que lo consideran violatorio del principio que señala que deben existir leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños. Sin embargo, establecer un aparato especial de investigación para el Comisionado resulta muy complicado, por otro lado, no es posible en la realidad conocer de inmediato y previo a cualquier actuación de la autoridad que el sujeto que ha cometido una infracción a la ley penal es menor de edad. Si por el contrario de como está previsto, la autoridad se inhibiera de practicar diligencias hasta comprobar que es o no menor de edad, correrían mayores perjuicios en contra del autor de la conducta típica, o por razón de la brevedad de tiempo otorgado por la ley a las autoridades de menores, muchas conductas delictivas no serían sujetas a la jurisdicción del Consejo de Menores por falta de pruebas, promoviendo con ello la impunidad de los menores, ya de por sí estimulada por las bajas sanciones del sistema tutelar y de este sistema garantista.

Otra de las participaciones del Ministerio Público en la justicia de menores, es la de convertirse en auxiliar del Consejero Unitario para efecto de la detención de los menores que se encuentran relacionados con alguna averiguación pero que no fueron puestos a disposición del Consejero, al momento de la consignación del expediente.

²²⁵ Entre ellos Luis González Placencia y Jesús Cruz, en *El Menor Frente al Derecho Penal, Problemas y alternativas en los menores ante el Sistema de Justicia*, C.N.D.H. 1995, México, p. 43 y sig.

Capítulo Cuarto Las Instituciones Procesales de la Justicia de Menores

Efectivamente, cuando un menor que se encuentre relacionado con una averiguación previa no sea puesto a disposición del Consejero, éste podrá solicitar su detención a las autoridades administrativas, según se desprende del texto del artículo 49 de la ley, en relación con el artículo 78, que establece la forma en que el Ministerio Público debe actuar cuando le es solicitada la presentación, un exhorto o la extradición de un menor de edad del cual se presume ha cometido una conducta tipificada por las leyes penales, o de un mayor de edad cuando hubiese realizado dicha conducta siendo menor.

En los casos particulares, la ley hace una remisión a los requisitos establecidos por el artículo 16 Constitucional para el caso de la presentación, del artículo 51 del Código Penal, para el caso del exhorto y, en el caso de la extradición, a lo establecido por la ley reglamentaria del artículo 119 Constitucional, la Ley de Extradición Internacional y el Capítulo IV, Título Primero del Código Federal de Procedimientos Penales.

Esta es una más de las incongruencias de nuestra ley para menores, el Consejero tiene posibilidades y facultades de resolver la situación jurídica de un menor y determinar su privación de libertad, decidir sobre su liberación o no, restringirle asistir a algunos sitios, de prohibirle manejar vehículos automotores, etc. Tiene un amplio poder, sin embargo, no puede ordenar directamente la presentación de un menor. Sus actuaciones gozan de todas las características de las actuaciones judiciales, sin embargo, cuando requiere de la presencia de un menor para juzgarlo, debe solicitar al Ministerio Público que solicite a su vez al Juez Común o Federal, libre la orden correspondiente según sea el caso.

Coincidimos en que la Doctrina de Protección Integral establece el principio de leyes, procedimientos y autoridades para menores y que lo propio es que existiera todo un sistema y un aparato burocrático autónomo, dedicado exclusivamente a la procuración, administración de justicia y ejecución de sentencias de menores infractores, sin embargo, al realizar una reflexión profunda sobre los casos de exhorto y extradición que se han presentado en el Consejo de Menores, parece que en este sentido no se justifica todo un cuerpo especial. Respecto de la presentación del menor, esto es, su aprehensión o detención, resulta obvia la resistencia hasta hace 5 años superada de otorgar constitucionalmente facultades de detener a una persona sin previa orden de aprehensión y sin existir flagrancia, por una autoridad administrativa como lo es el caso del Consejero, pero recordemos que no es sino hasta 1993 cuando por reforma constitucional se otorga esta facultad al Ministerio Público y solo en casos muy específicos.

No sugerimos que se continúe otorgando facultades de aprehensión a las autoridades administrativas, sino por el contrario se refuerza la necesidad de darle al Consejo, la calidad de tribunal y su adscripción al Poder Judicial con el objeto de hacerlo congruente con su verdadera naturaleza.

C) El Comisionado de Menores

A pesar de las amplias facultades que la ley le otorga, la procuración de justicia en materia de menores no está encargada en forma exclusiva al Ministerio Público, sino existe una figura similar que se erige como representante de los intereses de la sociedad. La ley de la materia en su artículo 33 determina la obligación de la Secretaria de Gobernación de contar con una unidad que se encargue de la prevención y tratamiento de menores, que desempeñará funciones de procuración, ejercida por los comisionados, con el objeto de proteger los derechos e intereses legítimos de las personas afectadas por las infracciones que se atribuyan a los menores, así como los intereses de la sociedad en general, esto es, ya no existe el monopolio de la persecución de las conductas tipificadas por las leyes penales entregada al Ministerio Público según argumentan algunos autores, esta facultad estatal debe ser compartida con una figura expofesa para la justicia de menores que es el Comisionado.

Dentro de la actividad investigadora propia del Estado, actuando como autoridad administrativa, el Comisionado de menores tiene facultades contenidas en el artículo 35 de la ley para el Tratamiento de Menores y que son:

- a).- Investigar las infracciones cometidas por los menores, que le sean turnadas por el Ministerio Público conforme lo previsto a las reglas de integración de la investigación de infracciones de esta Ley;
- b).- Requerir al Ministerio Público y a sus auxiliares, a fin de que los menores sujetos a investigación le sean remitidos de inmediato.
- c).- Practicar las diligencias de carácter complementario que sean conducentes a la comprobación de los elementos constitutivos de las infracciones, así como las tendientes a comprobar la participación del menor en los hechos;
- d).- Tomar declaración al menor, ante la presencia de su defensor;
- e).- Recibir testimonios, dar fe de los hechos y de las circunstancias del caso, así como de los instrumentos, objetos y productos de la infracción, pudiendo allegarse de cualquier medio de convicción que permita el conocimiento de la verdad histórica;

Capítulo Cuarto Las Instituciones Procesales de la Justicia de Menores

g).- Solicitar a los Consejeros Unitarios se giren las ordenes de localización y presentación que se requieran para el esclarecimiento de los hechos materia del procedimiento;

h).- Poner a los menores a disposición de los consejeros cuando de las investigaciones realizadas se desprenda su participación en la comisión de una infracción tipificada como delito en las leyes penales;

Como se aprecia de la lectura de lo anterior, el Comisionado cuenta con las mismas atribuciones en la investigación de las conductas típicas, realizada por los menores, que el Ministerio Público; en la que su actividad de persecución se encuentra avivada de igual forma por los principios de oficiosidad y de legalidad, no así con el de iniciación de la investigación.

En efecto, el Comisionado de menores, de acuerdo a los artículos que lo rigen, no tiene facultades para iniciar una investigación como resultado de una denuncia, querrela, acusación o autorización; en esta parte el legislador ha considerado que el Ministerio Público sea el único órgano del Estado que recibiría dichas denuncias y éste a su vez sin realizar averiguación alguna remitiría al Comisionado las actuaciones conducentes a efecto de que se avoque a la investigación de las conductas denominadas infracciones.

En tales circunstancias podríamos identificar al Comisionado de menores como el órgano del Estado dependiente del Ejecutivo Federal (Secretaría de Gobernación) que realiza funciones tendientes a proteger los derechos e intereses de los afectados por la comisión de una infracción, así como de los de la sociedad en general en materia de menores infractores.

A la figura del Comisionado, el Estado ha entregado la facultad conferida por la sociedad de autoprotección, al concedérsele las funciones de representarla dentro de la justicia de menores, relevando de esta forma al Ministerio Público de tal responsabilidad.

De lo anterior podemos decir que es al Comisionado de menores a quien le corresponde ejercitar el derecho y obligación del Estado de proteger a la sociedad y garantizar sus intereses por medio de su actuación constante dentro de las diversas etapas del procedimiento en la justicia de menores excluyendo, a diferencia del Ministerio Público, la facultad de iniciar una investigación y la de formular conclusiones dentro del procedimiento y de esta manera formular la acusación que el Estado materializa en ellas, ya que el Comisionado no presenta conclusiones sino formula alegatos, que serán tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional sin que la omisión de formularlos sea obstáculo para dictar una

resolución definitiva, atento al sistema procesal imperante en la justicia de menores a la luz de la legislación vigente. Esta situación se presenta como un problema jurídico que requiere de un estudio que realizaremos mas adelante atento a que, si bien se trata de una particularidad del proceso de menores, esto parece estar en contradicción con los principios propios de un Estado de Derecho.

Al crear una figura de procuración de justicia paralela a la institución del Ministerio Público, se considera congruente que se le dote de los elementos necesarios para la realización de sus funciones bajo el riesgo de hacerla inoperante. En el caso del Comisionado, se le dotó de facultades de investigación y de procuración de justicia, formalmente se creó una Unidad Técnica de Servicios Periciales, de acuerdo con el artículo 28 de la ley, sin embargo, dicha unidad pericial no existe desde la promulgación de la ley y no existen señales para su creación, dado que en la propia ley, el legislador, creemos, sabedor de la dificultad de una oficina de servicios periciales auxiliares para la investigación tanto del Comisionado como del Consejero, previó en su artículo transitorio Séptimo, que en tanto se integrasen los servicios periciales, el Consejo podía auxiliarse de los correspondientes de la Procuraduría General de la República, de la del Distrito Federal y del Tribunal Superior de Justicia en el D.F. Lo anterior no exime a la autoridad administrativa encargada de la procuración de la justicia de menores de la creación de dicha unidad.

Un elemento altamente criticable de la ley en cuestión respecto al Comisionado de menores, es la omisión del ordenamiento en lo referente a establecer como requisito para acceder al cargo de representante de la sociedad en materia de menores, el título de licenciado en Derecho, como lo establece para el Consejero y el Defensor en el artículo 9 de la ley. Parece inequitativo e injustificado limitar el derecho de defensa del menor, en pro de su beneficio, al exigir la presencia de un abogado con el debido título registrado ante la Dirección General de Profesiones, por la necesidad del conocimiento especializado del Derecho, y que en el caso de los representantes de la sociedad no sea necesario llenar dicho requisito.

También la sociedad y el ofendido por el delito tienen el derecho de que su defensa sea realizada por un profesional del derecho y no por un pasante o alguna otra persona con profesión diferente a la de abogado.

Si bien el Comisionado de Menores obtiene sus facultades de la Ley para el Tratamiento, nos parece innecesario la creación de una figura paralela a la del Ministerio Público. Consideramos que para no romper con la unidad constitucional

y por otro lado restablecer el desequilibrio generado porque la procuración y la ejecución de medidas en la justicia de menores dependen de la Dirección General de Prevención y Tratamiento, dependiente de la Secretaría de Gobernación; la Unidad de Comisionados debe depender de las instituciones establecidas por la Constitución y toda la legislación secundaria, para la procuración de justicia que en el caso es la Procuraduría General de la República y la del Distrito Federal y las correlativas a los estados de la República, las que para asegurar el principio de especialidad en materia de menores deben establecer como requisitos para aspirar a ser Ministerio Público de menores el tener conocimientos y haber realizado estudios sobre la materia, además de llenar el perfil psicológico necesario para tratar con menores infractores, cosa que en la actualidad no se realiza.

De esta forma, se complementaría parcialmente la independencia de los órganos que intervienen en la justicia de menores al pertenecer, como sugerimos anteriormente, el Consejo al Poder Judicial y la Unidad de Comisionados a las Procuradurías.

Otro problema digno de contemplar con la separación de la representación social entre el Ministerio Público y el Comisionado de menores, es que cada uno cuenta con plazos para detener al menor en la etapa de averiguación, que sumados sobrepasan siempre el máximo de privación de libertad sin que esté justificado por una orden judicial competente, como lo exige la Constitución.

El Ministerio Público puede detener a una persona hasta por 48 horas en delitos comunes y hasta por 96 en el caso de delincuencia organizada para integrar su averiguación y poder consignar, sin embargo, cuando se trata de menores, debe ponerlo a disposición del Comisionado y no del Consejero, quien a su vez cuenta con 24 horas más para completar las averiguaciones y ponerlo a disposición del órgano con facultades jurisdiccionales.

La necesidad de crear instituciones específicas para menores pero desfasadas de un marco jurídico preestablecido ha violentado nuevamente las garantías constitucionales, ahora por lo que hace a su detención en la etapa de averiguación del delito o de la infracción, situación que contraviene al espíritu de la Convención, de la Doctrina de Protección Integral, de nuestra Constitución, de la propia Ley para el Tratamiento de Menores y que sólo podría resolverse cuando la figura del Comisionado sea parte del órgano estatal encargado de la procuración de justicia.

Debemos tomar en cuenta que de unificarse la procuración de justicia para adultos y para menores, la fortaleza de la institución en recursos técnicos y económicos evitará que se promueva la impunidad por falta de coordinación o por negligencia de algunas autoridades, dado que, como sucede actualmente, existen algunos casos en los que el Comisionado por falta de recursos y su breve tiempo para poner a disposición, no puede completar las pruebas que acrediten la comisión de la infracción ni la presunta participación del menor, por lo que el Consejero por falta de pruebas debe dictar un auto de no sujeción a procedimiento.

Podríamos opinar que la figura del Comisionado es uno más de los eufemismos de la ley que confunden a la práctica y a la doctrina ya que, con el objeto de obtener el triángulo procesal, establece la necesidad de que la sociedad representada en una institución, participe activa y decididamente en el proceso de menores, sin embargo, con la intención de hacer esta representación especial para menores que no identifiquen con las instituciones penales del Estado, rompe con la estructura constitucional y jurídica del país, al otorgarle a la Secretaría de Gobernación esa función, desquiciando a la procuración de justicia al crear una figura paralela, no contemplada en la Constitución, que realiza las mismas funciones que el Ministerio Público, pero en materia de menores.

D) La defensa en la justicia de menores

A lo largo de la historia de la justicia de menores la participación de la defensa en los procedimientos siempre fue en extremo limitada, esta situación se justificaba bajo el argumento de que la labor que realizaba en principio el Tribunal para Menores y posteriormente el Consejo Tutelar, más que ser un proceso de naturaleza jurisdiccional se trataba de una labor de naturaleza social como lo determinó la Suprema Corte en el conocido amparo Castañeda, en el que considera que las actuaciones del Tribunal para menores y sus resoluciones no significan sentencias propiamente dichas, sino este órgano se sustituye a la función del padre de familia; y el Estado por tanto, actúa no como autoridad sino como colaborador social. Atendiendo a que no existía propiamente un proceso penal o de cualquier otra índole no se justificaba de ninguna manera la presencia de un profesional del derecho o alguien versado en dicha materia para tratar de demostrar que la conducta de su representado no era un delito o infracción o que en el mismo no había participado o era responsable. Como ya hemos mencionado reiteradamente, en un inicio la competencia de los tribunales para menores y luego de los Consejos Tutelares versaba sobre el conocimiento de violaciones a las leyes penales, a los reglamentos y al llamado estado de peligro y resolvían sobre el tratamiento

aplicable a un menor. Era un cuerpo colegiado (Sala) el cual siempre estaba integrado en forma multidisciplinaria, en ocasiones con un maestro, médico y psicólogo y más modernamente por un abogado, médico y pedagogo. Sin embargo, atento a que no era necesario hacer un procedimiento o instrucción debidamente reglamentado, era posible que quienes carecían de los elementos mínimos para juzgar conforme a los principios elementales del procedimiento tuvieran para sí esta facultad. Por otro lado, como se ha señalado en forma también reiterada, la base del procedimiento nunca fue la acreditación de una infracción ni la acreditación plena de la participación del sujeto, sino exclusivamente la observación del menor y el resultado de los estudios practicados, aunque en ocasiones la ley, para dar cierto viso de legalidad, exigía que el instructor reuniera todos los elementos de prueba necesarios para conocer la conducta del menor y su etiología.

Un adelanto en materia de defensa fue la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores, la que establecía la figura híbrida del promotor que tenía facultades de representación, de acusación, y de control de legalidad en las actuaciones del Consejo.

Sergio García Ramírez, impulsor del sistema tutelar en México, explicó la presencia de dicha figura en atención a que dentro del sistema tutelar no se da un litigio, por lo que no existe oposición o pugna entre intereses sino un propósito común: la defensa de la sociedad y el recto desarrollo del menor; por lo que no hay acción que ejercitar, ni excepción que oponer; están ausentes acusador público o privado; y por lo tanto defensor.²²⁶

Sin embargo, atendiendo a los reclamos internacionales y nacionales en la actual Ley Para el Tratamiento de Menores, los procedimientos que se siguen ante el órgano jurisdiccional son propiamente un proceso, en el que la sociedad se encuentra representada a través del Comisionado, y los órganos de decisión jurisdiccional deben estar presididos por abogados, por tal razón era necesario que el menor contara con un órgano técnico jurídico que le proporcionara la asesoría requerida desde el momento de la investigación hasta el momento de su tratamiento, responsabilidad que recae sobre la defensa.

Es importante resaltar una diferencia notoria respecto de lo establecido por la Constitución en materia de defensa en el artículo 20 fracción IX, en donde establece la garantía para el procesado de defenderse por sí mismo, nombrar un

²²⁶ García Ramírez, Sergio.- *Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada*.- Cárdenas Editores. México, 1978, p. 289.

defensor, sea un abogado o persona de su confianza, o en el caso de no querer o poder nombrar alguno, el juez debe asignarle uno de oficio.

En la materia de menores la acción de defensa, debe ser necesariamente realizada por un abogado, no puede ser ejercida por el menor mismo, ni por cualquier persona de su confianza, se requiere en exclusiva la presencia de un abogado y, en el caso de no ser nombrado a expensas del menor o de sus representantes, el Consejero nombrará uno de la Unidad de Defensa de Menores, a los que la ley les exige ser abogados con título registrado en la Dirección General de Profesiones. Esto, aunque parece acertado nos obliga a pensar ¿porqué la ley restringe las garantías constitucionales en materia de defensa del menor?, ¿porqué limita la defensa a un abogado cuando la Constitución la abre a cualquier persona, hasta para el procesado mismo? Podríamos pensar que un menor de 11 o 12 años no puede defenderse por sí mismo, pero que pasa con uno de 17 o 18 años o mas grande de acuerdo a la competencia del Consejo, ¿estos no debieran ser garantes de los derechos constitucionales? Por otro lado se confirma tal abandono de las garantías de defensa en el menor cuando se le niega la posibilidad de apelar, ya que la ley solo otorga este derecho a la defensa, a los padres del menor o sus representantes y al comisionado, aún cuando en el caso de los dos primeros existe suplencia de la deficiencia en los agravios. De igual forma, las pruebas, los alegatos, etc., deben ser presentados por el defensor y no por otra persona, esto es, el menor puede nombrar por sí a un defensor, pero no puede defenderse.

Lo anterior se aparece como incongruente y, por lo mismo, desquicia a un pretendido sistema de justicia liberal basado en principios democráticos de un Estado de derecho, de acuerdo con la tendencia de la Convención y demás instrumentos internacionales de la Doctrina de Protección Integral. Por otro lado, como se observa, rompe con el marco constitucional, al restringir el derecho de defensa del menor o mayor de edad que por haber cometido la infracción siendo menor, puede ser sujeto de la competencia del Consejo. Aun cuando la exposición de motivos de la ley y el artículo 2 establece la obligación para sí misma de respetar todas las garantías constitucionales, vemos que el legislador también en este punto, fue omiso en cumplir con el objetivo que marcaba sus derroteros, dar seguridad jurídica al menor y respetar sus garantías individuales.

a) El defensor

Una vez vistas las garantías procesales de defensa, al ver la figura del menor, solo para ubicarnos, repetiremos algunos conceptos.

El menor de acuerdo con el artículo 35 de la Ley puede nombrar un abogado de su confianza que lo represente, y que, en caso contrario, le será nombrado uno de la Unidad de Defensa de Menores. De este punto es importante distinguir dos factores en torno a la defensa o la figura del defensor.

El primero es su naturaleza, esto es, si es designado a expensas del menor o de sus representantes, o si pertenece a la Unidad de Defensa de Menores y el segundo, cuales son sus facultades y posibilidades de actuación dentro del proceso de menores.

En el caso de la naturaleza del defensor, debe ser necesariamente un abogado, con título registrado en la Dirección General de Profesiones, de esta forma se asegura una defensa profesional y evita la presencia de coyotes o semiprofesionales con conocimientos penales insuficientes que en la mayoría de los casos, por falta de conocimientos técnicos penales, promueve la corrupción.

Por otro lado, se encuentran los abogados adscritos a la Unidad de Defensa de Menores de la cual por sus características particulares hablaremos más adelante.

b) Actuación de la defensa

El defensor del menor, ya particular o de la Unidad de Defensa, debe estar presente en las actuaciones de investigación del Comisionado, así mismo en la etapa de la preinstrucción y la toma de la comparecencia inicial; puede solicitar la ampliación del término para dictar la Resolución Inicial; debe estar presente en el desahogo de todas las diligencias del procedimiento; es el único, aparte del Comisionado, que puede ofrecer pruebas en el término de cinco días y alegar por escrito o verbalmente; puede apelar y ser oído en audiencia de segunda instancia, amén de que deben ser suplidos, en caso de deficiencia, sus agravios presentados; puede solicitar la suspensión y en su caso la reanudación del procedimiento y en el procedimiento en externación se convierte en responsable solidario con los padres o encargados del menor a presentarlo en los estudios de diagnóstico y diligencias ante el Consejo.

En el proceso establecido en la justicia de menores es importante a tal grado la presencia del defensor, que la declaración del menor que no sea realizada ante su defensor carece de eficacia probatoria, y por lo tanto no produce efecto jurídico alguno.

c) La unidad de defensa de menores

De acuerdo con el artículo 30 de la Ley, dentro del ámbito de las instituciones especializadas en materia de menores, adscrita al Consejo de Menores, se establece la creación de la Unidad de Defensa de Menores que es técnicamente autónoma y tiene por objeto, en el ámbito de la prevención general y especial, la defensa de los intereses legítimos y de los derechos de los menores, ante el Consejo o cualquier otra autoridad administrativa o judicial en materia federal y, en el Distrito Federal, en materia común.

Esta Unidad está a cargo de un titular nombrado por el Presidente del Consejo y contará con el número de defensores, así como el personal técnico y administrativo que determine el presupuesto.

Sus funciones deberán estar señaladas en el manual que al efecto se expida y que hasta la fecha no se ha expedido, por lo que los preceptos que pudiesen materializar su actuación y ámbito de competencia en la realidad no han sido elaborados ni publicados, lo que hace de algunos principios rectores, letra muerta.

De acuerdo con el artículo 32 de la Ley, la Unidad de Defensa de Menores tiene encomendada la función de defender ante cualquier autoridad los intereses y derechos legítimos de los menores en los ámbitos de la prevención general y especial, actuación que se regirá bajo los siguientes principios:

I.- La defensa general tiene por objeto defender y asistir a los menores, en los casos de violación de sus derechos en el ámbito de la prevención general;

II.- La defensa procesal tiene por objeto la asistencia y defensa de los menores en cada una de las etapas procesales; y

III.- La defensa de los derechos de los menores en las fases de tratamiento y de seguimiento, tiene por objeto la asistencia y defensa jurídica de los menores durante las etapas de aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento interno y externo, y en la fase de seguimiento.

Llama la atención, por su imprecisión, la primera de las funciones de la Unidad de Defensa de Menores, ya que pareciese que la intención era convertirla en una especie de ombudsman de menores infractores, del cual no se explicaron más sus instituciones ni facultades, además de habersele limitado en presupuesto y tener un número muy reducido de defensores.

Por otro lado, resulta tan imprecisa tal sentencia normativa, que confunde respecto de si la actuación de esta defensa general sea respecto de todos los menores en conflicto con alguna autoridad judicial o administrativa o el propio Consejo, o solamente respecto de los menores en conflicto con la ley penal, competencia del Consejo, lo que rompe una vez más la congruencia y confiabilidad del ordenamiento legal que regula la actuación del Estado respecto a la infancia delincuente.

Por lo que hace a la segunda y tercera de las facultades y principios de la Unidad, éstos se siguen cabalmente en el ámbito del proceso, del tratamiento y del seguimiento en el actuar procesal de los menores ante el Consejo, por lo que en este sentido, la Unidad cumple responsablemente con su encomienda legal.

E) Los padres del menor

La ley para el Tratamiento de Menores, a diferencia de toda la legislación para menores en situación irregular, otorga cierta participación a los padres o representantes del menor en el procedimiento y les impone algunas obligaciones, así como refuerza la encomienda constitucional y legal, de educación y protección a los menores de edad.

Una de las constantes es que los padres o representantes legales o encargados, tienen la facultad y la obligación al mismo tiempo de recibir del Ministerio Público, del Comisionado o del Consejero al menor infractor cuando la conducta que desplegó no amerite privación de la libertad, ya en proceso o en ejecución de sentencia.

Procesalmente, deben ser avisados de inmediato de la detención del menor, pueden realizar el nombramiento de defensor, asistir a las diligencias, pueden apelar y en caso de deficiencias en sus agravios, éstos les serán suplidos.

Como recordamos, el tema principal sobre el cual versó el amparo Salgado y que declaró inconstitucional a la Ley que Crea el Consejo Tutelar para Menores, fue precisamente la limitación en la garantía de audiencia, dado que la ley tutelar restringe la libertad de impugnar las determinaciones de la Sala del Consejo al establecer como único facultado para ello al promotor de menores, en este caso, la ley prevé tal hipótesis y otorga esta facultad a los representantes del menor aunque como recordamos no se lo permite al propio menor.

En materia de sanciones, la ley les impone la obligación de velar por el cumplimiento de las medidas de orientación y protección que determine el Consejero, cuando éstas sean de aplicación en el ámbito familiar, estableciendo la propia ley como medida para asegurar tal cumplimiento que, en caso de dos infracciones a tal obligación, el Consejero podrá modificar la medida de protección en tratamiento en externación.

F) El Comité Técnico Interdisciplinario

Uno de los órganos más importantes de la justicia de menores, cuya presencia marca la diferencia básica con la justicia de los adultos es el Comité Técnico Interdisciplinario que de acuerdo con la ley es parte de los órganos de Consejo.

El Comité Técnico Interdisciplinario está integrado de acuerdo con el artículo 21 por un médico, un pedagogo, un licenciado en trabajo social, un psicólogo y un criminólogo, preferentemente licenciado en derecho. El presidente es nombrado por el Secretario de Gobernación a propuesta del Presidente del Consejo. Los requisitos para poder ser nombrado miembro del Comité Técnico son los mismos que se exigen para ser nombrado Consejero, esto es: ser mexicano por nacimiento; no haber sido condenado por delito intencional, poseer título correspondiente a su función; tener conocimientos especializados en materia de menores; en el caso del presidente de este órgano, debe acreditar además tener más de 25 años y tener por lo menos tres años de experiencia profesional.

Al igual que la Sala Superior, sesiona dos veces por semana y para ello deben estar presentes cuando menos las dos terceras partes de sus miembros; las decisiones se toman por unanimidad o por mayoría, en caso de empate el presidente tiene voto de calidad.

Las facultades del Comité, de acuerdo con el artículo 22, son principalmente emitir, con base el diagnóstico biopsicosocial elaborado por el área técnica dependiente de la Unidad de Prevención y Tratamiento de Menores, el dictamen conducente respecto a las medidas a aplicarse al menor por el Consejero y conocer del desarrollo y resultado de dichas medidas para emitir el dictamen correspondiente en la evaluación de éstas.

Como recordamos al analizar la historia dogmática y legislativa de la justicia de menores a partir del positivismo del siglo pasado y de su normativización en el presente, la base fundamental del procedimiento fue la necesidad de que expertos

en materia de la conducta humana, realizaran estudios científicos en la persona del menor para conocer el grado de peligrosidad social que presentaba y de esta forma sujetarlo a un tratamiento o medida indeterminada, con el objeto de mediatizar su peligrosidad y devolverlo una vez inocuizado, con la seguridad de que no haría daño a la comunidad, por ello el acento en el proceso, más que acreditar formalmente la realización de una conducta tipificada en las leyes penales o antisocial, era conocer su interior para descubrir su alta o baja peligrosidad social y de esta forma actuar en consecuencia.

La nueva política criminal respecto de los menores, se levanta en contra de dicha situación presente en las instituciones inspiradas en el positivismo, y reclama para los menores un trato humanitario y no proteccionista y exige el respeto de sus garantías constitucionales; que se le otorgue un mínimo de seguridad jurídica. Por ello, en esta ocasión el procedimiento pone el acento en el conocimiento de la verdad histórica y la acreditación de la conducta tipificada en la ley penal y no en sus rasgos de personalidad. Sin embargo, no olvida las características de la población a la que esta destinada, ni olvida que las particularidades del menor permiten realizar un trabajo de readaptación social más efectivo en ellos, que en el caso de los adultos, y que para tal efecto requiere del conocimiento y de la aplicación de todos los adelantos científicos que permitan liberar al menor de sus atavismos criminógenos y reintegrarlo a la sociedad de forma más armónica, respetando sus ritmos, sus valores y asimilándose a una vida constructiva y productiva.

La importancia del Comité Técnico se basa en la necesidad del órgano jurisdiccional de conocer la etiología de la conducta infractora así, una vez acreditada la infracción y la participación en la conducta tipificada por la ley penal, establecer la naturaleza de la sanción o medida de protección orientación o tratamiento aplicable, de acuerdo con las características biopsicosociales del menor.

Algunos autores han criticado la presencia del Comité Técnico y su actuación dentro de la justicia de menores, al considerar que los dictámenes, que orientan pero no obligan al Consejero Unitario, y los estudios biopsicosociales que elabora el área técnica son violatorios de los derechos constitucionales de los menores por ser un procedimiento paralelo, del cual ni el menor ni sus representantes tienen facultad de impugnarlo. Sin embargo, como se verá, al hacer un estudio del procedimiento, la necesidad de dicho estudio y valoración técnica resulta básica para el actuar del Consejo y en muchos casos, lejos de ser perjudicial para el menor permite al Consejero tomar una posición congruente al respecto.

Solo resta decir, que el Comité Técnico Interdisciplinario a diferencia de las instituciones proteccionistas y tutelares en el que se erigía en el hacedor de una justicia "científica arbitraria" se constituye como uno de los órganos más importantes que auxilian y orientan a la justicia de menores y que, como mencionamos al principio, marca la diferencia radical de éste y el sistema de justicia penal de adultos, convirtiendo al sistema de menores pese a los grandes desaciertos antes vistos, en la conjugación adecuada para los fines de la prevención general y la especial de dos sistemas de por sí antagónicos e irreconciliables, el sistema liberal y el sistema positivista penal.

G) Los "afectados por la infracción"

"Afectados por la infracción" es el término por medio del cual la ley de menores identifica a la víctima u ofendidos por el delito o en su caso a los representantes legales de éste. Su actuación dentro de la justicia de menores es en extremo limitada ya que a diferencia de la justicia penal para adultos no se les considera como coadyuvantes del representante social. La ley en comento sólo menciona que el comisionado será el encargado de proteger sus derechos e intereses legítimos, sin embargo, no existe declaración alguna en la forma en que realizan tal tarea, ni aún en la reparación del daño causado por la conducta delictiva del menor, ya que como lo establece el artículo 86 de la ley en la materia, es el propio afectado el que debe solicitar al Consejero la reparación del daño.

La actuación del Consejero será notificar al defensor y citar a las partes a una audiencia de conciliación, de la que si el resultado es positivo se firmará un convenio que tendrá el carácter de título ejecutivo, de lo contrario o en caso de que dicho convenio no se cumpla, el Consejero debe dejar a salvo los derechos del afectado para que los haga valer en los tribunales civiles respectivos.

Podemos considerar que existe una gran vaguedad en los términos de la ley respecto de la actuación, dentro del proceso de menores, de la víctima o afectados por la infracción al restringírsele el derecho procesal de estar debidamente representado por un profesional para la defensa de sus intereses.

II. LA NATURALEZA DEL PROCESO DE LA JUSTICIA DE MENORES

Uno de los aspectos en los que se modifica sensiblemente la política criminal respecto de los menores en esta ley de 1991, es precisamente en su aspecto procesal, que como hemos visto, ha sido el principal tema en donde se han levantado las más duras protestas y críticas en la justicia de menores desde su nacimiento y concepción en el siglo XIX.

Como recordamos, la adopción de un sistema de justicia positivista que incorpora en la práctica su procedimiento, reduce al justiciable a un mero objeto a merced del Estado y de sus intereses en donde, bajo el principio de defensa social, se niegan todos los derechos y garantías individuales de seguridad jurídica al individuo que ingresa a tal aparato estatal. Este era el caso de los menores infractores sujetos a la doctrina tutelar y proteccionista del Estado bajo la premisa de que el menor era inimputable y necesitado de la protección y tutela.

Como es de esperarse, el desarrollo y promoción de los derechos humanos hizo de este tema y de su modificación, uno de los puntos más importantes relacionados con la justicia de menores. Tanto la Doctrina de Protección Integral, basada en la Convención y demás instrumentos internacionales conceden un espacio muy importante al tema del proceso o procedimiento de menores y de las garantías procesales que deben respetarse, cuando se faculta al Estado a intervenir en la vida privada del menor y a restringir sus derechos con el objeto de adaptarlo o de promover su readaptación social.

En este mismo sentido, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores incluye en su contexto normativo una serie de instituciones y figuras procesales que podríamos considerar, a simple vista, como tendientes a hacer imperar en la justicia de menores un proceso penal liberal, en el que se respetan todas y cada una de las garantías procesales contempladas en nuestra Constitución y las concordantes en los instrumentos que dan origen a la Doctrina de Protección Integral. Sin embargo, como hemos visto antes, estas instituciones están confusas, crean inseguridad. La adopción híbrida de instituciones liberales y proteccionistas, produce confusión tanto doctrinaria como en la aplicación de la ley, lo que acarrea necesariamente inseguridad jurídica y un amplísimo campo de arbitrariedad e impunidad en el actuar, en ocasiones abusivo, de algunas autoridades estatales encargadas de esta misión.

En atención a lo anterior y continuando con la metodología del presente trabajo, realizaremos una breve exposición del sistema procesal de justicia de

menores y posteriormente analizaremos los puntos en los que se divide este procedimiento, por supuesto, haciendo las consecuentes referencias a los principios constitucionales en materia penal y a los establecidos por la Doctrina de Protección Integral adoptada por México en la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño.

Habiendo quedado asentado que, si bien históricamente se ha tratado desesperadamente de separar al derecho penal de la justicia de menores, al hacer un análisis de sus instituciones dicho esfuerzo doctrinario ha sido infructuoso ya que, aunque de la medida a la que será sujeto el menor respecto a la pena a la que un adulto sería sometido y a que las autoridades que aplican dichas medidas son diferentes, el origen sigue siendo las conductas que se encuentran descritas en el Código punitivo, ubicándose nuestro tema en el marco del Derecho Penal y no de protección del Estado. En tales circunstancias los principios de esta materia son del todo aplicables tanto a uno como a otro y, como consecuencia, la sociedad reacciona de similar manera cuando se comete alguna infracción a las normas punitivas. Sin embargo, cuando se percata de que quien las cometió es un sujeto menor de edad, la sociedad se comporta diferente sólo en tanto a quienes deberán de juzgarlo y de las medidas que deben ser aplicadas para su adaptación social y por ende la prevención de reincidencia, porque existen mejores pronósticos de resocialización que los adultos.

En el caso particular de las normas que constituyen el procedimiento, ya en materia penal para adultos o para menores infractores se establecen las reglas por medio de las cuales ha de regirse toda relación procesal surgida por la comisión de un hecho antisocial, tipificado por las leyes penales. Este proceso tutela los intereses del individuo frente a los posibles abusos del poder público en la realización de sus funciones jurisdiccionales.

Al decir de González Bustamante "Si la imposición de las penas y de las medidas de seguridad se hiciese de manera arbitraria y desordenada, el Derecho Penal no cumpliría su misión de proteger y garantizar los intereses sociales...".

"En las relaciones derivadas de la violación de un derecho en que se afectan los intereses de la sociedad, el Estado no puede legalmente ejercitarlos sin sujetarse a las formalidades procesales, ocurriendo ante los órganos competentes. La ley penal no puede aplicarse a priori; tampoco puede aplicarse sin la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento..., como lo consagra el artículo catorce de nuestra Constitución".²²⁷

²²⁷ González Bustamante, Juan José.- *Derecho Procesal Penal Mexicano*. Porrúa, México, 1984, p.4.

Esto es, la sociedad, a efecto de garantizar sus intereses de supervivencia y de la de sus miembros, ha otorgado al Estado el derecho y la obligación de prevenir y en su caso reprimir las conductas que atenten contra la seguridad de sus valores, por lo que el Estado en el ejercicio del *ius puniendi* protege los valores sociales, por medio de normas que describen una conducta desvalorada y complementa tal descripción con una amenaza de privar al individuo que la realice de algún bien, esto es, contempla una punibilidad. A nivel jurisdiccional el Estado en el ejercicio del *ius puniendi* se autolimita y se obliga a cumplir con ciertos requisitos y formalismos que protejan los derechos mínimos de los individuos que se enfrentan al propio Estado, como resultado de la comisión de un hecho antisocial y se evite de esta forma los posibles abusos de los órganos estatales en el ejercicio de este derecho represor.

Un tema de gran interés para los autores es el establecer la diferencia que existe entre procedimiento y proceso, vocablos que han sido utilizados en forma indiferenciada por el legislador en las leyes procesales, por lo que es necesario para el caso de nuestro estudio precisar las características de cada uno y determinar, de acuerdo con las particularidades establecidas en la legislación vigente, a que tipo de institución es a la que pertenece el procedimiento que el legislador estableció para la justicia de menores en materia común para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal.

Para Colín Sánchez el procedimiento es: “el conjunto de actos y formas legales que deben ser observados por todos los que intervienen, desde el momento en que se entabla la relación jurídica material de derecho penal, para hacer factible la aplicación de la ley al caso concreto”.²²⁸

Como se puede observar de esta definición, el procedimiento en materia penal inicia desde el conocimiento de la autoridad investigadora de la existencia de una conducta tipificada hasta que formalmente se resuelve por el órgano jurisdiccional que ésta constituye un delito, esto es, desde que existe una relación material entre el sujeto al que se le atribuye la comisión del hecho antisocial descrito por el tipo y el Estado.

En el caso del proceso, Rivera Silva lo considera como “el conjunto de actividades debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales, previamente excitados para su actuación por el Ministerio Público, resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea”.²²⁹

²²⁸ Colín Sánchez, Guillermo.- *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Porrúa, México, 1992, p. 61.

²²⁹ Rivera Silva, Manuel.- *El Procedimiento Penal*. Porrúa, México, 1983, p. 183.

Colín Sánchez considera que lo que hace la diferencia específica entre procedimiento y proceso es que los actos de los que intervienen en el proceso son llevados a cabo en forma ordenada, ya que el surtimiento de uno es el que da lugar a su vez al nacimiento de otros y así sucesivamente.

De lo anterior podemos deducir que en el caso del procedimiento son una serie de actos encaminados a un fin, sin embargo en dichos actos, si bien existe un orden, no se limita a que la realización de uno sea la causa del nacimiento de otro, y en el caso del proceso, al contrario del anterior, existen pasos y actuaciones perfectamente establecidas y reguladas por la ley que llevan a un fin. En el caso del proceso judicial, dichos pasos se encuentran concatenados de forma tal que uno no puede darse sin la existencia previa del otro.

Por otra parte, se habla del proceso cuando se ha dado la relación procesal, esto es, la trilogía integrada por el órgano jurisdiccional y las partes o sea, el órgano de acusación y el procesado con su defensa. Esta relación se da sólo cuando la autoridad jurisdiccional tiene conocimiento de la conducta antisocial y determina su existencia por lo que se inician los actos tendientes a demostrarla y que se acredite plenamente que la misma es atribuible a un sujeto.

En forma voluntaria hemos omitido hablar de Juez, de Ministerio Público y de acusado o responsable y los hemos sustituido por los de órgano jurisdiccional, representante de la sociedad u órgano de acusación y por sujeto que realiza la conducta tipificada por la ley, en atención a que pretendemos extraer la esencia de los planteamientos aquí presentados y aplicarlos a la teoría de la justicia de menores.

La Ley para el tratamiento de menores hace mención respecto de las actuaciones que sigue el Consejo de menores en la administración de la justicia en materia de menores en el sentido de que:

ARTICULO 5.- El Consejo de Menores tendrá las siguientes atribuciones:

I.- ...

II.- Desahogar el procedimiento y dictar las resoluciones que contengan las medidas de orientación y protección que señala esta Ley en materia de menores infractores:

III.- Vigilar el cumplimiento de la legalidad en el procedimiento y el respeto a los derechos de los menores sujetos a esta Ley.

Capítulo Cuarto Las Instituciones Procesales de la Justicia de Menores

En el ejercicio de sus funciones el Consejo instruirá el procedimiento, resolverá sobre la situación jurídica de los menores y ordenará y evaluará las medidas de orientación, protección y tratamiento que juzgue necesarias para su adaptación social.

Así mismo, el artículo séptimo de la Ley considera las etapas en las que se divide el procedimiento y expresa que:

ARTICULO 7.- El procedimiento ante el Consejo de menores comprende las siguientes etapas:

- I.- Integración de la investigación de las infracciones;
- II.- Resolución Inicial;
- III.- Instrucción y diagnóstico;
- V.- Resolución definitiva;
- VI.- Aplicación de las medidas de Orientación, Protección y Tratamiento;
- VII.- Evaluación de la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento;
- VIII.- Conclusión del tratamiento;
- IX.- Seguimiento técnico ulterior.

En tales circunstancias nos encontramos con que el legislador consideró que los pasos seguidos por el Consejo en su función jurisdiccional se trataba de procedimientos, sin embargo, el hecho de que la ley lo contemple de este modo, a nuestro juicio en forma errónea sin hacer diferenciación, ya que los considera bajo el mismo nombre, no existe inconveniente doctrinario en diferenciar, con arreglo a lo ya expuesto en este apartado, si efectivamente las actuaciones correspondientes a las facultades de los Consejeros Unitarios se trata efectivamente de un procedimiento o propiamente de un proceso, y si se cumplen con los presupuestos doctrinarios aquí planteados para considerarlo como tal.

En el artículo séptimo de la Ley, en sus fracciones segunda, tercera y cuarta, contempla a la resolución inicial, instrucción y diagnóstico y a la resolución definitiva, instituciones en la justicia de menores que analizaremos más adelante, no sin antes apuntar que dadas las características particulares de cada una de ellas consideramos que, atento a la similitud que se manifiesta en su regulación, son extraídas del auto de formal prisión, cabeza de proceso. o de término constitucional, que en justicia de menores se reduce a cuarenta y ocho horas su emisión. Esto es, ante el Consejo de Menores existe un plazo de cuarenta y ocho horas para dictar una resolución en que se determine si en la especie existen elementos suficientes para acreditar el cuerpo de una infracción que por sus elementos objetivos no se diferencia del cuerpo del delito o más acertadamente de los elementos típicos a que se refiere el artículo 168 del Código Federal de

Procedimientos Penales y de la presunta o probable participación del menor o que la conducta es presumiblemente atribuible al menor que fue puesto a disposición del Consejero Unitario, que se identifica con la presunta responsabilidad del consignado, periodo que doctrinariamente se asimila a la preinstrucción. Así mismo, contamos en la justicia de menores con un periodo en el que el Consejero se avoca a la comprobación de los elementos antes señalados con la participación del Comisionado, representante de los intereses del ofendido y de la sociedad en general y con la del defensor del menor y éste, en donde como resultado de la Resolución inicial se identifica la relación procesal en la que intervienen las partes y el órgano jurisdiccional que es el Consejero Unitario, periodo en el que se ofrecen pruebas, se desahogan, se toma conocimiento personal y se realizan los estudios pertinentes de la personalidad y las circunstancias que fundan la etiología de la conducta antisocial desplegada por el menor.

Al igual que en la justicia de adultos, el Consejero Unitario cuenta con un periodo, después de haberse cerrado la instrucción, para valorar las pruebas presentadas y la personalidad del menor y de esa manera establecer formalmente si efectivamente la conducta desplegada se trata de una infracción. Esto es, si de las conclusiones probatorias se reúnen plénamente los elementos tanto descriptivos, normativos y subjetivos del tipo que describe tal conducta y que ésta es plenamente atribuible al menor por haber participado en alguna de las formas que señala el artículo trece del Código Penal, y cual medida de orientación, protección o tratamiento es aplicable al menor de acuerdo con la problemática de la personalidad que presenta.

De la lectura del artículo aquí plasmado se evidencia que previo a la puesta a disposición que hace el Comisionado del menor en la que excita al Consejero Unitario, existe un periodo de investigación de la infracción que está a cargo del Ministerio Público y del Comisionado. Posteriormente, una vez desahogada la instrucción, se contemplan procedimientos que tienden a la aplicación de las medidas de tratamiento y de la evaluación de éste, por lo que se puede concluir que nos encontramos frente a un Derecho de Procedimientos Penales de Menores y en el que se incluye el proceso de menores, que se inicia con la resolución inicial y termina con la resolución definitiva y donde, de acuerdo con la legislación en estudio, se da la trilogía procesal y una vez agotados los recursos contemplados tiene la característica de cosa juzgada, no obstante que el tratamiento aplicado al menor pueda ser revisado por el propio Consejero que instruyó y resolvió, en función parecida al Juez de Ejecución como se conoce en legislaciones extranjeras, como en el caso de Italia.

De acuerdo con lo anterior, dentro del procedimiento de menores establecido, la etapa que inicia con la resolución inicial y concluye con la resolución definitiva debe considerarse propiamente un proceso y respecto de los demás puntos establecidos en dicho artículo podemos afirmar que se trata de un procedimiento, por lo que reiteramos que nos enfrentamos frente a un Derecho Procesal de Menores.

A) Fines del proceso

En relación con los fines del proceso, los doctrinarios han considerado que existen fines generales y específicos, mediatos e inmediatos.

Colín Sánchez,²³⁰ citando a Florian, manifiesta que el fin general mediato del proceso es similar al del Derecho Penal, ya que ambos tienden a la defensa social en tanto, el primero tiende a la realización del segundo; por lo que hace al fin inmediato, es la aplicación de la ley al caso concreto; esto es, si se comprueba que el hecho cometido se trata de un delito y si el imputado es su autor o participó en él.

Por lo que hace a los fines específicos, el autor los clasifica en dos, el conocimiento de la verdad histórica y la personalidad del delincuente.

Respecto de la verdad histórica, nos manifiesta que su conocimiento es el fin específico del proceso penal y que para conocerla es necesario descubrir un conjunto de elementos idóneos para reconstruir la conducta o el hecho y conocer lo realmente acontecido y así valorarlo, tomando en cuenta el orden jurídico preestablecido.

El autor hace consideraciones respecto de la personalidad del delincuente y comenta que, de acuerdo a la escuela italiana que sostenía que el conocimiento de ésta era de vital importancia para lograr una verdadera justicia penal, su estudio debe abarcar un doble aspecto, el psicológico y el biológico.

Para Rivera Silva²³¹ los fines del procedimiento se dividen en inmediatos y mediatos; el primero de los fines inmediatos es la aplicación de la ley al caso concreto y el segundo, la aplicación de la ley a determinadas reglas, invalidando así cualquier confusión que se pudiera presentar en la propia aplicación.

²³⁰ Colín Sánchez, Guillermo.- *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. p. 71.

²³¹ Rivera Silva, Manuel.- *Op. Cit.* p. 41.

Los fines inmediatos son crear la norma jurídica individualizada ciñéndose a reglas especiales.

En el caso particular de la justicia de menores, hasta antes de la actual legislación, el conocimiento de la verdad y la aplicación de la ley sustantiva al caso concreto no era de tomarse en cuenta plenariamente, en atención a que, como observamos de la lectura de las legislaciones que reglamentaban la aplicación de la justicia de menores, el conocimiento de la verdad histórica no era primordial. Bajo una conciencia tutelar o proteccionista del Estado, lo único que era necesario era acreditar o conocer la personalidad del menor que infringía las leyes penales, los reglamentos o que simplemente exista en él un estado de peligro a efecto de que se justificara la intervención del Estado e imponer una medida de tratamiento. No era necesario acreditar con reglas procesales especiales que la conducta cometida por un menor constituía una violación a la ley penal, ni que le fuera atribuible, sino que, si del resultado de sus estudios se desprendía que el menor podía causarse daño a sí mismo, a su familia o la sociedad, se justificaba la intervención del Estado y se podían aplicar medidas de tratamiento que llegaban incluso a la privación de la libertad.

En la actualidad, al cobijo de la nueva ley para menores, los fines del proceso han cambiado. Para que se justifique la intervención del Estado es necesario que se conozca la verdad histórica y se demuestre que la conducta del menor se trata de una violación a la ley penal. Tiene también el fin de proteger a la sociedad del sujeto menor de edad que ha causado un desequilibrio en la armonía de ésta, y que es necesario lograr por medio de pruebas idóneas y suficientes demostrar que la conducta de menor se ajusta a lo establecido por la descripción típica de la ley penal aplicable. A efecto de que el Estado pueda con todo su poderío intervenir en la adaptación de los menores que transgreden la ley penal, es necesario el conocimiento de la verdad histórica y acreditar, a través de los medios probatorios idóneos, que la conducta desplegada por el menor se trata efectivamente de una que está descrita por la ley penal.

El conocimiento personal y biopsicosocial del menor es un punto total en dicha materia y es, en este apartado, donde se justifica que la política criminal del Estado sea especial en el caso de los menores a diferencia de los adultos, ya que dicha adaptación social solamente es alcanzable a través de un tratamiento multidisciplinario, previos estudios que determinen la etiología de la conducta infractora, además de que, por determinación legal, el Consejero Unitario debe valorar obligatoriamente dichos estudios y el dictamen del Comité Técnico

Interdisciplinario, órgano del Consejo que revisa los estudios y emite el dictamen criminológico respectivo, de lo que hablaremos más adelante.

~~Respecto del conocimiento del delincuente considerado como fin específico~~ del proceso, la Ley Para el Tratamiento de Menores Infractores considera que: El Consejo deberá determinar en cada caso, las medidas de orientación, de protección y de tratamiento externo e interno previstas en la Ley, que fueren necesarias para encauzar dentro de la normatividad la conducta del menor y lograr su adaptación social (art.88).

El diagnóstico es una materia de vital importancia para la administración de la justicia de menores y la propia ley define a éste como el resultado de las investigaciones técnicas interdisciplinarias que permita conocer la estructura biopsicosocial del menor (Art. 89)

El objeto del diagnóstico es precisamente conocer la etiología de la conducta infractora y dictaminar, con fundamento en el resultado de los estudios e investigaciones interdisciplinarios que lleven al conocimiento de la estructura biopsicosocial del menor, cuales deberán ser las medidas conducentes a su adaptación social, razón por la que la propia ley ordena que la práctica de los estudios versen sobre materia médica, psicológica, pedagógica y social, otorgando amplia libertad al Consejero instructor de ordenar a la unidad encargada algún estudio de diversa naturaleza al menor, a su familia o a la víctima.

A la luz de la nueva Ley para el Tratamiento de Menores Infractores consideramos que en lo que respecta específicamente al proceso, comparte la naturaleza del proceso de adultos haciéndose la aclaración de que, en el caso de la justicia de menores, es considerado al proceso como el medio para que el Estado pueda lograr su objetivo de adaptación del menor a la sociedad a través del tratamiento individualizado, para el que es necesario antes de ello, determinar la etiología de la conducta infractora con el diagnóstico elaborado por la Dirección General de Prevención y Tratamiento de Menores por medio de sus órganos encargados.

B) Características del proceso en la justicia de menores

Consideramos necesario, tomando en cuenta lo novedoso del sistema procesal en México que se contempla en la Ley para el Tratamiento de Menores, tratar de

ubicar a su proceso dentro de alguna de las categorías que son comúnmente conocidas como sistemas, y determinar sus características para descubrir, si efectivamente se cumplen con los objetivos del legislador de hacer una justicia de menores digna de un pueblo democrático, que proteja las garantías individuales de los menores.

Dentro de la doctrina, nos encontramos con tres tipos diferentes de procesos imperantes dentro del penoso peregrinar en la historia de la justicia penal; estos han sido: el Sistema Acusatorio; el Inquisitivo y el Mixto.

a) El sistema acusatorio:

El sistema acusatorio como lo señala Julio Acero, surge la idea de que el delito solo interesa a las partes, aunque se admite que en el castigo interviene el Estado para evitar mayores trastornos; la iniciativa y hasta la persecución del procedimiento se dejan principalmente en manos del ofendido, de sus familiares y del acusado. Uno frente al otro son puestas así contradictoriamente con la libertad de acción y promoción. Entre ambos, el Juez imparcial, se limita a la solicitud, a autorizar las pruebas y el debate público y oral y a pronunciar la decisión.²³²

Por su parte Borja Osorno señala las características de este sistema procesal y considera que se dividen en generales y particulares; siendo las primeras:

1. El poder de decisión pertenece a un órgano estatal (magistrado).
2. El poder de iniciativa o de acusación pertenece a persona distinta del Juez, en primer lugar al ofendido y posteriormente a cualquier ciudadano; sin embargo, una vez ya realizada la acusación, el Juez no se condiciona a la actuación del ofendido sino que prosigue las averiguaciones.
3. La posible representación del acusador es por parte de cualquier persona.
4. Es posible el patrocinio del acusado por cualquier persona.

²³² Acero, Julio.- *Procedimiento Penal*.- Editorial Cajica, S.A., México. 1976. p. 45.

Como características especiales menciona que son:

Libertad de prueba: que se traduce en que no solo se puede ofrecer cualquier elemento de prueba, sino que el juzgador tiene la obligación de admitirla.

Libertad de defensa: la que deriva de la anterior y a la vez se le subordina.

Instrucción pública y oral: la primera es cuando el acusado y su defensor pueden conocer todas las instancias del proceso sin límite alguno, sin que todas las diligencias sean públicas y por oralidad se entiende la relación verbal de los hechos ante las autoridades encargadas del procedimiento.²³³

Rivera Silva señala entre otras una característica muy importante en relación a la acusación, y considera que el acusador debe ser distinto del Juez como lo señala el anterior autor; que el acusador no se representa por ningún órgano del Estado y que la acusación no es oficiosa, pudiendo ser representado por cualquier persona; existiendo libertad de prueba en la acusación;²³⁴

Justifica que este sistema acusatorio se da cuando se concibe al delito como una cuestión que solo afecta al ofendido, por lo que la prueba se pone en manos de los particulares.

b) El sistema inquisitivo

Rivera Silva²³⁵ afirma que este sistema nació cuando se argumentó históricamente que el delito ofendía al Estado o a la Sociedad. En este sistema el Estado como ofendido no ahorra esfuerzos en la búsqueda de la verdad, interviene de oficio en la investigación de los delitos y amplía la órbita de acción del Juez, al permitirle invadir los terrenos de las partes. Al Juez le toca la prueba de la culpabilidad.

Las características de este sistema son:

En cuanto a la acusación: El acusador se identifica con el Juez; la acusación es oficiosa. Respecto a la defensa, ésta se identifica con el Juez; el acusado no puede ser patrocinado por un defensor; y la defensa es limitada. La decisión, la

²³³ Borja Osorno, *Derecho Procesal Penal*. Editorial Cajica. México. 1969, p. 45.

²³⁴ Rivera Silva, *Op. Cit.* p. 188.

²³⁵ *Ibidem.* p. 189 y 190.

acusación y la defensa se identifican con el Juez, quien tiene amplias facultades en lo tocante a los medios probatorios aceptables. Las formas de expresión son: escrita y secreta. En este sistema prevalece el interés social sobre el particular. Oficiosamente se inicia y continúan las indagaciones necesarias.²³⁶

Borja Osorno incluye otra característica de este sistema consistente en que las pruebas y la defensa es limitada y sólo se contemplan las pruebas que acepta el Juzgador para conocer la verdad de los hechos.²³⁷

Julio Acero hace una cita que sintetiza perfectamente el sistema inquisitivo y que refiere:

"Aquí el Juez es el que por denuncia, por quejas secretas, por rumores y hasta por sospechas, toma la iniciativa y se dedica a buscar pruebas, examina testigos, practica reconocimiento de lugares e investigaciones de todas clases cuyos resultados, anotados por escrito en procesos verbales, se encierran en unos sacos, con todo el mayor secreto. Ya no hay acusación, ya no hay acusador, no hay acusado; la persona envuelta en esos procedimientos tenebrosos, es capturada, colocada en un calabozo, sin que se le diga la causa ni el objeto, sin que se sepa tampoco quien la acusa ni de qué, hasta las últimas fases del procedimiento. Entonces para obtener confesiones y revelaciones, se despliega el aterrador aparato del tormento, y para dictar sentencia, lo que se llama pruebas legales, es decir pruebas cuyo valor se haya previamente determinado; de manera que encadena hasta la conciencia de los que deben fallar; y finalmente la sentencia, que se pronuncia sobre el saco de todas esas piezas escritas, sin debate oral, sin alegatos y sin publicidad..."²³⁸

c) El sistema mixto

Respecto del sistema mixto tenemos las más variadas aportaciones de los autores, en las que son similares en algunos elementos y varían respecto de otros, sin embargo, es opinión general que este sistema nace como resultado de la reflexión histórica, que considera que si bien el delito ofende a la sociedad, también el delincuente es en cierta forma víctima de la sociedad, ya que su conducta no solo obedecía a su voluntad sino también a las fuerzas contrarias que el Estado no luchó por contrarrestar, (educación, ambiente, etc.) a pesar de tener la obligación de hacerlo.

Con base en lo anterior nace un sistema mixto de procesamiento en el que se incluyen figuras de los dos sistemas anteriores, sin embargo, es en esta parte donde

²³⁶ *Idem.* 189.

²³⁷ Borja Osorno, *Op. Cit.* p. 40.

²³⁸ Acero, Julio *Op Cit.* p. 47.

debemos apreciar la variedad de criterios de los autores de la materia y luego de ello obtener un resultado más rico, respecto de las características de este sistema.

Rivera Silva propone que las características de este sistema son: a) Que la ~~acusación está reservada a un órgano del Estado; La instrucción es similar a la del inquisitivo, prevaleciendo como formas de expresión la escrita y secreta; y que el debate se inclina hacia el sistema acusatorio en el que es público y oral.~~²³⁹

Colín Sánchez coincide con el anterior autor, sin embargo, agrega que la instrucción es inquisitiva, no obstante la injerencia que se le de a la defensa para que asista al procesado, y que en relación a la valoración de pruebas el Juez tiene amplias facultades para ello.²⁴⁰

Borja Osorno considera que las características del proceso mixto son: Que la acusación debe provenir de un órgano del Estado; que la instrucción es escrita y secreta; y el juicio es inspirado en el sistema acusatorio (contradicción, oralidad y publicidad); la selección de pruebas, adquisición y crítica queda a cargo del Juez; existe libertad de pruebas y de defensa.²⁴¹

Si nuestra intención es ubicar un sistema procesal novedoso dentro de los parámetros antes establecidos debemos identificar los puntos principales para su exacta colocación; estos son:

LA ACUSACIÓN:

- a) Sistema Acusatorio: El Ofendido.
- b) Sistema Inquisitivo: El Juez.
- c) Sistema Mixto: Un órgano de Estado distinto del Juez.

LA DECISIÓN:

- a) Sistema Acusatorio: El Juez.
- b) Sistema Inquisitivo: El Juez.
- c) Sistema Mixto: El Juez.

PATROCINIO DEL ACUSADO O LIBERTAD DE DEFENSA:

- a) Sistema Acusatorio: Si existe.
- b) Sistema Inquisitivo: No existe, (A cargo del Propio Juez).
- c) Sistema Mixto: Si existe.

LIBERTAD DE PRUEBA:

- a) Sistema Acusatorio: Si existe. (El Juez debe admitir todas).

²³⁹ Rivera Silva. *Ibidem*. p. 189 y 190.

²⁴⁰ Colín Sánchez. *Op. Cit.* p. 75.

²⁴¹ Borja Osorno, *Op. Cit.* p. 45.

- b) Sistema Inquisitivo: No existe. (El Juez selecciona y busca).
- c) Sistema Mixto: Si existe. (El Juez debe admitir y buscar).

INSTRUCCIÓN:

- a) Sistema Acusatorio: Oral y Pública.
- b) Sistema Inquisitivo: Escrita y secreta.
- c) Sistema Mixto: Escrita y Secreta.

JUICIO:

- a) Sistema Acusatorio: Oral y Público.
- b) Sistema Inquisitivo: Escrita y Secreta.
- c) Sistema Mixto: Oral y pública.

VALORACION DE LAS PRUEBAS

- a) Sistema acusatorio: Lo que puedan probar las partes.
- b) Sistema Inquisitivo: Facultad absoluta para el Juez.
- c) Sistema Mixto: Valoración sujeta a reglas.

d) El sistema de proceso en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores

A efecto de estar en posibilidad de ubicar las particularidades del procedimiento de la justicia de menores y de esa forma lograr su ubicación dentro de alguno de los sistemas antes mencionados, trataremos de hacer un análisis de cada uno de los puntos expuestos líneas arriba a la luz de la Ley de la materia y de tal forma, descubrir la esencia que lo anima y le da vida.

- La acusación:

El primer punto en el que se diferencian los sistemas procesales es en la acusación y su titular, ya que en el sistema acusatorio es el ofendido, en el inquisitivo, el propio Juzgador y, en el Mixto, algún órgano del Estado diferente del Juez.

En la justicia de Menores podría considerarse aparentemente que se trata de un sistema Mixto en tanto que como lo contempla el artículo 35 fracción II inciso m de la ley de la materia, el Comisionado de la investigación es el que debe, previa remisión del Ministerio Público, poner a disposición del Consejero Unitario en turno al menor, al que se le atribuye una conducta tipificada penalmente. En tal razón, el Comisionado deberá realizar un auto en el que precise la conducta antisocial descrita por las leyes penales que se atribuya al menor, así como las constancias que demuestren su existencia y las probanzas de las cuales se

desprenda la probable participación. Sin embargo, es necesario precisar en que momento ejercita el titular la acusación propiamente dicha, ya que, como se ha mencionado, dentro del sistema procesal penal mexicano el órgano encargado por la sociedad para realizar tal función es el Ministerio Público, quien al momento de poner del conocimiento del Juez la existencia de un delito y un probable responsable, ejercita la acción procesal penal y no es hasta el momento de las conclusiones cuando fija precisamente la acusación, después de haberse instruido el proceso. Conclusiones que nunca deberá rebasar el Juzgador al momento de determinar la existencia formal de un delito y la individualización de la pena.

En la Justicia de menores si bien en el artículo 35 fracción II inciso j se determina que el Comisionado en el procedimiento deberá formular los alegatos en cada uno de los casos en los que intervengan, solicitando la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento que correspondan, el hecho de que no los formule no implica que el Consejero Unitario deba absolver al menor sujeto a procedimiento, o que al dictar su resolución definitiva no deba sobrepasar los límites de los alegatos. En el caso de la justicia de menores, los alegatos formulados por el Comisionado no constituyen una acusación por parte del Estado, sino una simple apreciación de los hechos y de las pruebas que orienten al Consejero al dictado de su resolución definitiva, al igual que los alegatos de la defensa; por lo que, al no tener el representante de los intereses sociales la posibilidad de formular una acusación formalmente dicha, ante el órgano jurisdiccional que es el Consejero Unitario, ya que éste último tiene facultades para dictar una resolución e imponer un tratamiento sin contemplar los alegatos del Comisionado es posible concluir, que nos encontramos frente a una figura similar a la del sistema inquisitivo en el que el órgano acusador se identifica con el de decisión.

- Libertad de defensa y patrocinio del acusado

El procesado tiene, en el sistema acusatorio y mixto, la libertad de nombrar a un defensor que lo asesore, y que vele por sus intereses en el proceso, no así en el sistema inquisitivo en el que el defensor se confunde con el Juzgador. En la justicia de menores reconocemos que en este apartado el sistema procesal se asimila al del sistema acusatorio en tanto la ley reconoce, al contrario de las antiguas legislaciones, la facultad del menor y de sus representantes para nombrar un licenciado en derecho de su confianza para que lo represente, y que en caso de no hacerlo, el Consejero deberá nombrarle uno de oficio, además de que en su parte orgánica la ley contempla la existencia de la Unidad de Defensa de Menores; sin embargo, debemos recordar que esta libertad de defensa es concedida en forma

parcial ya que el menor no puede actuar dentro del proceso, ni tiene el derecho de apelar.

- La libertad de prueba

La libertad de prueba es característica del sistema acusatorio y consiste en que no solo el defensor o el acusado pueden proponer cualesquier tipo de prueba, sino que el propio Juez debe admitirlas. En nuestra justicia de menores, si bien el menor tiene la garantía procesal de que se le deben recibir los testimonios y demás pruebas que ofrezca, por medio de su defensor, esto se limita a que las pruebas tengan relación con los hechos, además de que la propia ley otorga al Consejero la facultad de recabar elementos "que se estimen necesarios" para el conocimiento de la verdad histórica. Interpretando este precepto, el Consejero Unitario recabará los elementos que estime necesarios por lo que es de afirmarse que el sistema de prueba es de carácter restringido, como en el caso del sistema inquisitivo. A mayor abundamiento, el artículo 52 de la ley, referente al plazo a las partes para el ofrecimiento de pruebas, otorga al Consejero Unitario la facultad de recabar de oficio las pruebas que "considere pertinentes" para el esclarecimiento de los hechos; por lo que es dable concluir que en este aspecto el sistema procesal de justicia de menores es inspirado en el sistema inquisitivo.

- La instrucción

Esta etapa del proceso en materia de menores se encuentra inspirada principalmente en el sistema inquisitivo en atención a que tiene las características de ser escrito y secreto ya que, como se contempla en los artículos 52 y 54 de la ley de la materia, las pruebas deberán ser ofrecidas por las partes; por escrito dentro del término respectivo así como los alegatos presentados por las partes antes del cierre de instrucción. De acuerdo con el artículo 41 de la Ley, no se permite el acceso al público a las diligencias que se celebren ante los órganos del Consejo, y sólo se permite la asistencia del menor, su defensor, el comisionado y quienes vayan a ser examinados. Es facultad discrecional del Consejero Unitario permitir la presencia de los padres, encargados o representantes del menor en la audiencia. Por otro lado, existe disposición expresa en el artículo 123 de la Ley en comento de prohibir a los medios de difusión publicar la identidad de los menores sujetos a un procedimiento o tratamiento. Si bien en materia de adultos se considera que en la etapa de decisión el proceso se torna oral y público, en materia de menores dicha etapa no existe por su naturaleza sumarísima, esto es, no existe audiencia de vista en la que las partes puedan ubicar sus posiciones ante el Juez por medio de la oralidad, ya que, los alegatos de las partes se ofrecen por escrito,

sin ningún tipo de formulismos o actos solemnes como lo pudiera representar una audiencia de vista, por lo que atendiendo a dichas características éstas se asimilan plenamente al sistema inquisitivo.

- Valoración de las pruebas

En la etapa de valoración de pruebas propia del juicio, el Consejero Unitario cuenta con las más amplias facultades de valorarlas concediendo sólo valor probatorio pleno a las documentales públicas, las actuaciones del Consejo, y del Ministerio Público. La Ley faculta al Consejero Unitario a aplicar las reglas de la lógica jurídica y las máximas de la experiencia, por lo que las resoluciones deben estar debidamente fundadas y motivadas.

e) Actos procesales y sus principios

Con el objeto de finalizar el análisis del sistema procesal al que pertenece la justicia de menores haremos una revisión de los principios que la rigen y atendiendo a que han sido mencionados anteriormente, en este apartado haremos una explicación somera de su significado y trascendencia.

1) Principio dispositivo y de oficialidad.- El primero consiste en conceder al particular el ejercicio de la acción penal y, el segundo, a un órgano del Estado.

Como ya se dijo, en el caso de la justicia de menores el encargado de conocer primariamente la comisión de una conducta infractora es el Ministerio Público, quien remite al Comisionado las actuaciones, y éste, una vez realizadas las diligencias pertinentes, pone a disposición del órgano jurisdiccional la causa y al menor, por lo que estamos en presencia de la oficialidad.

2) Principio de la bilateralidad de la audiencia.- Este principio consiste en que el órgano de jurisdicción debe escuchar a ambas partes.

3) Presentación por las partes e investigación judicial.- Consistente el primero, en que corresponde a las partes determinar el alcance y contenido de la disputa judicial, esto es, que el Juez solamente se limitará a estudiar lo planteado por los litigantes.

La investigación judicial representa la obligatoriedad del Juez en averiguar de oficio la verdad material o absoluta, imponiéndole el deber de escudriñar y tomar

en cuenta los hechos que no han sido presentados por las partes. Este principio tiene como fundamento la idea de que sobre los intereses de las partes existe un bien jurídico al que ambas partes quedan subordinadas, por lo que sus declaraciones son medios para el conocimiento de la verdad histórica.

En el caso de la justicia de menores, atendiendo a que el conocimiento de la verdad histórica es el fin principal para sujetar a tratamiento a un menor, la ley de la materia otorga las más amplias facultades al órgano jurisdiccional para allegarse de oficio, los elementos de prueba que considere pertinentes, por lo que el sistema empleado se identifica con el principio de la investigación judicial.

4) Impulso del proceso por las partes e impulso judicial.- El primero significa que corresponde a las partes el cuidar el adelanto del procedimiento mediante emplazamientos, producción de pruebas, etc.; por el contrario, el segundo, impone la obligación de observar que el procedimiento llegue a su fin, esto es, que le corresponde realizar todos los actos tendientes a facilitar su pronunciamiento.

La justicia de menores se inspira en el principio del impulso judicial, ya que la ley de la materia obliga al Consejero Unitario a realizar todos los actos tendientes a determinar la situación jurídica del menor, sin motivación o excitación de las partes, dentro de un plazo fijado en la propia ley.

5) Prueba formal y libre apreciación.- De acuerdo con el primero, el valor de las pruebas es fijado por reglas firmes a las que el juez debe atenerse, aún en contra de su voluntad. Respecto del segundo, el Juez tiene amplias facultades para valorar las pruebas. Esto es, el primero se orienta hacia la convicción objetiva del Juez y el segundo hacia la subjetiva.

En la materia en estudio, el Consejero Unitario tiene facultades amplísimas de valorar las pruebas ofrecidas en el procedimiento.

6) Oralidad y escritura. Un sistema procesal se caracteriza como partidario de uno u otro de acuerdo a que el material de la causa, o por ejemplo, las alegaciones, las pruebas, las conclusiones, sean objeto de la consideración judicial solamente si se presentan de palabra, en uno de estos supuestos o por escrito, en el otro.

Como ya se mencionó líneas arriba, el proceso en menores es principalmente escrito.

7) Inmediación o mediación. El primero se caracteriza por un procedimiento en el que el tribunal actúa en contacto directo con las partes, los testigos, etc. Mientras que en el otro, ese contacto tiene lugar a través de un sujeto intermediario.

En el desarrollo del procedimiento el Consejero Unitario debe presenciar las audiencias y tomar conocimiento directo de las personas por lo que en lo que a este apartado respecta, impera el principio de inmediación.

8) Publicidad y secreto.- Debemos entender al primero en el sentido de que no sólo el procedimiento quede abierto a las partes y sus consejeros legales, sino a cualquiera que desee asistir, tenga o no interés directo en la causa; el segundo consiste solamente en que las partes pueden tener acceso al procedimiento.

9) Continuidad y Concentración.- En el primero, el proceso se divide en periodos y sólo se continua cuando se pasa de un periodo a otro, asegurándose el enlace y tránsito mediante resoluciones judiciales. El principio de concentración consiste en que el procedimiento se concentra en una sola audiencia.

La concentración en la justicia de menores se hace evidente de la lectura del artículo 53 de la Ley, en el que se determina que la audiencia se desarrollará sin interrupción en un solo día.

10) Unidad de resultados de las actividades de los sujetos procesales.- Consistente en que una parte puede utilizar para sí, los efectos de los actos ejecutados por la otra.

De todo lo antes analizado podemos concluir que el sistema procesal en la justicia de menores, contemplado en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, publicada en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 1991, es un sistema de tipo mixto en el que imperan principalmente las motivaciones de carácter inquisitivo, adoptando exclusivamente la libertad de defensa propio del sistema acusatorio. En este sistema predominan los principios de oficialidad, bilateralidad de la audiencia, investigación judicial, impulso judicial, libre apreciación de las pruebas, escritura, inmediación, secreto y concentración.

De esta forma concluimos que pese a las reformas y principios de la Convención y de la Doctrina de Protección Integral aparentemente adoptados por

la legislación federal, el sistema procesal de la justicia de menores continúa siendo de corte inquisitorial, con una modificación legislativa que otorga un aparato de defensa para el menor, cuya participación en el proceso es limitada, ya que quien realmente lleva la carga del proceso es el Consejero mismo, quien debe allegarse pruebas, y resolver dentro de los tiempos establecidos por la ley, hayan actuado o dejado de actuar tanto la defensa como el Comisionado. Por otro lado, debemos reconocer que el objeto del procedimiento fue la variación más importante en la justicia de menores ya que si anteriormente era el conocimiento de la personalidad del menor, ahora es el conocimiento de la verdad histórica.

Tenemos pues, en este sistema, otra simulación en la Ley para el Tratamiento de Menores, ya que en su exposición de motivos pretende proponer como guía a la Convención y a los Tratados Internacionales que se pronuncian por un sistema de carácter acusatorio y la Ley para el Tratamiento establece uno de corte inquisitivo con el adelanto de establecer un sistema de defensa para el menor.

Como último punto, debemos hacer una breve revisión del procedimiento que en justicia de menores tiene establecido la Ley para el Tratamiento de Menores, para lo que expondremos cada uno de los pasos procesales bajo el orden que nos marca el artículo séptimo de la Ley. Durante su explicación haremos referencia a los principios procesales establecidos por la Doctrina de Protección Integral derivados de la Convención y demás documentos internacionales, de su cumplimiento o no en nuestra legislación, así como de los principios procesales que la Constitución establece para cualquier juicio de naturaleza penal.

Debemos aclarar que el objetivo de este apartado no es desarrollar exhaustivamente todos y cada uno de los pasos del procedimiento seguido en la justicia de menores, ya que ello sobrepasaría en extremo el objeto de nuestro estudio; sólo nos concretaremos a precisar y explicar dicho procedimiento llamando la atención sobre los principios y contradicciones constitucionales y doctrinales que a nuestro juicio resulten de importancia, sin profundizar demasiado en los temas, ni recurrir innecesariamente a citas bibliográficas.

Como recordamos, el artículo séptimo de la ley establece que el procedimiento comprende las etapas de: Integración de la investigación de infracciones; Resolución inicial; Instrucción y diagnóstico; Dictamen técnico; Resolución definitiva; Aplicación de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento; Evaluación de la aplicación de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento; Conclusión del tratamiento y el Seguimiento técnico ulterior.

Cabe hacer mención que curiosamente dentro de este artículo séptimo no están comprendidos los recursos regulados por la ley como lo es la apelación y la excitativa de resolución, sin embargo, debemos tomarlos en cuenta en nuestro repaso ya que pese a que no los contemple la ley, representan un punto importante dentro del procedimiento de menores.

III. EL PROCESO DE MENORES

A) La integración de la investigación de las infracciones

Esta etapa que podríamos asimilar a la de averiguación previa, relacionada con el procedimiento de adultos; está a cargo de las autoridades administrativas de procuración de justicia, que como sabemos, son en principio el Ministerio Público y posteriormente el Comisionado de Menores, los que tienen por obligación recabar todos los datos y pruebas necesarias para acreditar la existencia de los elementos típicos de la infracción, así como la presunta participación del menor, antes de ponerlo a disposición del órgano con funciones jurisdiccionales que tenga la facultad de resolver la situación jurídica particular del menor puesto a disposición.

a) El Ministerio Público y su participación

En el capítulo anterior, al hablar del Ministerio Público, se precisó que en relación a la justicia de menores su participación es de vital importancia, atento a que él, como órgano del Estado encargado de la persecución de los delitos, es la primera autoridad en conocer de las conductas desplegadas por los menores infractores.

Atendiendo a la materia que nos ocupa, es necesario que se respete la legalidad consagrada en los artículos constitucionales que contemplan las garantías individuales, por lo que las actuaciones del Ministerio Público deben ajustarse de igual forma, en materia de menores, a la Constitución. Por ello es necesario que al iniciarse una averiguación, en la que se investiga la comisión de una infracción, ésta sea precedida de una denuncia, querrela o autorización siendo aplicable en este aspecto todos los principios doctrinarios, los contemplados en las leyes de la materia y en la Constitución.

Una vez hecho del conocimiento del Ministerio Público la comisión de una conducta antisocial tipificada en las leyes penales, el Ministerio Público realizará las primeras actuaciones y cuando tenga conocimiento certero de que el indiciado es un menor de edad, remitirá de inmediato al Comisionado al menor y las actuaciones practicadas para el conocimiento de la verdad histórica en el caso de que se hayan dado las hipótesis de flagrancia, ya que de lo contrario el Ministerio Público remitirá el expediente sin el menor, con el objeto de que el Comisionado realice las actuaciones complementarias y, en su caso, una vez integrado el expediente, lo remita al Consejero para que éste a su vez dicte una orden de presentación en el supuesto de quedar debidamente acreditados los extremos del tipo y de la participación.

Si bien el Ministerio Público tiene participación limitada, ceñida a la iniciación de la averiguación y a las diligencias solicitadas por el Comisionado y por el Consejero, su actuación es de suma importancia dado que es él quien inicia la investigación de las infracciones y quien al remitir al Comisionado en turno las actuaciones y al menor debe remitir, y dejar integrada la averiguación con las pruebas suficientes para acreditar la existencia de una infracción y que el menor remitido sea presuntivamente partícipe de la infracción.

Dentro de las actuaciones que el Ministerio Público debe realizar es la de tomar declaración al menor, al que ya sea por obligación que impone el Código de Procedimientos Penales del D.F. o el federal o la propia Ley para el Tratamiento, debe estar realizada frente a su defensor, con el objeto de que ésta pueda tener validez jurídica en la secuela del procedimiento. La asistencia jurídica debe continuar durante todo el procedimiento, circunstancia que contempla nuestro marco jurídico constitucional y legal en materia penal y que al incorporarse en la justicia de menores cumple con el principio de la Convención, relacionado con la asistencia jurídica del menor durante todo el procedimiento.

El Ministerio Público, una vez emitido su acuerdo, y remitido el expediente con el menor en su caso a los órganos de investigación de la Dirección General de Prevención y Tratamiento terminará de plano su participación en la materia de menores infractores otorgando el paso al Comisionado de la investigación, sin perjuicio de que sea solicitada la colaboración de dicho órgano, a efecto de obtener más elementos de prueba que induzcan al conocimiento de la verdad histórica.

b) Actuación del comisionado

Corresponde al Comisionado de investigación, reunir los elementos faltantes para acreditar la existencia de una infracción y que es presuntivamente atribuible a ~~un menor y es en razón de tal circunstancia que posee facultades para:~~ a) Investigar las infracciones cometidas por los menores que le sean turnadas por el Ministerio Público conforme a lo previsto por las reglas de integración de la investigación de infracciones de esta Ley; b) Requerir al Ministerio Público y a sus auxiliares a fin de que los menores sujetos a investigación le sean remitidos de inmediato; c) Practicar las diligencias de carácter complementario que sean conducentes a la comprobación de los elementos constitutivos de las infracciones, así como las tendientes a comprobar la participación del menor en los hechos; d) Tomar declaración al menor, ante la presencia de su defensor; e) Recibir testimonios, dar fe de los hechos y de las circunstancias del caso, así como de los instrumentos, objetos y productos de la infracción, pudiendo allegarse de cualquier medio de convicción que permita el conocimiento de la verdad histórica; para lo cual podrá auxiliarse de los servicios de investigación que le pueden otorgar las Procuradurías y el Tribunal Superior de Justicia.

El Comisionado dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que tome conocimiento de las infracciones atribuidas al menor, turnará las actuaciones al Consejero Unitario para que éste resuelva dentro del plazo de ley, lo que conforme a derecho proceda.

Por lo que hace al principio que establece la necesidad de un interprete en el caso de que el menor no conozca el idioma español, dicho principio no se encuentra contemplado en la Ley para el Tratamiento sino por disposición de los artículos 45 y 128 de la Ley, que establece que la normatividad supletoria en la materia es el Código Federal de Procedimientos Penales. Así las cosas, este principio está garantizado en los artículos 28 y 29 de dicho Código adjetivo federal.

c) La puesta a disposición

Una de las facultades del Comisionado de la investigación es precisamente la de, una vez reunidos los requisitos de ley, dar materia al procedimiento, esto es, aportar al Consejero Unitario las pruebas que le permiten deducir que se ha actualizado una infracción y que la misma es atribuible a un menor de edad.

Es importante manifestar que en el ámbito de la justicia de menores, al amparo de la nueva ley, las actuaciones del Comisionado deben estar ajustadas al principio de legalidad. El Estado ha encargado a dicho órgano la vigilancia de la legalidad en el procedimiento cuando en el artículo 35 fracción primera inciso n le impone la obligación de velar porque el principio de legalidad, en el ámbito de su competencia, no sea conculcado, promoviendo que el procedimiento se desahogue en forma oportuna y expedita. Puesto que dicha Representación Social en materia de menores es el vigilante de la legalidad, sus actuaciones deben estar apegadas a derecho.

La Ley en su artículo 35 fracción segunda inciso m, otorga tal facultad al Comisionado cuando le impone la obligación de poner a los menores a disposición de los consejeros cuando de las investigaciones realizadas se desprenda su participación en la comisión de una infracción tipificada como delito en las leyes penales.

Esta facultad está limitada en tiempo, ya que dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que tome conocimiento de las infracciones atribuidas al menor, turnará las actuaciones al Consejero Unitario para que éste resuelva, dentro del plazo de ley, lo que conforme a derecho proceda.

Sin embargo, se cuestiona si este organismo es eminentemente técnico y como tal conocedor del derecho, y como resultado de esto existe la duda si el Comisionado al poner a disposición del Consejero las actuaciones de una averiguación debe o no clasificar la infracción que considera que se ha actualizado, o en su caso, cuando el Comisionado elabora su acuerdo de puesta a disposición lo que consigna son hechos y no infracciones.

En nuestro criterio, atendiendo a la naturaleza de la autoridad y a que en la Ley para Menores Infractores en forma supletoria, en lo relacionado al procedimiento y a las actuaciones del Consejo es aplicable el Código Federal de Procedimientos Penales, y atento a que el mismo ordenamiento en su artículo 163 considera que el auto de formal prisión se dictará por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación y considerando la descripción típica legal y presunta responsabilidad correspondiente aún cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores, consideramos que efectivamente el Comisionado al elaborar su acuerdo de puesta a disposición consigna hechos y no infracciones, por lo que es facultad del Consejero Unitario al momento de recibir una averiguación previa con o sin menor analizar el acervo probatorio que obra en

el expediente y posteriormente determinar si los hechos probados se ajustan a alguna conducta descrita en las leyes penales, sin importar la clasificación que de ella hubiese hecho el Comisionado.

B) La preinstrucción

a) El auto de radicación

El auto de radicación es la primera resolución que dicta el Consejero Unitario al conocer de un caso particular puesto a consideración del órgano jurisdiccional por parte del Comisionado de la investigación. Este auto de acuerdo con las actuaciones que el Comisionado ponga a disposición, tiene dos sentidos: el primero, es posible que la averiguación se presente con menor o sin menor, con consecuencias diferentes.

El artículo 47 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores determina que el Consejero Unitario al recibir las actuaciones por parte del Comisionado, en relación a los hechos constitutivos de infracciones que correspondan a un ilícito tipificado por las leyes penales, radicará de inmediato el asunto y abrirá el expediente del caso.

En esta hipótesis, cuando el menor ha sido puesto a disposición del Consejero inicia el término de cuarenta y ocho horas a efecto de emitir la resolución inicial.

b) Efectos del auto de radicación

Para Rivera Silva los efectos que trae consigo el auto de radicación en un juicio penal para adultos, ajustado a la materia de menores son:²⁴²

1) Se fija la jurisdicción de la autoridad esto es, se indica que dicha autoridad tiene facultad, obligación y poder de decir el derecho, respecto del caso particular que se le está planteando.

2) Vincula a las partes a un órgano jurisdiccional, esto es, a partir de este momento el Comisionado tiene que actuar ante el Consejero que está conociendo, y el menor y su defensa se encuentran sujetos de igual forma a la misma autoridad.

²⁴² Rivera Silva, Manuel *Op. Cit.* pp. 156 y sig.

3) Sujeta a los terceros interesados al Tribunal.

4) Abre el periodo de preparación a proceso, señala el inicio del periodo de cuarenta y ocho horas que tiene por objeto que el Consejero Unitario determine verazmente la existencia de una infracción y la probable participación de un menor en ella. La ley de la materia no exige ninguna formalidad en el auto de radicación sino sólo se limita a manifestar que una vez puesto a disposición el expediente, de inmediato radicará el asunto.

5) Determina la iniciación del término de 24 horas a efecto de que el Consejero Unitario tome la declaración inicial al menor que le fue puesto a disposición.

c) La comparecencia inicial

La comparecencia inicial es la declaración primera que rinde el menor ante el Consejero Unitario en la que éste toma conocimiento del menor por primera vez, y en la que se deben reunir ciertos requisitos procesales, ya que aquí se inicia la posibilidad para el menor de realizar una defensa de sí ante el órgano jurisdiccional.

Dentro de las garantías procesales que la ley otorga a los menores encontramos que una vez que el menor quede a disposición del Consejo y dentro de las veinticuatro horas siguientes, el Consejero Unitario tiene la obligación de hacerle saber en forma clara y sencilla, en presencia de su defensor el nombre de la persona o personas que hayan declarado en su contra y la naturaleza y causa de la infracción que se le atribuya, así como su derecho a no declarar; rindiendo en este acto, en su caso, su declaración inicial.

Vemos como es en este momento cuando se actualizan plenamente las garantías procesales otorgadas al menor, que podrá utilizar en su defensa en actuaciones frente al órgano jurisdiccional en todo el proceso. Reconocemos entonces que la Ley para el Tratamiento de Menores es congruente con el principio de negarse a confesar o atestiguar de la Convención y el artículo 21 fracc. II de la Constitución, así como con obligación de la autoridad en informar al menor del nombre de las personas que hayan declarado en su contra y proporcionarle los datos necesarios para su defensa, como lo es informar sobre la naturaleza y causa de la infracción.

d) Facultades del consejero en la preinstrucción

Tomando en cuenta que la preinstrucción es un periodo procesal que finca las bases del procedimiento que habrá de seguirse, en atención a que es cuando el Consejero deberá determinar específicamente la infracción por la cual habrá llevarse dicho procedimiento, el legislador con la idea de que no se sigan procesos en contra de los menores que sean infructuosos otorga al instructor facultades para recabar y practicar sin demora todas las diligencias que sean pertinentes para el esclarecimiento de los hechos.

Esta facultad actualiza el principio de la Doctrina de Protección Integral referente a la libertad de la autoridad de recabar las pruebas necesarias para el conocimiento de la verdad histórica, en tanto el juez pueda recabar pruebas que consten en el expediente o no, sin que las partes las propongan.

Ya que el término de cuarenta y ocho horas es muy corto para la práctica de las diligencias pertinentes es posible ampliarlo por otras cuarenta y ocho horas más, siempre y cuando sea solicitado por el menor o la defensa, y dicho término deberá ser notificado a la autoridad encargada de la custodia del menor, ya que tiene la obligación de dejar libres a los menores si excede el término de cuarenta y ocho horas y no recibe copia o notificación de la resolución inicial que justifique la restricción de su libertad por mas tiempo. Esto es, la ampliación del plazo se hará de inmediato del conocimiento del funcionario que tenga a su disposición al menor. para los efectos de su custodia.

Si la Resolución inicial o la ampliación del plazo de referencia no se notificase a la autoridad responsable de la custodia del menor, dentro de la tres horas siguientes al vencimiento de los plazos antes indicados, ésta lo entregará de inmediato a sus representantes legales o encargados. Cuando ninguna de las personas antes mencionadas reclamaren al menor, éste se pondrá a disposición del órgano de asistencia social que corresponda. De todo ello se dejará constancia en el expediente.

C) La resolución inicial

a) Autoridad que la emite

Una de las principales facultades otorgadas al Consejero Unitario y consagrada en el artículo 20 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, es la de resolver la situación jurídica del menor dentro del término de cuarenta y ocho horas, o en su caso, dentro de la ampliación solicitada, que no podrá exceder de otras cuarenta y ocho horas, y emitir por escrito la resolución inicial que corresponda.

b) Formalidades de la Resolución inicial

La Resolución inicial que se dictará dentro del plazo previsto en esta Ley, deberá reunir los siguientes requisitos:

- I.- Lugar, fecha y hora en que se emita;
- II.- Los elementos que, en su caso, integren la infracción que corresponda al ilícito tipificado en las leyes penales;
- III.- Los elementos que determinen o no la presunta participación del menor en la comisión de la infracción;
- IV.- El tiempo, lugar y circunstancia de los hechos;
- V.- Los fundamentos legales así como las razones y las causas por las cuales se considere que quedó o no acreditada la infracción o infracciones y la probable participación del menor en su comisión;
- VI.- La sujeción del menor al procedimiento y la práctica del diagnóstico correspondiente o, en su caso, la declaración de que no ha lugar a la sujeción del mismo al procedimiento, con las reservas de Ley;
- VII.- Las determinaciones de carácter administrativo que procedan; y
- VIII.- El nombre y la firma del Consejero Unitario que la emita y del Secretario de Acuerdos, quien dará fe.

c) Tipos de resolución inicial

Las resoluciones iniciales pueden ser en tres sentidos, en las dos primeras que mencionaremos se sujeta a los menores a un procedimiento, que podrá ser en extenuación o en internación y en la tercera no se sujeta al menor a procedimiento alguno.

1) La sujeción a procedimiento

El Consejero Unitario, en caso de que decreta la sujeción del menor al procedimiento, deberá determinar si se llevará a cabo estando el menor bajo la ~~guarda y custodia de sus representantes legales o encargados~~, o si quedará a disposición del Consejo, en los centros de diagnóstico.

2) El procedimiento en internación

El procedimiento en internación procederá cuando el Consejero Unitario que tome conocimiento de conductas que correspondan a aquellos ilícitos que en las leyes penales no admitan la libertad provisional bajo caución, al dictar la resolución inicial ordenará que el menor permanezca a su disposición en los centros de diagnóstico, hasta en tanto se dicte la resolución definitiva y se encuentre comprobado plenamente el cuerpo de la infracción y la probable participación del menor en la anterior.

3) El procedimiento en externación

Esta resolución procederá cuando comprobado el cuerpo de la infracción así como la presunta participación del menor, el procedimiento se siga por una infracción que de acuerdo con las leyes penales se trata de infracciones imprudenciales o que correspondan a ilícitos que las leyes penales admitan la libertad provisional bajo caución. En estos dos últimos casos, se continuará el procedimiento en todas sus etapas, quedando obligados los representantes legales o encargados a presentar al menor, en los términos que lo señale el Consejero Unitario cuando para ello sean requeridos, así como a otorgar las garantías que al efecto se señalen.

4) La no sujeción a procedimiento

Una de las facultades del Consejero Unitario previstas en el artículo 20 fracción III de la ley de la materia es la de entregar al menor a sus representantes legales o encargados, cuando en la resolución inicial se declare que no ha lugar a proceder.

Esta resolución se dicta cuando de las constancias del expediente no se encuentre acreditado el cuerpo de la infracción o sus elementos típicos, o en su caso, la probable participación del menor en su comisión, esto es, que ésta no le sea atribuible.

En el presente caso los efectos de la resolución que determina la no sujeción a Procedimiento son la de dejar inmediatamente en libertad al menor a cargo de sus familiares, encargados o representantes, o en su caso, si no existiesen familiares, serán puestos a disposición de alguna institución de asistencia social, que se haga cargo del menor.

d) Efectos de la resolución inicial

1) Apertura de la instrucción

De acuerdo con el artículo 51 de la ley de la materia, a partir de la emisión de la resolución inicial en la que se determine la sujeción a procedimiento del menor, quedará abierta la instrucción en la que, además de promoverse lo conducente para los efectos y fines del procedimiento, que son el conocimiento de la verdad histórica y del conocimiento de la personalidad del menor, se ofrecerán las pruebas conducentes, se practicará el estudio biopsicosocial y se emitirá el dictamen del Comité Técnico Interdisciplinario.

En la justicia de menores a diferencia del proceso penal, la instrucción está limitada a un término que en el caso obliga a las autoridades a respetarlo. Al efecto, la ley otorga quince días para la etapa de la instrucción en materia de menores, en la que la autoridad encargada, que es la Dirección General de Prevención y Tratamiento de Menores, debe realizar los estudios biopsicosociales al menor que quedó sujeto a un procedimiento, y tiempo en que se deberán desahogar de igual forma las pruebas conducentes, y se ofrecerán los alegatos de las partes correspondientes.

Dicha etapa tendrá una duración máxima de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente al día en que se haya hecho la notificación de dicha resolución.

Este término tan breve para la instrucción sumado a otro igual de breve para el juicio y la resolución que se traduce en 5 días, obligan al Consejero a realizar

todas las diligencias posibles en el menor tiempo, con el objeto de poder dictar una resolución definitiva. Estos términos apoyan a que el proceso sea un juicio verdaderamente sumario y que se resuelva la situación de un menor en poco tiempo, eliminando los prolongados espacios de espera en un proceso que perjudican irreversiblemente al menor. De hecho como se verá mas adelante, también en materia de recursos, aunque la ley los prevé, los mismos son limitados a ciertas actuaciones y sus términos de resolución son igualmente breves, para evitar retrasos innecesarios, esto, debemos reconocerlo, cumple puntualmente con el principio de un juicio pronto y expedito, contemplado en la Doctrina de Protección Integral y en nuestro artículo 17 constitucional.

A nuestro juicio, la preocupación principal del legislador fue precisamente garantizar que el menor fuera sujeto a un proceso muy breve y a ello encaminó todos sus esfuerzos. Por esto debemos entender que los términos, los recursos sean tan breves y podemos entender también la gran discrecionalidad del juzgador en tal sentido. Por otro lado, entendemos del mismo modo que el proceso no esté al capricho de las partes en su actuación, sino debidamente vigilado por el Consejero con el objeto de cumplir y respetar puntualmente con los tiempos establecidos.

2) Orden de identificación

Para efectos de dictar en la resolución inicial la sujeción a un tratamiento en internación o en su caso en externación, la importancia de que el menor sea reiterante en conductas infractoras es vital, por lo que es necesario ordenar al área de gabinete la identificación de los menores que son puestos a disposición del Consejero, y es por ello que se requiere que los menores pasen a dicha área a ser identificados para detectar si éstos han incurrido con anterioridad en actividades antisociales y conocer su naturaleza.

3) Orden de la práctica de estudios biopsicosociales

Una de las providencias que deben ser tomadas al iniciar un procedimiento, en materia de menores, es la de que se practiquen los estudios al menor, que permitirán al Consejero conocer sus rasgos de personalidad y las causas probables de su conducta, así como la influencia que sobre éste, posee el medio social que lo rodea.

Al establecerse como facultad del Consejero Unitario el ordenar la práctica de los estudios Biopsicosociales, legitima a dicha autoridad para ordenar que se realicen dentro del término establecido por la ley. Sin embargo, de igual forma se convierte en una obligación para la misma autoridad y una garantía del menor, en el sentido de que no podrá terminar un procedimiento sino hasta que hayan sido practicados los estudios ordenados y emitido el dictamen técnico correspondiente. En caso que quedase acreditado el cuerpo de la infracción y la plena participación del menor, se aplicara un tratamiento adecuado a las necesidades particulares del menor y no quedara así al arbitrio ignorante del Consejero, sino que esta decisión podrá ser tomada con bases firmes, edificadas sobre un estudio minucioso.

La propia Ley de Tratamiento para Menores en su artículo 89 nos habla de cual es el significado del diagnóstico, al manifestar que: Se entiende por diagnóstico el resultado de las investigaciones técnicas interdisciplinarias que permita conocer la estructura biopsicosocial del menor.

Esto es, para lograr uno de los objetivos del proceso que es precisamente el conocimiento del delincuente, es necesario auxiliarse de muchas de las ciencias que se encargan del conocimiento del hombre como lo es la medicina, la pedagogía, la psicología y el trabajo social y de esta forma lograr un conocimiento integral del menor que ha realizado una conducta antisocial.

Atendiendo a que el fin último de la justicia de menores es lograr por medio de un trabajo multidisciplinario la adaptación social del menor para que pueda reingresar al medio familiar y social de una forma más armoniosa y teniendo la capacidad de lograr una adaptación respetando sus valores y asimilando su disciplina, introyectando normas sociales, morales y legales, el objetivo que se persigue no puede lograrse si no se cuenta con un diagnóstico verídico, confiable y completo, que permita a los órganos del Consejo cumplir con sus fines. Es por ello que la práctica de los estudios biopsicosociales es de vital importancia para la cabal realización de los objetivos de la justicia de menores.

La propia Ley determina que el diagnóstico tiene por objeto conocer la etiología de la conducta infractora y dictaminar, con fundamento en el resultado de los estudios e investigaciones interdisciplinarios que lleven al conocimiento de la estructura biopsicosocial del menor, cuáles deberán ser las medidas conducentes a la adaptación social del menor.

D) Instrucción y diagnóstico

a) Ofrecimiento de pruebas y su término

Si como ha quedado señalado la finalidad de la preinstrucción, o en materia de menores resolución inicial, es la de dejar plenamente comprobado el cuerpo de una infracción, esto es, que en la vida real y material se ha cometido una conducta tipificada en las leyes penales por un menor de edad y que existen elementos probatorios que presuman que la conducta realizada le es atribuible, la instrucción es mucho más amplia por lo que hace a su contenido, ya que es en esta etapa en donde se deben tener los elementos de prueba idóneos para acreditar las modalidades de la infracción, el grado de participación del menor en la comisión de la infracción, así como el conocimiento de su personalidad y de las circunstancias etiológicas que condicionaron su conducta.

El hombre, como lo han precisado los tratadistas, busca la verdad, desea poseerla y para ello busca, interroga, observa, medita, demanda el auxilio de los demás para lo cual, en nuestro caso, es el Consejero quien pide y ordena la recopilación de pruebas y todo tipo de elemento que le sirva para llegar a la verdad que busca.

En esa búsqueda de la verdad, también participan las partes a quienes de igual forma, quieren que se encuentre y descubra la verdad, la representación social (comisionado) con el fin de que se le brinde un tratamiento al menor y evitar que se cometan más conductas antisociales que desequilibren la armonía de la sociedad y la defensa para acreditar la conducta que se trata de descubrir no es una infracción o que la misma no le es atribuible a ese menor en particular.

Por lo anterior, la ley de la materia en su artículo 35 fracción II, inciso i, determina que es una función del Comisionado de menores el aportar en representación de los intereses sociales las pruebas pertinentes y promover en el procedimiento las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos que se le atribuyan al menor.

El término que la ley ofrece a las partes para aportar o proponer pruebas es en extremo limitado, atendiendo a la naturaleza sumarisima del proceso, por lo que se estima que las partes contarán hasta con cinco días hábiles, a partir de la fecha en que surta efectos la notificación de la resolución inicial, para ofrecer por escrito las pruebas correspondientes.

Por otro lado, y dado que es interés primordial del Estado, a través de sus órganos, el que no se castigue o se imponga una molestia o restricción de bienes a una persona arbitraria o injustamente, no se deja sólo al albedrío de las partes las pruebas que deban de desahogarse o limita al Consejero Unitario a las que les proponen las partes, sino por el contrario, dentro del plazo de cinco días el Consejero Unitario podrá recabar, de oficio, las pruebas y acordar la práctica de las diligencias que considere pertinentes para el esclarecimiento de los hechos.

Además de lo anterior, es tal la preocupación del legislador de que el órgano jurisdiccional no quede con las manos atadas para lograr el conocimiento de la verdad histórica, que el artículo 56 de la ley autoriza a las autoridades jurisdiccionales a allegarse de más elementos probatorios aún cuando se hubiese cerrado la instrucción, siempre que no se hubiese dictado resolución definitiva. Cuando dicho artículo menciona "Los órganos del Consejo podrán decretar hasta antes de dictar resolución definitiva, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre la existencia de la infracción y la plena participación del menor en su comisión. En la práctica de estas diligencias el órgano del conocimiento actuará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar los derechos fundamentales del menor y los intereses legítimos de las sociedad, dándole participación tanto al defensor del menor como al Comisionado."

b) El auto de admisión

Respecto de la admisión de las pruebas se presenta una duda, ya que es necesario aclarar si en materia de justicia de menores existe la obligación del Consejero de aceptar todas y cada una de la pruebas de la defensa o puede acordar el desahogo de las que considere pertinentes para los fines del proceso.

Los criterios que se argumentan para afirmar que el Juez penal tiene la obligación de admitir todas las pruebas que ofrezca la defensa, es la garantía constitucional consagrada en el artículo 21 fracción V en la que determina que al procesado "se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca... lo que implicaría que se le reciban y desahoguen toda las pruebas que ofrezca, sin embargo, en la Ley para menores encontramos con que el artículo 36 en su fracción VI determina que "Se recibirán los testimonios y demás pruebas que ofrezca y tengan relación con el caso... por lo que dicho numeral relacionado con el artículo 52 que determina que dentro del plazo de ofrecimiento de pruebas el

Consejero Unitario podrá recabar, de oficio, las pruebas y acordar la práctica de las diligencias que considere pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, podemos determinar que en la justicia de menores el Consejero Unitario tiene la autorización legal de admitir o desechar las pruebas ofrecidas por las partes, debiendo justificar por su puesto, en su auto la razón de su actuación para cumplir cabalmente con el principio de legalidad.

En este sentido, quisiéramos manifestar la confusión que provoca un precepto secundario que contraviene a una garantía constitucional que, sin embargo, parece conveniente para el fin que se busca. Esto es, la autorización que le otorga la ley al Consejero para ordenar solamente la práctica de las pruebas relacionadas con el caso, es una limitación inconveniente para el derecho de defensa del menor que como hemos visto está de por sí limitado, sin embargo, el respetar puntualmente el contenido del artículo constitucional mencionado implicaría en muchas ocasiones retrasos innecesarios, quizá provocados por insanas intenciones de sujetos ajenos al menor que repercute irreversiblemente en el menor mismo, ya que el retraso en el procedimiento impide que, en el supuesto de que se le sujete a tratamiento en internación o externación, dicho tratamiento sea aplicado hasta que se haya resuelto su situación jurídica, o en caso contrario, retener al menor privado de su libertad cuando el resultado de la resolución definitiva sea la no sujeción al tratamiento y la consecuencia inmediata sea en libertad.

Si bien es cierto este precepto resulta violatorio de una garantía individual, también lo es, que adoptar su contenido podría resultar más perjudicial para el fin que se busca, lo que reafirma nuestro concepto de que el procedimiento en materia de menores, atendiendo a sus fines, a los sujetos que intervienen y a sus principios, cuenta con una total autonomía legislativa y dogmática, y que no debe confundirse o tratar de asimilarse a los fines, objetivos y principios de la justicia penal de adultos, como algunos autores retenden hacerlo.

A pesar de lo anterior, no podemos más que denunciar esta contradicción entre la ley secundaria y nuestro precepto constitucional.

c) Audiencia de desahogo

Una vez admitidas las pruebas de las partes y las ordenadas por el Consejero Unitario dentro del periodo de ofrecimiento de pruebas, deberá acordar lo oportuno para su desahogo, esto es, librar citatorios, solicitar informes, etc. y llegada la

fecha realizar el desahogo de las pruebas en los términos establecidos por la ley y con sus requisitos.

De acuerdo con el artículo 53 de la ley de la materia, la audiencia de pruebas y alegatos tendrá verificativo dentro de los diez días hábiles, contados a partir de la fecha en que haya concluido el plazo para el ofrecimiento de pruebas.

La audiencia se desarrollará sin interrupción en un sólo día, salvo cuando sea necesario suspenderla para concluir el desahogo de las pruebas o por otras causas que lo ameriten a juicio del instructor. En este caso, se citará para continuarla al siguiente día hábil.

De lo anterior nos percatamos que, acorde con la naturaleza sumarísima del proceso de menores, la ley determina tiempos y formas para realizar la audiencia de desahogo de pruebas, consistentes en:

1. Realizarse dentro de los diez días hábiles, contados a partir de la fecha en que haya concluido el plazo para el ofrecimiento de pruebas.
2. Se deberá desarrollar sin interrupción en un solo día.
3. En caso de interrupción se debe continuar al día siguiente.

Este es un elemento más que apoya necesariamente la naturaleza sumarísima del proceso en beneficio del menor, ya que obligadamente con el propósito de abreviar el proceso, el Consejero debe preparar con antelación los elementos de pruebas necesario para el desahogo de la audiencia.

Dado que el espíritu de la ley es precisamente la protección de los menores, con el objeto de evitar sean sujetos de calumnias e infamias por parte de la sociedad, no se permitirá el acceso al público a las diligencias que se celebren ante los órganos del Consejo de Menores. Deberá concurrir el menor, su defensor, el Comisionado y las demás personas que vayan a ser examinadas o auxilien al Consejo. Podrán estar presentes los representantes legales y en su caso los encargados del menor, cumpliéndose de esta forma el principio de respeto a la privacidad del menor, derivado de la Doctrina de la Protección Integral.

Por otro lado, como todo órgano jurisdiccional, el Consejo de Menores a través de sus Consejeros Unitarios y numerarios de la Sala Superior tienen la obligación de mantener el orden y de exigir que se les guarde, tanto a ellos como a

sus representantes y a las demás autoridades, el respeto y la consideración debidos, aplicando en el acto por faltas que se cometan, las medidas disciplinarias y medios de apremio previstos en la Ley.

En caso de que las faltas llegaren a constituir delito, se pondrá al que se le atribuyan a disposición del Ministerio Público, acompañando también el acta que con motivo de tal hecho deberá levantarse.

La ley en estudio contempla las siguientes medidas disciplinarias:

- I.- Amonestación;
- II.- Apercibimiento
- III.- Multa cuyo monto sea entre uno y quince días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse la falta;
- IV.- Suspensión del empleo hasta por quince días hábiles, tratándose de los servidores públicos; y
- V.- Arresto hasta por treinta y seis horas;

La ley determina como medidas de apremio las siguientes:

- I.- Multa cuyo monto sea entre uno y treinta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de aplicarse el apremio;
- II.- Auxilio de la fuerza pública;
- III.- Arresto hasta por treinta y seis horas; y
- IV.- Si fuere insuficiente el apremio, se procederá contra el rebelde por el delito de desobediencia a un mandato legítimo de autoridad.

d) Las pruebas

En materia probatoria, la ley es omisa en señalar las pruebas que se pueden aportar dentro del procedimiento sin embargo, en su artículo 55 manifiesta que en el procedimiento ante los órganos del Consejo son admisibles todos los medios de prueba salvo los prohibidos por el Código Federal de Procedimientos Penales; por lo que para conocer la verdad sobre los hechos, podrán aquellos valerse de cualquier elemento o documento que tengan relación con los mismos.

De esta forma debemos entender que las pruebas que son posibles en materia de menores son precisamente las que tienen algún reconocimiento legal dentro de nuestro sistema de justicia, en tal sentido podemos identificar que las pruebas reconocidas por la ley supletoria de nuestra materia, es de acuerdo al artículo 206 "todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya en contra del derecho, a juicio del juez o tribunal".

En tal sentido, el título sexto del Código adjetivo federal nos habla de los medios de prueba y de los cuales se desprende la regulación de la confesión (Art. 207), la inspección (Arts. 208 a 219), periciales (Arts. 220 a 239), testimoniales (Arts. 240 a 257), confrontación (Arts. 258 a 264), careos (265 a 268), documentales (Arts. 269 a 278), medios de prueba que tienen aplicación en nuestro proceso.

Existen algunas pruebas que por su costo y por lo prolongado que implica su preparación, no son de mucha utilización en materia de menores, como lo es el caso de las pruebas periciales, la inspección o la reconstrucción de hechos, ya que como recordamos el término que señala la ley para el procedimiento es muy breve y la utilización de dichas pruebas retardaría en exceso el procedimiento.

En este sentido es importante aclarar que, a nuestro criterio, el término para la instrucción es una garantía procesal que corre en favor del menor, por lo que como garantía, éste puede hacer uso o no de la misma; esto es, si el menor y su defensa consideran básico el desahogo de una prueba para el procedimiento, el Consejero debe respetar la determinación de la defensa y esperar hasta en tanto sea desahogada, aunque el término de la instrucción haya sido sobrepasado. No sucede lo mismo con el caso del Comisionado ya que, como mencionamos, esta garantía es en favor del menor y no otorga un derecho para el representante social.

Existe pues en general, una gran coincidencia en materia probatoria en la materia de adultos y en la de menores, sin embargo, existe una prueba que por sus particularidades despierta intranquilidad doctrinaria. Nos referimos a la confesión que es perfectamente definida y desarrollada en la doctrina procesal penal, sin embargo, en materia de menores infractores, ¿qué tratamiento debe darse a la declaración autoincriminatoria del menor?

Uno de los elementos básicos que exige la legislación procesal penal federal para la confesión es que sea realizada por persona mayor de 18 años. Entonces para efectos de la legislación de menores la declaración en la que el menor acepta haber participado en hechos delictivos que lo ubican en conflicto con la ley penal, que tipo de prueba sería, ya que en el caso la mayoría de las ocasiones el reconocimiento de participación en conductas delictivas será dado por menores de esa edad, a menos que se sujete a procedimiento a un mayor de edad que hubiese cometido el delito cuando era menor.

Al revisar las opiniones de los tratadistas nacionales²⁴³ relacionadas con este requisito formal, nos percatamos de que aluden necesariamente a que el término de la edad para la confesión se basa en que los menores de cierta edad (en el caso concreto los 18 años) no son sujetos de proceso penal y si lo son de un procedimiento especial de naturaleza tutelar. Este argumento, como es de observarse, resulta actualmente ineficaz para calificar o no la declaración autoinculpativa de un menor ante cualquier autoridad administrativa o jurisdiccional en el proceso de menores como confesión.

En nuestra opinión y atendiendo a que se trata de un procedimiento especial para sujetos de los que como hemos mencionado, ya no se exalta su falta de discernimiento y aunque la Ley para Menores Infractores no hable de confesión y le llame eufemísticamente aceptación de los hechos que se le atribuyan, dicha declaración autoincurritiva es una confesión con efectos claros en la justicia de menores. De hecho, el artículo 57 fracción I de la ley exige que para que dicha aceptación produzca efecto legal debe estar hecha en presencia de su defensor, y debe estar relacionada con otros elementos de prueba, requisitos que en su sentido son similares a los establecidos por el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 287.

A excepción de la confesión, en relación a las demás pruebas en esta materia imperan los mismos principios que en la materia penal para adultos, siendo las reglas extraídas del Código Federal de Procedimientos Penales, y atendiendo a que no es exclusiva de la justicia de menores ni existen particularidades al respecto, omitiremos hacer su estudio para continuar explicando el proceso en materia de justicia de menores.

e) Los alegatos de las partes

Como en todo juicio donde impere el principio de contradicción es necesario escuchar a las partes antes de resolver en definitiva una situación jurídica; el caso de la justicia de menores no es la excepción, razón por la cual la ley faculta a las partes (Comisionado y defensa) a exponer sus alegatos ante el Consejero Unitario a quien se le impone la obligación de recibirlos y tomarlos en cuenta.

²⁴³ Entre ellos se encuentran Manuel Rivera Silva *Op. Cit.* p. 213; Guillermo Borja Osorne *Op. Cit.* p. 363; Julio Acero, *Op. Cit.* pp. 263 y 264; Guillermo Colín Sánchez *Op. Cit.* p. 377.

De acuerdo con la ley, los alegatos deberán formularse por escrito; sin perjuicio de ello se concederá a cada parte, por una sola vez, media hora para exponerlos oralmente.

Es procedente hacer una aclaración en este punto, y que se ha analizado anteriormente al hablar de los sistemas procesales y definir la naturaleza del proceso en la justicia de menores.

En la justicia de menores si bien, el artículo 35 fracción I inciso j, determina que el Comisionado en el procedimiento "deberá formular los alegatos en cada uno de los casos en los que intervengan, solicitando la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento que correspondan...", el hecho de que no los formule no implica que el Consejero Unitario deba absolver al menor sujeto a procedimiento o que al dictar su resolución definitiva no deba sobrepasar los límites de los alegatos. Los alegatos formulados por el Comisionado no constituyen una acusación por parte del Estado, sino una simple apreciación de los hechos y de las pruebas que orienten al Consejero al dictado de su resolución definitiva, al igual que los alegatos de la defensa; por lo que haciendo un análisis de lo antes expuesto, al no tener el representante de los intereses sociales la posibilidad de formular una acusación ante el órgano jurisdiccional que es el Consejero Unitario, ya que éste último tiene facultades para dictar una resolución e imponer un tratamiento sin contemplar los alegatos del Comisionado, es posible concluir, por lo que a este aspecto se refiere, que nos encontramos frente a una figura similar a la del sistema inquisitivo en el que el órgano acusador se identifica con el de decisión.

Es obvio pues en este punto la diferencia radical del sistema de justicia para adultos y para menores infractores, mientras el Ministerio Público dentro del ejercicio de la acción penal, tiene como facultad y obligación la acusación que se fijan precisamente en las conclusiones acusatorias o inacusatorias, el Comisionado de Menores solamente realiza alegatos, actuación que no vincula en nada la posición de la representación social con la realización del hecho delictivo y el menor, esto es, mientras el juez penal requiere necesariamente que el Ministerio Público fije su posición frente al procesado con sus conclusiones y en caso de no hacerlo debe recurrir hasta el Procurador para que lo haga, en el caso de la justicia de menores el Consejero no necesita que la sociedad fije su posición, o aunque lo haga, eso no lo vincula con ella, dado que el Consejero tiene la facultad de desoír los alegatos de las partes y dictar la resolución que a su arbitrio compete, debiendo, eso sí motivar y razonar acuciosamente su resolución y cumplir con los lineamientos formales que establece la ley.

Lo anterior rompe con toda idea que permitiese asegurar que el nuevo procedimiento de menores y la ley que lo regula es de corte neoliberal, resumiendo al proceso en uno de carácter inquisitivo con posibilidades limitadas de defensa para el menor.

f) El dictamen del comité técnico interdisciplinario

Uno de los fines principales del proceso es conocer la personalidad del procesado, y para tal efecto hemos dicho que la ley de la materia contempla la práctica de estudios de diagnóstico al menor, que en el término de quince días deben ser enviados al Consejero Unitario. Como es de suponerse, el Consejero Unitario, Licenciado en Derecho, no es perito calificado en materia médica, psicológica y de trabajo social por lo que la ley prevé la figura de un órgano dependiente de Consejo de Menores que es el Comité Técnico Interdisciplinario, que se encuentra integrado por un médico, un pedagogo, un psicólogo, un licenciado en trabajo social y un criminólogo, quienes interpretarán los estudios biopsicosociales.

Atendiendo a que la autoridad jurisdiccional es la única autorizada por la ley para dictar las medidas adecuadas de tratamiento al menor, ésta debe contar con los elementos de carácter criminológicos para poder tomar la decisión adecuada, es por ello que desahogadas las pruebas y recibidos los estudios de diagnóstico, tiene la facultad de enviar al Comité Técnico Interdisciplinario el expediente instruido del menor a efecto de que emita su estudio criminológico y sugiera las medidas de tratamiento aplicable.

Además de ser una facultad para el Consejero Unitario la remisión del expediente al Comité Técnico Interdisciplinario constituye una garantía procesal para el menor y una obligación para el juzgador. Efectivamente, al estar contemplado como uno de los pasos del proceso de justicia de menores y atendiendo a que se trata de un proceso propiamente dicho, un momento procesal no puede darse sin la debida cumplimentación de los anteriores y de la realización de aquel depende la existencia de otros futuros. De esta forma, es necesario para que el Consejero envíe el documento al Comité, que estén glosados al expediente los estudios del menor y que las pruebas se hayan desahogado, a efecto de que dicho órgano haga un estudio integral del expediente y pueda emitir su opinión habiéndose allegado de todos los elementos a su alcance, y de esta forma hacer una

opinión con más fundamentos y más acorde con la realidad, todo en beneficio del menor y de la sociedad.

El dictamen técnico deberá reunir los siguientes requisitos:

- I.- Lugar, fecha y hora en que se emita;
- II.- Una relación sucinta de los estudios biopsicosociales que se le hayan practicado al menor;
- III.- Las consideraciones mínimas que han de tomarse en cuenta para individualizar las medidas que procedan según el grado de desadaptación social del menor y que son las que a continuación se señalan:
 - a).- La naturaleza y gravedad de los hechos que se le atribuyan al menor, así como las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión de comisión de los mismos;
 - b).- Nombre, edad, grado de escolaridad, estado civil, religión, costumbre, nivel socioeconómico y cultural y la conducta precedente del menor;
 - c).- Los motivos que impulsaron su conducta y las condiciones especiales en las que se encontraba en el momento de la realización de los hechos; y
 - d).- Los vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales con las personas presuntamente ofendidas, así como las características personales de las mismas.
- IV.- Los puntos conclusivos en los cuales se determinará la aplicación de las medidas de protección, de orientación y tratamiento, así como la duración mínima del tratamiento interno, conforme a lo previsto en la presente Ley; y
- V.- El nombre y firma de los integrantes del Comité Técnico Interdisciplinario.

Una vez remitido el dictamen técnico al Consejero, y puesto a la vista el expediente para resolver, el Consejero valorará dicho dictamen para emitir su resolución definitiva sin que lo expresado por el dictamen, al considerarse una prueba pericial, lo obligue a respetar la opinión de dicho órgano, ya que es posible que criminológicamente el menor deba ser atendido con un tratamiento severo, sin embargo, la naturaleza de la infracción o sus modalidades justificarían una medida de tratamiento en externación, como lo pudiera ser una infracción de peligro, esto es, una portación de arma prohibida, o lesiones levisimas motivo de una riña. Por el contrario puede darse el caso de un delito que pudiera ser considerado por la ley como grave, cuyas circunstancias de ejecución y las características de personalidad del menor sean favorables que el Consejero considere que el sujetarlo a un tratamiento en internación pueda ser perjudicial para su adaptación social y lo sujete a otro tipo de medidas para su adaptación social.

Algunos autores modernos²⁴⁴ vinculados con el tema de la justicia de menores, han criticado el dictamen del Comité Técnico Interdisciplinario y el procedimiento para llegar a él, que inicia como recordamos, desde el auto de sujeción a proceso en internación o externación y el Consejero ordena la práctica de los estudios biopsicosociales que deben ser remitidos en el término de 15 días, y una vez desahogadas las pruebas el expediente debe ser enviado al Comité para que éste exprese su opinión técnica en el asunto particular, opinión que como se dijo, no vincula sino solo orienta al Consejero.

El ataque que se realiza a estos estudios y dictamen se funda en que se trata de un procedimiento paralelo al procedimiento jurídico en el que se violan los principios de defensa, de intimidad, de presunción de inocencia, de no autoincriminación, dado que el menor es sujeto de éste sin que exista una regulación que le permita una defensa frente a su resultado y sin que existan medios de discusión e impugnación en dicho procedimiento, amén de que supone una contradicción al principio de culpabilidad en tanto que el diagnóstico se practica en la etapa procesal, sin estar demostrada aún la responsabilidad del menor en la resolución definitiva.

En nuestro criterio dichos estudios y dictamen, como lo mencionamos líneas arriba, constituyen un elemento toral en la diferenciación de la justicia de menores y la de los adultos, ya que el diagnóstico es el medio por el cual el Consejero puede fundar su determinación para establecer las medidas a las que será sujeto el menor infractor para lograr en forma certera su adaptación social, pero además de ello, permite al juzgador de menores valorar efectivamente la conveniencia de la aplicación de una medida u otra, en razón de la adaptabilidad social que el menor presenta en dichos estudios, esto es, dentro de la secuela del procedimiento puede al menor atribuírsele una infracción considerada como grave, pero sus estudios reportan un pronóstico favorable, un apoyo familiar fuerte que permite una adaptación social sin una intervención rigurosa del Estado, lo que permitiría valorar al juzgador la conveniencia o no de sujetar al menor a un tratamiento interno o externo en el seno de su familia.

De actuar rigurosamente apegado a estricto derecho, tomando como modelo la justicia penal de adultos, una violación grave repercutiría necesariamente en la privación de la libertad. En justicia de menores, en ocasiones, esta privación de la libertad resultaría más dañosa para el infractor y para la sociedad que la propia

²⁴⁴ Entre ellos se encuentran Luis González Placencia y Jesús Cruz.- *El Menor Frente al Derecho Penal*, en *Los Menores Ante el Sistema de Justicia*, C.N.D.H. México 1995. p. 66.

infracción jurídica. (Recordemos el ejemplo de la violación equiparada mencionada al tratar el asunto de la jurisprudencia de menores).

Esto nos confirma una vez mas que la justicia de menores debe ser tratada con parámetros diferentes que la de los adultos, ya que ésta cuenta con ritmos, principios y fines propios completamente diferentes de la otra.

g) El cierre de la instrucción

Cuando se hayan desahogado todas las pruebas, formulados los alegatos y recibido el dictamen técnico, quedará cerrada la instrucción.

El cierre de la instrucción en materia de menores da inicio a la etapa de resolución definitiva que doctrinariamente podríamos ubicar dentro de lo que los autores llaman juicio. Consiste en que el Consejero Unitario, una vez desahogadas pruebas y con el dictamen del Comité Técnico emite su resolución definitiva y resuelve la situación jurídica del menor.

Este auto es el parteaguas que divide a la instrucción de la etapa de valoración. Pese a que existe autorización de la ley para el Consejero Unitario, de ampliar diligencias o desahogar pruebas hasta antes de dictar la resolución definitiva, formalmente divide la etapa de instrucción con la de decisión.

E) El juicio

a) Valoración de pruebas

Los sistemas de valoración de pruebas que han imperado a lo largo de la historia de los procedimientos penales pueden clasificarse en tres; la libre apreciación; la prueba tasada y el sistema mixto;

La libre apreciación se caracteriza por que la convicción del Juez no está ligada a un criterio legal preestablecido. El Juez forma un criterio respecto de la eficacia de la prueba según su valoración personal, sin traba alguna de carácter positivo.

Capítulo Cuarto Las Instituciones Procesales de la Justicia de Menores

El sistema de prueba tasado es aquel en que la convicción del Juez no se forma espontáneamente por la apreciación practicada en el proceso, sino que su eficacia depende de la estimación que la ley hace previamente de cada uno de los medios que integran el derecho probatorio.

El sistema mixto de prueba admite la libre apreciación sobre algunos medios de prueba y liga la convicción del Juez respecto de otros.

De acuerdo a lo anterior, al revisar el artículo 57 de la ley de la materia nos percatamos que el sistema de apreciación de las pruebas es el clasificado como sistema mixto ya que, por una parte, deja a la libre apreciación del Consejero Unitario la valoración de las pruebas y, por la otra, lo sujeta a un valor previamente establecido.

La valoración de las pruebas se hará conforme a las siguientes reglas:

I.- En la fase inicial del procedimiento, harán prueba plena las actuaciones practicadas por el Ministerio Público y por el Comisionado, por lo que se refiere a la comprobación de los elementos de la infracción.

La aceptación del menor de los hechos que se le atribuyan, por sí sola, así como cuando se reciba sin la presencia del defensor del menor, no producirá efecto alguno.

II.- Las actuaciones y diligencias practicadas por los órganos del Consejo, harán prueba plena;

III.- Los documentos públicos tendrán valor probatorio pleno, en lo que atañe a los hechos afirmados por el funcionario público que los emita; y

IV.- El valor de la prueba pericial y testimonial, así como los demás elementos de convicción, queda a la prudente apreciación del Consejero o de los consejeros del conocimiento.

En la valoración de las pruebas, se aplicarán las reglas de la lógica jurídica y las máximas de la experiencia, por lo que el órgano del conocimiento, deberá en su resolución, exponer cuidadosamente los motivos y fundamentos de la valoración realizada.

b) La resolución definitiva

La emisión de la resolución definitiva es otra de las facultades del Consejero Unitario consagradas en la ley, por lo que dentro del artículo 20 frac. II le concede la facultad de instruir el procedimiento y emitir la resolución definitiva, en la cual hará el examen exhaustivo del caso, valorará las pruebas y determinará si los hechos son o no constitutivos de la infracción atribuida al menor y si quedó o no

plenamente comprobada su participación en la comisión de ésta, señalando las medidas que deban aplicarse de conformidad con el dictamen del Comité Técnico Interdisciplinario.

Es quizá el momento jurisdiccional más importante de su función. La resolución definitiva equivale a lo que en justicia penal es la sentencia, sin embargo, la resolución definitiva cuenta con elementos especiales que la hacen diferente de la sentencia, por lo que resulta interesante establecer las similitudes y diferencias de una con la otra, con el objeto de observar las características particulares y su asimilación con los principios liberales de la Doctrina de Protección Integral.

Recordemos en este sentido, que una de las principales características que diferencian a la justicia penal liberal y a la positivista, luego derivada en tutelar y proteccionista, es precisamente en la sentencia o resolución. Esta última escuela atiende principalmente al estudio científico de los elementos que integran la conducta del ser humano con el objeto de adivinar su posible peligrosidad social y así determinar un tratamiento que la inhiba. En el caso de las sentencias pretendidamente liberales, lo que se busca es la verdad de los hechos que motivaron el procedimiento, con el objeto de determinar si los mismos se ajustaron a la hipótesis normativa prescrita por la ley para que surtan efecto sus consecuencias previstas.

Otro de los elementos básicos de diferenciación entre las resoluciones positivistas y las liberales es en el sentido de que se determine o no el tiempo en que la persona debe ser sujeta de la acción del Estado, esto es, en relación a la justicia penal de corte liberal o garantista la sentencia además de establecer la comprobación de las hipótesis típicas debe, tomando en cuenta las características tanto del hecho como de la persona, individualizar la pena, sanción o medida y establecer con certeza el tiempo que el juez considera debe el procesado quedar privado de algún derecho. Es en este punto precisamente donde se diferencia de la sentencia de un proceso de corte positivista en la que no se determina tiempo, sino se establece la imposición de una pena, sanción o medida por tiempo indeterminado, de acuerdo a evoluciones subjetivas depositadas en la persona del justiciado y valoradas por personal técnico diferente del Juez.

Tenemos pues que, cuando se trata doctrinariamente a la sentencia se mencionan principalmente temas como los requisitos de forma, de fondo, tipos de sentencia y sus formas de acuerdo a su firmeza, entre otras, por lo que trataremos

de abordar dichos temas en concordancia con lo establecido en la Ley para el Tratamiento para la resolución definitiva.

Podemos decir que en general la resolución definitiva en justicia de menores es muy similar a la sentencia de nuestro sistema penal, dado que en ambas encontramos tres momentos como menciona Rivera Silva:

Conocimiento "es decir, qué hechos quedan acreditados, al través de las reglas jurídicas"; interpretación, juicio o clasificación, que "es la función exclusivamente lógica en la que el juzgador, por medio de racionios determina el lugar que corresponde al hecho jurídicamente comprobado" y el de voluntad en el que se determina "cual es la consecuencia que corresponde al hecho ya clasificado, dentro del marco que la ley establece".²⁴⁵

Efectivamente, el artículo 20 fracción II de la Ley Para el Tratamiento de Menores establece que en la resolución definitiva se "hará el examen exhaustivo del caso, valorará las pruebas y determinará si los hechos son o no constitutivos de la infracción atribuida al menor y si quedó o no plenamente comprobada su participación en la comisión de la misma, señalando las medidas que deban aplicarse...". Esto es, para dictar esta resolución definitiva es necesario pasar por los tres momentos antes aludidos, el de conocimiento, interpretación y voluntad.

Por lo que hace a los requisitos de una sentencia, éstos pueden dividirse en formales y de fondo, los primeros se refieren a los datos que deben estar presentes en su texto para hacerla congruente y cierta. Estos datos dentro de las sentencias pronunciadas bajo el marco del artículo 95 del Código Federal de Procedimientos Penales deben tener:

- I.- El lugar en que se pronuncien;
- II.- La designación del tribunal que las dicte;
- III.- Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso el grupo étnico indígena al que pertenece, idioma, residencia o domicilio, y ocupación, oficio o profesión.
- IV.- Un extracto breve de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutivos del auto o de la sentencia en su caso, evitando la reproducción innecesaria de constancias.
- V.- Las consideraciones, fundamentaciones y motivaciones legales de la sentencia; y
- VI.- La condenación o absolución que proceda, y los demás puntos resolutivos correspondientes.

Por lo que hace a las resoluciones definitivas en justicia de menores el artículo 59 de la ley de la materia establece que:

²⁴⁵ Rivera Silva, Manuel. *Op. Cit.* p. 303.

La resolución definitiva, deberá reunir los siguientes requisitos:

- I.- Lugar, fecha y hora en que se emita;
- II.- Datos personales del menor;
- III.- Una relación sucinta de los hechos que hayan originado el procedimiento y de las pruebas y alegatos;
- IV.- Los considerandos, los motivos y fundamentos legales que la sustenten;
- V.- Los puntos resolutivos en los cuales se determinará si quedó o no acreditada la existencia de la infracción y la plena participación del menor en su comisión, en cuyo caso se individualizará la aplicación de las medidas conducentes a la adaptación del menor tomando en consideración el dictamen técnico emitido al efecto. Cuando se declare que no quedó comprobada la infracción o la plena participación del menor, se ordenará que éste sea entregado a sus representantes legales o encargados, y a falta de éstos a una institución de asistencia de menores, preferentemente del Estado; y
- VI.- El nombre y firma del Consejero que la emita y los del Secretario de Acuerdos, quien dará fe.

De lo anterior se desprende que sustancialmente los requisitos formales de una sentencia penal y una resolución definitiva son similares.

Por lo que hace a los requisitos de fondo de una sentencia Julio Acero²⁴⁶ considera se deben reunir los siguientes:

a) Estricta sujeción legal, que se identifica con que debe "externar un riguroso ajustamiento a la ley" esto es, debe cumplir perfectamente con el principio de legalidad en todos sus aspectos; b) Extremismo categórico, que se relaciona con que "la decisión ha de ser categórica, es decir, ha de absolver o condenar definitivamente sin término medio alguno". c) Exactitud en el sancionamiento, relacionado con que "La sentencia debe puntualizar de modo preciso y forzoso además de la clase, el término de las sanciones que imponga" d) Congruencia, en el sentido de que no puede condenarse por delito distinto del señalado en el auto de formal prisión ni extenderse sobre los límites de las conclusiones del Ministerio Público. e) Claridad. En el sentido de que deben estar perfectamente delimitados sus elementos y evitar ambigüedades o contradicciones que se traducen inevitablemente en perjuicios.

De los anteriores elementos de fondo extraídos de nuestro sistema positivo penal por el autor, debemos destacar dos que pueden no darse en la resolución definitiva. El primero se trata de la congruencia, en donde si bien el procedimiento se llevará por la infracción de la resolución inicial, en el caso de nuestra justicia como mencionamos el Comisionado no fija conclusiones sino solamente alegatos

²⁴⁶ Acero, Julio.- *Op. Cit.* p. 187.

por lo que a diferencia de la justicia penal, en donde el Juez debe moverse dentro de los límites establecidos en las conclusiones del Ministerio Público, el Consejero tiene la libertad de tomar o no en cuenta los alegatos del Comisionado sin sujetarse de modo alguno a las pretensiones de éste.

El otro punto, que actualmente ha sido debatido en forma importante es la exactitud en el sancionamiento, que para la justicia penal se desprende del artículo 20 fracción X tercer párrafo de la Constitución y los artículos 51 y 52 del Código Penal en los que se justifica el arbitrio judicial de imposición de una pena determinada por un término también determinado.

En el caso de la justicia de menores, como lo hemos mencionado, el sistema ocupado es absolutamente ambiguo y confuso, lo que permite interpretaciones erróneas por parte de las autoridades juzgadoras.

Una de las características de las medidas de seguridad y del sistema tutelar es que, al dictar la autoridad competente una medida, la misma tenga una duración indeterminada. Como se anunció, en este caso la ley contempla una figura híbrida que contiene elementos del sistema tutelar y del sistema garantista, ya que para el caso del internamiento, la ley establece un máximo de 5 años, pero la externación del menor está sujeta a su desarrollo y al resultado del tratamiento proporcionado en el centro de tratamiento, como consecuencia la sentencia o resolución definitiva debe quedar abierta o indeterminada. Por otro lado, en el caso de un tratamiento en externación esto es, en el seno de la familia con la obligación de acudir a instituciones educativas, terapia, o instituciones formativas, el máximo será de un año; en este caso, la resolución definitiva debe establecer si el tratamiento se dará a corto, mediano o largo plazo, que en lo cotidiano se ha entendido que corto plazo significa 6 meses, mediano 9 y largo 12; es fácil percatarse de la dualidad de sistemas en un mismo punto.

La falta de claridad en la ley en este sentido permite interpretaciones perjudiciales que parece ponerla en contradicción con los principios constitucionales de certeza y seguridad jurídica y los principios de la Doctrina de Protección Integral derivada de la Convención, dado que ésta establece que debe existir una resolución en la que "La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial y sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de tiempo", principio que concuerda exactamente con los principios y garantías establecidas en nuestro sistema jurídico mexicano.

Partiendo de que en ningún punto la ley establece que la resolución definitiva el Consejero Unitario o la Sala Superior debe omitir fijar el tiempo en que el menor debe permanecer privado de su libertad en un centro de tratamiento como lo determinaban la mayoría de las legislaciones positivistas o tutelares, consideramos que se trata de un problema de interpretación, ya que siguiendo un análisis de los principios que sustenta nuestra Constitución, La Doctrina de Protección Integral y la propia ley, las resoluciones definitivas dictadas por los Consejeros Unitarios debiesen fijar el término de la medida de tratamiento en internación, sin embargo en la realidad éste queda abierto, sujeta el término de la medida a las evaluaciones que conforme a la ley deben hacerse al tratamiento.

Los datos que arroja nuestra ley para considerar que la resolución definitiva debe fijar el término de internamiento de un menor sujeto a una medida de tratamiento son muchos, como el caso de los requisitos del dictamen técnico interdisciplinario contemplado en el artículo 60, que en su fracción IV establece que dicho dictamen debe contener "Los puntos conclusivos, en los cuales se determinará la aplicación de las medidas de orientación, de protección y tratamiento, así como la duración mínima del tratamiento interno, conforme a lo previsto en la presente ley..."

De igual manera, como mencionamos las tres etapas relacionadas con el tratamiento en externación en los que el artículo 113 establece como términos el corto, mediano y largo plazo.

Por otra parte, recordemos que para el caso de la caducidad, cuando el infractor que se evadió de su tratamiento en internación, de acuerdo con el artículo 85", se necesitará para la caducidad, tanto tiempo como el que hubiese faltado para cumplirlo y la mitad más, pero no podrá ser menor de un año". Para el cumplimiento y cálculo de dicho tiempo es necesario forzosamente que el Consejero haya delimitado el término del tratamiento en internación.

Pese a lo anteriores datos legales y doctrinarios el Consejo de Menores continúa actualmente sosteniendo el criterio positivista de la sentencia indeterminada.

Desconocemos la razón de dicha posición, sin embargo consideramos que es resultado de una errónea interpretación de los artículos 61 y 62 de la ley en la que se otorga facultad al Consejero Unitario de emitir las resoluciones de evaluación sobre la medida de tratamiento, y en la que podrá liberar al menor de acuerdo con el resultado del dictamen técnico y en consideración al desarrollo de las medidas

aplicadas. Esto pareciese que condujera a pensar que es el Consejero Unitario el que determinará el tiempo en el que deba permanecer el menor interno en un centro de tratamiento, pero no previamente a la aplicación del mismo sino mediante las resoluciones de evaluación. Sin embargo, a nuestro criterio este artículo puede ser considerado, como un medio para ser externado o liberado de una medida de internación antes de que concluya el término previamente fijado por el Consejero en su resolución definitiva y no la justificación de una sentencia indeterminada.

A nuestro juicio, continuar sosteniendo dicho criterio positivista sobre la sentencia indeterminada arroja un sinnúmero de inconvenientes dentro de los que se destacan:

1) Con una sentencia indeterminada, no es posible proporcionar la individualización de una medida de acuerdo a la gravedad del delito cometido, esto es, un menor puede robar un automóvil en la vía pública y otro cometer una violación con homicidio, el criterio para su externación será su aceptación del tratamiento y no la gravedad de su infracción.

2) Una forma para hacer saber al menor la gravedad del daño que ha ocasionado a la sociedad es precisamente la determinación de la privación de su libertad, a mayor importancia del bien jurídico tutelado que fue transgredido, debe corresponder mayor tiempo de tratamiento.

3) Una sentencia indeterminada provoca que los menores, ante la incertidumbre del tiempo que quedarán sujetos a tratamiento, ven a éste último como medio para salir del Consejo y no el medio para resolver sus problemas de conducta y personalidad. De tal forma el tratamiento deja de tener el sentido establecido en la ley.

4) También provoca la inconformidad de la víctima, el ofendido o sus familiares, dado que en comparación con las penalidades de los adultos es mucho menor, además de que también genera incertidumbre, respecto de si el menor logrará su externación en corto tiempo.

5) Otra reacción negativa que trae como consecuencia una sentencia indeterminada, es que no puede realizarse una planeación individualizada del tratamiento del menor, ya que el profesional encargado de tal labor, desconoce el tiempo con el que cuenta.

Por fortuna, el Poder Judicial de la Federación ha dejado de legitimar la actuación de las autoridades jurisdiccionales de menores, como sucedió en 1928 respecto de la Ley de Previsión Social o Villa Michel de 1928 en relación con la tesis Castañeda.

Actualmente tenemos conocimiento de una tesis de jurisprudencia, publicada recientemente en la que se determina que la resolución indeterminada es violatoria de garantías y establece que la Sala Superior debe fijar exactamente el término que el menor deberá quedar sujeto a tratamiento en internación, lo que obligara a las autoridades del Consejo de Menores a establecer en la resolución definitiva el tiempo en que el menor quedará sujeto a tratamiento en internación, dando entonces, real sentido a la ley y logrando su adecuación al marco Constitucional y de la Convención de los Derechos del Niño, fuente de la Doctrina de Protección Integral.

Por su importancia y trascendencia la reproduciremos como aparece en el Semanario Judicial:

MENORES INFRACTORES. TRATAMIENTO INTERNO INDETERMINADO.

Viola garantías la resolución definitiva pronunciada por la Sala Superior del Consejo de Menores al no determinar el tiempo máximo de duración de la medida de tratamiento interno a que debe ser sometido el menor infractor, dejando tal decisión al arbitrio de las autoridades encargadas de la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento; debiéndose observar lo dispuesto en los artículos 59, fracción V, 119 y 124 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; pues la Sala Superior al resolver el recurso de apelación, y pronunciar resolución definitiva, debe analizar no sólo si está demostrado el cuerpo de la infracción y la plena participación en su comisión, sino que también debe hacer una correcta individualización de las medidas que procedan, con base en el dictamen que emite el Comité Técnico Interdisciplinario, que varía según el grado de desadaptación social del menor, determinando el tiempo máximo de duración de la medida del tratamiento, adecuándolo dentro del límite fijado por el antes citado artículo 119, esto es, que no podrá exceder de un año el tratamiento externo y el interno de cinco años.

Novena Epoca; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo IV, Octubre de 1996; Tesis: I.3o.P. J/4; Página: 406

Parece oportuno mencionar en este momento, al revisar el contenido del artículo 119 en el sentido de que la medida de tratamiento en internación no podrá exceder de 5 años, la necesidad legislativa de reconsiderar tal término, ya que desde siempre se ha discutido en forma vehemente si se justifica un tratamiento "tan blando" para los menores delincuentes en comparación con los apenas mayores de 18 años; se discute si la minoría penal debe ser a los 18 o a los 16

años, si el mayor de esta última edad debe quedar sujeto a las penas establecidas en el Código Penal, etc.

En este punto creemos que el sujeto menor de 18 años posee una personalidad maleable que puede ser modificada y encausada con técnicas pedagógicas y psicológicas. Los problemas de conducta y personalidad pueden ser resueltos con mayor facilidad que una persona con arraigadas conductas antisociales, sin embargo, al enfrentarnos a la reacción de la sociedad, nos percatamos que parece poco justo que a un menor de edad le sea impuesta una pena mínima, esto sugiere la idea de impunidad y sirve también para que aquel sujeto que ha hecho del delito su forma de vida, reclute menores de edad para sus actividades, ya que la penalidad a su conducta es relativamente pequeña.

En la actualidad, el término máximo que un menor puede estar sujeto a tratamiento en internación es de cinco años, independientemente del delito que se haya cometido, esto es, un menor de 18 años que comete un homicidio saldrá libre, en el caso de cumplir con la totalidad del tiempo a los 23 años, sin embargo, por problemas de sobrepoblación, los menores son externados en los delitos más graves en un término de 2 años.

La sugerencia en este punto es aumentar la punibilidad aplicable hasta 10 años, como se establece en la legislación aplicable de Alemania y otros países para el caso de delincuencia juvenil. En esta forma es posible establecer un término mas acorde a la realidad social para determinar una punición, tomando en cuenta la gravedad del delito cometido y las circunstancias personales del menor infractor, cumpliéndose con mayor puntualidad los principios de proporcionalidad y equidad en la materia.

Podría alegarse en contra de esta propuesta que si tomando en cuenta en este momento que tanto en los centros de tratamiento en el Distrito Federal así como en los estados, existe sobrepoblación y dichas instituciones no cumplen suficientemente en los tiempos previstos por la ley, aumentar la punibilidad rebasaría desproporcionadamente la infraestructura que estos gobiernos poseen para afrontar el problema actual.

Reconociendo la importancia que representa para el Estado el tratamiento adecuado de la delincuencia juvenil; la inversión que se realice en este momento para adoptar instituciones y recursos necesarios para optimizar sus funciones y metas; será geoméricamente menor al costo social y económico, estatal y de la sociedad civil que representará el no haber actuado a tiempo.

Continuando con el estudio de la resolución definitiva y la sentencia, nos encontramos con que ambas pueden ser condenatorias o absolutorias, la primera se dictará cuando quede acreditado el cuerpo de la infracción o los elementos típicos de la infracción que se le atribuye, así como la plena participación del menor, por lo que el Consejero determinara en la resolución definitiva la media de orientación, protección o tratamiento a la que deba sujetarse.

También es posible que después de realizado el procedimiento, el Consejero Unitario llegue a la conclusión de que el cuerpo de la infracción no quedó debidamente acreditado por razón de que del desahogo del acervo probatorio que sirvió para demostrar la existencia de los elementos típicos en la resolución inicial han perdido su eficacia probatoria o que no existen elementos suficientes para probar plenamente que la conducta sea atribuible al menor, en razón de no haber participado en la misma o por razón de haber operado en su beneficio alguna de las llamadas excluyentes de responsabilidad que contempla la ley penal en su parte general y la doctrina. En tal caso, el Consejero Unitario deberá dictar una resolución de no sujeción a tratamiento, lo que equivale a una sentencia absolutoria en materia penal de adultos.

Por consecuencia, los artículos 14 y 16 Constitucional el Estado y la sociedad no pretenden causar molestias a menores que no han caído en los presupuestos de la ley, por lo que es obligación del Consejero decretar la no sujeción a tratamiento y deberá dejar al menor en absoluta libertad, entregándolo a sus familiares, representantes legales o encargados y en el caso de que no exista ninguno de los anteriores a alguna institución de asistencia social de preferencia pública.

La resolución definitiva al igual que la sentencia penal pueden ser definitivas y ejecutoriadas, entendiéndose por las primeras las que resuelven un proceso y por las segundas, las que no admiten ya recurso alguno.

Respecto de las segundas, Rivera Silva considera que es el último momento jurisdiccional y en ella se crea una norma individual que al análisis ofrece las siguientes características:

- I.- Es creadora de derechos, en cuanto forja un precepto u orden que posee la fuerza que anima a todo el derecho.
- II.- Es exclusiva o individual, en cuanto se refiere a una situación concreta; y
- III Es irrevocable, en cuanto determina, de manera absoluta, la situación legal de un caso concreto: establece una verdad legal que no admite posteriores modificaciones²⁴⁷

²⁴⁷ Rivera Silva, Manuel.- *Op. Cit.* p. 308.

Efectivamente las resoluciones definitivas y las sentencias comparten estas características y no debemos dejar confundirnos por la figura de la revisión del tratamiento contemplado en la ley ya que, aunque pareciese que modifica una situación real, preestablecida, lo cierto es que se circunscribe solamente a la evaluación del tratamiento sin tocar nunca más la resolución, esto es, también en la resolución definitiva, una vez ejecutoriada se ha dicho la verdad legal, que no puede ser modificada posteriormente, dándose cumplimiento al principio de certeza jurídica.

Por otro lado, la resolución definitiva deberá emitirse dentro de los cinco días hábiles siguientes al cierre de la instrucción y notificarse de inmediato al menor, a sus legítimos representantes o a sus encargados, al defensor y al Comisionado.

F) Las medidas de orientación, protección y tratamiento

Otro de los pasos del procedimiento establecido en el artículo 7º. de la Ley es la aplicación de medidas de orientación, protección y tratamiento.

En este sentido, el Consejero Unitario deberá determinar las medidas de orientación, protección y tratamiento externo e interno previstas en la Ley, que fueren necesarias para encauzar dentro de la normatividad la conducta del menor y lograr su adaptación social. De esta forma ordenará la aplicación conjunta o separada de las medidas de orientación, protección y tratamiento externo e interno, tomando en consideración la gravedad de la infracción y las circunstancias personales del menor, con base en el dictamen técnico respectivo.

Uno de los principios de la Doctrina de Protección Integral se refiere a que en la ley deben contemplarse diversas medidas para la atención del menor en conflicto con la ley penal.

Debemos aceptar que la Ley cubre ampliamente tal principio en tanto contempla dentro de su estructura una serie importante de medidas de orientación, protección y tratamiento, que lamentablemente en la realidad son poco utilizadas a excepción del tratamiento en internación o externación. De hecho, en tanto se pretenda la aplicación de una medida diferente a las dos anteriores, el órgano encargado de tal, carece de la experiencia o, en su caso, de la infraestructura necesaria para su aplicación.

Tenemos pues, que en la ley, los artículos 96 a 109 contemplan las medidas de orientación y protección que tienen como finalidad, obtener que el menor que ha cometido aquellas infracciones que correspondan a ilícitos tipificados en las leyes penales no incurran en infracciones futuras.

Son medidas de orientación contempladas en la ley las siguientes:

- I. La amonestación;
- II. El apercibimiento;
- III. La terapia ocupacional;
- IV. La formación ética, educativa y cultural; y
- V. La recreación y el deporte.

Por lo que hace a las medidas de protección son las siguientes:

- I. El arraigo familiar;
- II. El traslado al lugar donde se encuentra el domicilio familiar;
- III. La inducción para asistir a instituciones especializadas;
- IV. La prohibición de asistir a determinados lugares y de conducir vehículos.
- V. La aplicación de los instrumentos, objetos y productos de la infracción, en los términos que determine la legislación penal para los casos de comisión de delitos.

Medidas de tratamiento

El tratamiento contemplado de los artículos 110 al 119 es la aplicación de sistemas o métodos especializados, a partir del diagnóstico de personalidad para lograr la adaptación social del menor.

Atento a que en otra oportunidad hemos hablado del tema de las medidas de tratamiento, sólo nos ocuparemos de una breve mención de ellas.

Existen dos modalidades para la aplicación del tratamiento la primera es: a) En el medio sociofamiliar del menor o en hogares sustitutos, cuando se aplique el tratamiento externo; b) En los centros que para tal efecto señale el Consejo de Menores, cuando se apliquen las medidas de tratamiento interno.

Tratamiento en externación

Este tratamiento del menor se realiza en el medio sociofamiliar o en hogares sustitutos, y se limita a la aplicación de las medidas ordenadas en la resolución definitiva, que deberán consistir en la atención integral a corto, mediano o largo plazo.

Cuando se ordene la aplicación de medidas de tratamiento externo, el menor será entregado a sus padres, tutores, encargados o jefes de familia del hogar sustituto.

Tratamiento en internación

De acuerdo con el artículo 116 de la Ley, los centros de tratamiento brindarán a los menores internos orientación ética y actividades educativas, laborales, pedagógicas, formativas, culturales, terapéuticas y asistenciales, así como la seguridad y protección propias de un positivo ambiente familiar.

Los sistemas de tratamiento serán acordes con las características de los menores internos, atendiendo a su sexo, edad, grado de desadaptación social, naturaleza y gravedad de la infracción.

La unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores deberá contar con establecimientos especiales para la aplicación de un tratamiento intensivo y prolongado respecto de los jóvenes que revelen alta inadaptación y pronóstico negativo.

Las características fundamentales a considerar por parte del Consejero Unitario serán:

- I. Gravedad de la infracción cometida;
- II. Alta agresividad;
- III. Elevada posibilidad de reincidencia;
- IV. Alteraciones importantes del comportamiento previo a la comisión de la conducta infractora;
- V. Falta de apoyo familiar;
- VI. Ambiente social criminógeno.

Por otro lado, la ley genera inconvenientes en la práctica que pueden resultar perjudiciales para las garantías individuales de los menores, ya que es omisa en

manifestar a cargo de qué autoridad está la facultad de calificar la alta inadaptación y pronóstico negativo y de esta forma, establecer si la facultad de remitir a un menor a un establecimiento especial es de la autoridad administrativa o del Consejero Unitario. En la práctica esta facultad se la ha arrogado la Dirección General de Prevención y Tratamiento de Menores y se utiliza como un medio de represión para los menores con mayor grado de rebeldía dentro de las instalaciones normales, esto es, el estar interno en el Centro Quiroz Cuarón "Almoloyita" significa un verdadero castigo.

a) La revisión del tratamiento

Una de las instituciones características de la justicia de menores regulada por un sistema proteccionista, atento a la indeterminación de una sentencia, es la revisión de la medida, que se encuentra presente en todas las legislaciones tutelares de menores.

La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores acertadamente contempla dicha figura aunque sea extraña a un sistema liberal de justicia penal. Decimos que esta contemplación es afortunada, ya que la mayoría de la población sujeta a la justicia de menores se trata de adolescentes quienes poseen un dinámico desarrollo y maleabilidad de personalidad. Así la revisión del tratamiento permite que el menor del que se ha considerado el tratamiento ha cumplido con su función resocializadora, recobre su libertad y se reintegre a la sociedad aún cuando no hubiese concluido el término dictado por el Consejero Unitario en la individualización de la medida.

Efectivamente, como se ha señalado reiteradamente, la justicia de menores es una materia que dadas sus particularidades cuenta con autonomía propia que nada tiene que ver actualmente con una justicia penal estricta para los adultos ni con una justicia tutelar ortodoxa. A lo largo de este trabajo hemos intentado analizar algunas de las instituciones que presenta esta justicia de menores a la luz de nuestra Constitución y de la Doctrina de Protección Integral, tratando de aclarar a qué tipo de inclinación doctrinaria se refiere cada una y su conveniencia e inconveniencia legal dentro de un marco jurídico de un Estado de Derecho. No hemos querido inclinarnos por un sistema o por otro, adoptando una posición doctrinaria radical y tratar de incrustar forzosamente una institución dentro de los marcos conceptuales de tal o cual escuela, sino por el contrario, reconocemos la autonomía de la institución y analizamos sus posibles contradicciones con nuestro marco constitucional.

En este sentido queremos mencionar que si bien la figura de la revisión que a criterio de Sergio García Ramírez ²⁴⁸ eufemísticamente la ley la considera "evaluación" es característica de un sistema tutelar, ajena a un concepto punitivo clásico, ésta resulta conveniente, oportuna y necesaria en el marco de una justicia para menores, ya que su existencia no se contrapone en ninguna forma con las demás instituciones de naturaleza liberal antes analizadas.

Efectivamente, la ley marca en su artículo 61 que "La evaluación respecto de las medidas de orientación, protección y de tratamiento se efectuará de oficio por los consejeros unitarios con base en el dictamen que al efecto emita el Comité Técnico Interdisciplinario.

Al efecto, se tomará en cuenta el desarrollo de la aplicación de las medidas, con base en los informes que deberá rendir previamente la unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores. El Consejero Unitario, con base en el dictamen técnico y en consideración al desarrollo de las medidas aplicadas, podrá liberar al menor de la medida impuesta, modificarla o mantenerla sin cambio según las circunstancias que se desprendan de la evaluación".

La anterior facultad de liberar al menor de la medida, como resultado de las evaluaciones que se realicen, la primera a los seis meses de iniciada la aplicación de las medidas y cada tres meses las subsecuentes, no implica de ninguna forma que el Consejero Unitario esté impedido para establecer un tiempo delimitado en su resolución definitiva para el tratamiento del menor en la individualización de la medida, dado que ambas instituciones son perfectamente compatibles en tanto que dichas evaluaciones de acuerdo a la asimilación del menor del tratamiento podrían liberarlo de la imposición de éstas.

Por otro lado, los inconvenientes que señalamos anteriormente respecto de la resolución indeterminada se verían eliminados, ya que el menor con certidumbre del tiempo que puede quedar internado o sujeto a la medida, verá a la evaluación como un medio para liberarse de la medida impuesta, cuando acerte los fines del tratamiento y aproveche su acción para lograr una modificación de su conducta.

De igual forma, la evaluación no se contrapone al término de cosa juzgada ya que lo que se modifica en la evaluación no es el fondo del asunto, o la verdad legal que ha sido manifestada en una resolución definitiva, sino lo que se modifica o

²⁴⁸ García Ramírez, Sergio.- *Las Reformas. Proceso Penal y los Derechos Humanos*. Porrúa, México, 1993. p. 323.

suspende es una medida de tratamiento, es la ejecución de las sanciones establecidas por el Consejero con el fin de readaptar al menor a los ritmos y valores sociales.

Es pues, que la evaluación de la medida de tratamiento surtiría efectos más o menos aproximados a las evaluaciones que realiza la autoridad administrativa de preliberación, bajo el cobijo de la ley de normas mínimas, sin embargo, a diferencia de la anterior, ésta debe ser resuelta por el órgano jurisdiccional que conoció del proceso y dictó la resolución definitiva y no la autoridad administrativa que aplica la medida.

En este sentido la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores se encuentra en completa armonía con la Doctrina de Protección Integral de Naciones Unidas, ya que uno de los principios de esta doctrina es precisamente el establecimiento de mecanismos para la revisión y suspensión de las medidas impuestas.

G) Los recursos

Uno de los principios que se establecen en la Doctrina de Protección Integral para un procedimiento de menores apegado a las nuevas teorías internacionales, es que existan medios de impugnación que tengan por objeto la revisión de las resoluciones emitidas por la autoridad jurisdiccional de menores, como lo establece la Convención en su artículo 37 apartado b.

En este sentido, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores cumple puntualmente con la doctrina y con los principios constitucionales en la materia, ya que dentro de su contexto contempla específicamente dos recursos ordinarios en contra de acciones u omisiones de la autoridad jurisdiccional que conoce en primera instancia. La Ley contempla el recurso de apelación con su respectivo procedimiento y el recurso o medio de impugnación denominado excitativa, de la cual sólo la nombra mas no establece un procedimiento específico, sino que es necesario acudir al Código Federal de Procedimientos Penales para establecerla.

Un medio de impugnación es un conjunto de actos, que se realizan con el objetivo inmediato de revisar las conductas de los tribunales, para declarar que conforme a la ley, procede determinar su modificación, su total ineficiencia, la realización de una conducta omitida o que se confirme la conducta impugnada.

Para Alcalá Zamora citado por García Ramírez²⁴⁹ los medios de impugnación son: Los actos procesales realizados por las partes, dirigidos a obtener un nuevo examen, total o limitado a determinados extremos, y un nuevo proveimiento acerca de una resolución judicial que el impugnador no estima ajustada a derecho, en el fondo o en la forma, o que reputa errónea en cuanto a la fijación de los hechos.

Para Couture, el recurso es "literalmente regreso al punto de partida. Es un recorrer, correr de nuevo el camino ya hecho. Jurídicamente la palabra denota tanto el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se recorre el proceso".²⁵⁰

En el caso de Piña y Palacios tomando en cuenta la trilogía procesal y del equilibrio que debe existir entre las partes considera que uno de los elementos para salvar dicho equilibrio es precisamente el recurso. Plantea al recurso como: El medio que la ley prescribe para restaurar el equilibrio entre el Juez y las partes o entre las partes entre sí para que se reanude el curso normal del procedimiento.²⁵¹

Es por lo anterior que consideramos que el recurso es una serie de actos procesales que se establecen en la ley a efecto de que sean revisadas las conductas de los órganos jurisdiccionales, con el fin de lograr que sean modificadas, anuladas o confirmadas.

a) La apelación

La apelación para Franco Sodi es un medio de impugnación concedido a las partes y contra resoluciones judiciales de primera instancia, expresamente señaladas en la ley con el propósito de que el superior jerárquico del órgano que pronunció la resolución recurrida la examine para determinar si en ella se aplicó inexactamente la ley, se violaron los principios reguladores de la valoración de la prueba o se alteraron los hechos, resolviendo en definitiva, ya sea confirmando, ya revocando o ya modificando la resolución impugnada.

De acuerdo a Piña y Palacios ésta es: "el medio que la ley permite emplear para que el curso normal del proceso se reanude o termine mediante la

²⁴⁹ García Ramírez, Sergio, *Derecho Procesal Penal*, Porrúa, México, 1974. p. 659.

²⁵⁰ *Idem.*

²⁵¹ García Ramírez, Sergio, *Op. Cit.* 660 y 661.

intervención de un Juez distinto al que efectuó el acto que desvió el curso normal del proceso".²⁵²

Para Rivera Silva la apelación es un recurso ordinario devolutivo en virtud del cual un tribunal de segunda instancia, confirma, revoca o modifica una resolución impugnada.²⁵³

La apelación es un medio de impugnación ordinario en el que se realiza una serie de actos previamente establecidos, que solo es iniciada por los sujetos legitimados durante la primera instancia, en donde manifiestan que una conducta del *A quo* les causa agravio, razón por la que el *Ad quem* revisará la conducta impugnada a efecto de declarar su modificación, revocación o bien su nulidad.

Es una serie de actos realizados en un orden previamente establecido que se inicia por los legitimados en el proceso penal con el objetivo inmediato de revisar las conductas de los tribunales, para declarar que conforme a la ley, procede declarar su modificación, su total ineficiencia, la realización de una conducta omitida o que se confirme la conducta impugnada.

La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal, en materia Común y para toda la República en Materia Federal, contempla y regula el recurso de apelación en sus artículos 63 al 72, por lo que hace a algunos de los elementos y trámites del mismo; respecto de la autoridad que deberá de resolverlos y las facultades para ello.

De acuerdo con el artículo 69 de la Ley en estudio, el recurso de apelación deberá interponerse por escrito dentro de los tres días posteriores al momento en que surta efectos la notificación de la resolución impugnada.

El recurso de apelación procederá de acuerdo con el artículo 63 contra:

1. La resolución inicial.
2. La resolución definitiva.
3. La resolución que modifique o dé por terminado el tratamiento interno.

Las resoluciones que se dicten al evaluar el desarrollo del tratamiento no serán recurribles. Las que ordenen la terminación del tratamiento interno o lo modifiquen serán recurribles a instancia del Comisionado o defensor.

²⁵² *Idem.*

²⁵³ Rivera Silva, Manuel, *Op Cit.* p. 327.

Como recordamos, las resoluciones iniciales pueden ser en tres sentidos, las dos primeras son en las que se sujeta a los menores a un procedimiento, que podrá ser en externación o en internación y la tercera cuando no se sujeta al menor a ~~procedimiento alguno. Estas han sido explicadas líneas arriba por lo que omitiremos su estudio en este punto.~~

Respecto de la definitiva, cuando quede acreditado el cuerpo de la infracción o modernamente los elementos del tipo penal, así como la plena participación, se determinará por el Consejero en la resolución definitiva la medida de orientación, protección o tratamiento a la que deba sujetarse el menor.

La emisión de dicha resolución definitiva, como se ha visto, es otra de las facultades del Consejero Unitario consagradas en la Ley por lo que dentro del artículo 20 le concede la facultad de instruir el procedimiento y emitirla.

Por lo que hace a las resoluciones de evaluación de tratamiento, una vez que se ha dictado la resolución definitiva en la que se imponga una medida de tratamiento y si en caso de haberse interpuesto el recurso de apelación en su contra y el resultado de éste ha sido la confirmación de la resolución, se ordena el inicio del tratamiento, el que será revisado constantemente por el Consejero Unitario haciendo las veces de Juez de ejecución como se conoce en la legislación extranjera. Dichas evaluaciones se harán, la primera a los seis meses y las demás cada tres meses, para lo cual el Consejero al recibir un informe de la unidad encargada del tratamiento lo remitirá junto con el expediente al Comité Técnico Interdisciplinario, para que emita un dictamen técnico y en base a eso, resuelva sobre la continuación de la medida, su modificación o en su caso, la liberación de ésta.

La evaluación de las medidas de orientación, protección y de tratamiento se efectuarán de oficio y sólo serán recurribles las evaluaciones que ordenen la terminación del tratamiento interno o lo modifiquen y sólo será a instancia del Comisionado o defensor.

Los recursos deberán interponerse ante el Consejero Unitario correspondiente, para que éste los remita de inmediato a la Sala Superior.

Cuando se trate de la resolución inicial, se remitirá copia auténtica de las actuaciones. En los demás casos, se remitirá el original de las actuaciones con la documentación presentada en la interposición del recurso.

1) Procedencia

La Ley Para el Tratamiento de Menores Infractores en su artículo 65 determina que “El recurso antes señalado (la apelación) será improcedente cuando quienes estén facultados para hacerlo valer se hubieran conformado expresamente con la resolución o no lo hubieren interpuesto dentro de los plazos previstos por esta Ley, o cuando ocurriere el desistimiento ulterior. Tampoco procederán los recursos planteados por personas que no estén expresamente facultadas para ello”.

También se establece que:

“No serán recurribles las resoluciones que emita la Sala Superior respecto de los recursos interpuestos ante ella”.

En interpretación de sentido contrario de los anteriores preceptos la apelación será procedente cuando se reúnan los siguientes requisitos:

Se interponga en contra de las conductas establecidas por la ley de la materia que lo son: a) la resolución inicial; b) la resolución definitiva; c) la resolución dictada en evaluación de tratamiento que modifique o libere al menor de la medida.

Sea interpuesto por las partes reconocidas por la legislación, quienes son: a) el defensor del menor; b) el comisionado; y c) los legítimos representantes del menor.

Que sea interpuesto en el término de tres días a partir de que surta efectos la notificación de la resolución; que no exista conformidad expresa; que no exista conformidad tácita y se interponga el recurso en término y por escrito, como lo señala la ley.

2) Sujetos del recurso (legitimación)

Al hablar de los sujetos que intervienen en el proceso de la apelación es necesario distinguir entre los sujetos legítimamente autorizados por la ley para intervenir, por lo que deben contemplarse los sujetos legitimados activamente, pasivamente y los terceros.

La legitimación activa.- La ley autoriza expresamente a los facultados para iniciar esta segunda instancia, en el que un órgano jurisdiccional revisará un caso antes analizado y resuelto por otra autoridad de menor jerarquía. En el caso de los menores existe legitimación activa, sólo para las partes, excluyendo al órgano jurisdiccional, ya que está erradicada la revisión forzosa respecto de las resoluciones, y en atención a que, como se ve más adelante, al señalar expresamente la ley a los autorizados para interponer el recurso, podemos establecer que la apelación en materia de Justicia de Menores es dispositiva.

A propósito de los sujetos autorizados por la ley que tienen la facultad de interponer el recurso de apelación que se contempla en la Ley para el Tratamiento de Menores podemos decir que, las personas legítimamente reconocidas, para efecto de interponer el recurso de apelación, son:

- I. El defensor del menor;
- II. Los legítimos representantes y, en su caso, los encargados del menor; y
- III. El Comisionado.

En el caso de evaluación de medida, las que la modifiquen serán recurribles legalmente por parte de los Comisionados o del Defensor.

Cuando la evaluación decreta la liberación de la medida, sólo podrá ser recurrida por el Comisionado.

En el acto de interponer los recursos, dichas personas expresarán por escrito los agravios correspondientes.

El impugnado o legitimado pasivamente en este recurso es el Consejero Unitario o Instructor.

Los afectados por la comisión de la infracción no son considerados como parte en el proceso, sólo pueden solicitar al Comisionado que promueva una audiencia de conciliación para efectos de llegar a un arreglo con los representantes de los menores y lograr la reparación del daño, sin que el Consejero Unitario tenga facultad de condenar al menor o a los representantes de éste, ya que su actuación es sólo de conciliador.

Debemos recordar lo manifestado cuando se habló del limitado principio de defensa que establece la ley para el menor infractor, ya que aunque pareciese que se avanza mucho en esta materia, confirmamos que el menor no se encuentra

activamente legitimado por la ley para interponer una apelación e inconformarse con la resolución, ya inicial, definitiva o de evaluación, lo que parece contradictorio con el discurso oficial y principalmente con los principios constitucionales de defensa.

Cuando realizamos un estudio de la ley no alcanzamos a comprender la razón del legislador para limitar al menor, al procesado o justiciable de la facultad de interponer un recurso en contra de una resolución que siente que le agravia. No sabemos si fueron razones de economía procesal, ya que se consideró que los menores recurrirían todas las resoluciones y saturarían a la Sala Superior. A nuestro juicio, no existe razón válida para contradecir los principios constitucionales de defensa en materia penal y si bien pudiéramos encontrar alguna justificación eufemística en materia de menores de 18 años, no es posible encontrarla cuando el justiciado es mayor de dicha edad, por que recordemos que ésta hipótesis puede surtirse en la materia.

En este punto, parece necesario proponer la revisión de la ley en comento con el objeto de incluir en su texto al menor como legitimado activamente para promover recursos en contra de las resoluciones de los Consejeros Unitarios.

Atendiendo a las características de este recurso y a que la autoridad que resuelve el recurso es distinto del que emitió la resolución, podemos ubicarlo como un recurso enmarcado dentro de las características de devolutivo, ya que es la Sala Superior la que resuelve el recurso en contra de la conducta impugnada realizada por el Consejero Unitario, a diferencia de los recursos con características de retentivo en donde existe identidad entre el *A quo* y el *Ad quem*.

3) Los agravios

Las resoluciones de los Consejeros forzosamente afectan la esfera jurídica de un menor, al restringir alguna de sus libertades, o al provocársele alguna molestia como el ser amonestado, como el prohibírsele asistir a determinados lugares o inhabilitarlo para conducir vehículos de motor. Puede ser que sus representantes, o su defensor consideren que dicha determinación dictada por el Consejero les causa un perjuicio ya que fue dictada injustamente, atendiendo a que no se guardaron las reglas del procedimiento o alguna otra causa por la que la conducta de tal autoridad deba ser revisada por su superior, o en su caso, que por éstas razones se afecten los intereses de la sociedad y en tal circunstancia el representante de ésta (Comisionado) considere que los intereses que representa se vean afectados por

una resolución mal dictada; por lo que al momento de recurrir a la resolución quien interpone el recurso debe manifestar sus agravios.

La Ley Para el Tratamiento de Menores determina que en el acto de interponer los recursos, los autorizados por la ley expresarán por escrito los agravios correspondientes.

El agravio puede definirse como la manifestación del recurrente en el sentido de que se le afecta el ejercicio de un derecho propio o de su representado por razón de una conducta del órgano jurisdiccional.

De igual forma, podemos concebir al agravio como la comunicación del recurrente en la que pone de manifiesto que la conducta realizada por el órgano jurisdiccional no cumple con el principio de legalidad.

Atendiendo a que la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores es de naturaleza preponderantemente garantista, y atendiendo al principio de presunción de inocencia que obra como pilar básico de la justicia de menores “La Sala Superior deberá suplir las deficiencias en la expresión de agravios cuando el recurrente sea el defensor, los legítimos representantes o los encargados del menor” (Art. 68).

Se puede llegar hasta la máxima suplencia, que es la absoluta ausencia de agravios, atendiendo a que opera siempre en favor del menor.

Por otro lado, dado que la mayoría de las legislaciones que se refieren al procedimiento penal y que contemplan el recurso de apelación permite a los apelantes ampliar sus agravios en la audiencia de vista, se plantea la duda si en dicha audiencia de vista es posible reformular o variar los agravios por parte de la representación social. Se ha considerado que el Ministerio Público no puede variar sus agravios.

En la materia de justicia de menores el anterior principio se cumple en forma cabal, ya que en lo relativo a la substanciación del recurso, la audiencia de vista sólo es para oír a las partes, esto es, los agravios deben ser presentados por escrito al momento de interponer el recurso, y las partes deben únicamente ratificar o argumentar sobre lo ya expresado, de acuerdo al texto de la ley. Sin embargo, atendiendo a que en materia de menores existe la suplencia de la queja en favor del menor si los agravios de la defensa son variados, la Sala deberá hacer el estudio correspondiente, en cambio, si quien pretende modificar sus agravios es el

representante de la sociedad, dicha actuación no es permitida por el sistema procesal imperante.

En la materia de menores al igual que la justicia penal, se considera que el Comisionado de procedimiento es un órgano técnico y que representa los intereses de la sociedad y como consecuencia, pese a que no tiene facultades propiamente de acusación ya que no formula conclusiones, sino en sus alegatos fija su posición y sugiere medidas para aplicarse al menor, si tiene la facultad de perseguir, investigar e integrar las infracciones y de poner a disposición del Consejero al menor que presuntivamente participó en una conducta antisocial; por lo que es aplicable en este sentido el hecho que constituye un órgano estatal que representa a la sociedad en forma similar al Ministerio Público, por lo que para éste impera, en materia de apelación, el principio de estricto derecho. Por lo que no podrán ser suplidas las deficiencias en sus agravios, por parte de la Sala Superior, ya que de lo contrario se invadiría la esfera de competencias en atención a que el Consejo de menores es un órgano jurisdiccional y los Comisionados son persecutores de las infracciones.

4) Naturaleza de la conducta impugnada

Como hemos visto, el recurso de apelación en materia de menores solo procede en contra de actos procesales, como lo son la resolución inicial, la definitiva y la evaluación que modifica o da terminada la medida de tratamiento.

Respecto de esta última se plantearía la duda de que sea un acto de naturaleza administrativa, ya que si bien es cierto, emana de un órgano jurisdiccional, no resuelve ninguna controversia entre las partes legitimadas, sino sólo se refiere a la terminación de un tratamiento. Lo anterior desde el punto de vista de la naturaleza del acto, sin embargo, legalmente debe considerarse que también dicha resolución es de naturaleza procesal en atención a que el artículo 7º. de la ley de la materia considera que el procedimiento en el Consejo de Menores comprende las etapas de: I. Integración de la Investigación de las Infracciones, II. la resolución inicial VIII. Evaluación de la aplicación de las medidas de orientación y de tratamientos.... Por lo anterior consideramos que de acuerdo con la legislación solo son recurribles actos trascendentes dentro del procedimiento de naturaleza eminentemente procesal.

De igual forma podemos clasificar los actos procesales, ya que la resolución inicial es un acto del Consejero Unitario formalmente jurisdiccional pero

materialmente administrativo en tanto que en esta materia el único acto formal y materialmente jurisdiccional es la resolución definitiva que resuelve de fondo el conflicto de intereses jurídicos.

A este respecto queda una laguna en la ley, en relación con las resoluciones de sobreseimiento, por comprobar que la edad del sujeto es mayor o menor a los límites establecidos por la ley o cuando se compruebe dentro del procedimiento que la conducta del menor no constituye una infracción.

Puesto que la ley es omisa en contemplar estas resoluciones que por su naturaleza podrían considerarse jurisdiccionales ya que, si se acredita por medio de un acta de nacimiento o algún otro medio que la edad del sujeto no se encuentra dentro del rango contemplado por la ley, y las partes no están conformes con la resolución de sobreseimiento, ésta legalmente no es recurrible. Consideramos que por equidad, ya que realmente resuelven una situación de fondo planteada ante el Consejero sí deberían ser objeto de recurso, así como cuando se compruebe que la conducta del menor no constituye una infracción, figura que podría compararse en materia de adultos con el incidente de desvanecimiento de datos. Por lo que proponemos que, se contemple tal hipótesis dentro del artículo 63 de la ley, ya que una resolución tan trascendente como ésta no puede quedar sin la posibilidad de ser revisada por el superior del Consejero Unitario.

5) Efectos de la resolución del recurso

El recurso de apelación previsto en la Ley de acuerdo con el artículo 64 tiene por objeto obtener la modificación o la revocación de las resoluciones dictadas por los Consejeros Unitarios. Parece importante destacar que este artículo no habla de confirmar la resolución del *A Quo*, esto es, si nos quedásemos con su contenido, la Sala Superior no podría nunca confirmar una resolución del Consejero Unitario sino solamente podría modificarla o revocarla. Sin embargo, posteriormente en el artículo 72 la propia ley contempla que en las resoluciones de la Sala es posible resolver el asunto puesto a consideración de diversas maneras, de esta forma se dispone que:

En la resolución que ponga fin a los recursos, la Sala Superior podrá disponer:

- I.- El sobreseimiento por configurarse alguna de las causas previstas en la presente Ley;
- II.- La confirmación de la resolución recurrida;
- III.- La modificación de la resolución recurrida;
- IV.- La revocación para el efecto de que se reponga el procedimiento;
- V.- La revocación lisa y llana de la resolución materia del recurso.

Como podemos observar, el recurso de apelación en materia de menores infractores procede en contra de las conductas del Consejero Unitario, respecto de actos que puede traducirse en la emisión o la omisión de una resolución, por lo que se contempla dentro de la resolución la revocación, o anulación de los efectos y de la resolución con el propósito de que el *A Quo* realice los actos y diligencias que no realizó y debió hacer y como consecuencia se ordena la reposición del procedimiento.

6) Efectos del acto impugnado

En relación con los efectos de los actos impugnados, atendiendo a que las conductas impugnables por medio de la apelación son la resolución inicial, la definitiva y la resolución de evaluación de medida, cada una de éstas tienen efectos diferentes y como consecuencia los efectos de la resolución del recurso son diferentes.

En el caso de la resolución inicial, sus efectos son de carácter ejecutivo, puesto que la interposición del recurso no impide sus consecuencias, tomando en cuenta el contenido del artículo 71 de la Ley, que establece que en el caso de resolución inicial se remitirá a la Sala Superior copia auténtica de las actuaciones y, como se deduce, el procedimiento continúa sin que se suspendan las consecuencias de la resolución impugnada, esto es, se abre la instrucción, se ofrecen las pruebas, se inician los estudios al menor, etc.

Respecto de las resoluciones definitivas en la que se dicta la sujeción a tratamiento en internación, el carácter de las mismas es devolutivo y suspensivo, ya que sus efectos se suspenden hasta en tanto el *Ad Quem* resuelve el recurso y si es el caso de la confirmación de la resolución definitiva y está producirá plenamente sus efectos.

En el caso que la resolución sea modificada, ésta será parcialmente privada de sus efectos; y si es revocada dicha resolución será totalmente privada de sus efectos. En estos casos, los efectos de la resolución definitiva serán sustituidos por los efectos de la resolución de la Sala.

En las resoluciones definitivas que decreten el tratamiento en externación, la no sujeción a tratamiento y las que modifican el tratamiento o liberan del mismo, dictadas en evaluación de medida, el efecto de la interposición del recurso es

devolutivo porque inmediatamente los órganos del Consejo deben poner en libertad al menor.

7) Reenvío

El reenvío es considerado como el efecto jurídico consistente en remitir al *A quo* por parte del *Ad Quem* la resolución dictada por éste (que desde luego no sustituye la conducta impugnada) con el fin de que el *A quo* a su vez, dicte la correspondiente resolución que sustituya a la conducta impugnada.

Por lo que hace a la apelación en materia de menores sólo podemos considerar que en el caso de la fracción IV del artículo 72 de la ley existe esta figura del reenvío, en atención a que uno de los efectos de las resoluciones que ponen fin a los recursos, es la de revocar la resolución para efecto que se reponga el procedimiento. En este caso una vez repuesto el procedimiento se le otorga plena jurisdicción al *A Quo* para que resuelva con los nuevos elementos de prueba que se desahogaron con la reposición del procedimiento ordenado.

Respecto de los demás efectos de las resoluciones de los recursos de apelación consistentes en: a) El sobreseimiento cuando se configure alguna de las causales contempladas en la ley; b) La confirmación de la resolución recurrida; c) La modificación de la resolución recurrida y d) La revocación lisa y llana, la figura del reenvío no tiene aplicación y que en este caso las resoluciones el *Ad Quem*, sustituye al *A quo* y al emitir la resolución se sustituye la conducta impugnada.

La reposición del procedimiento sólo procede cuando se recurren resoluciones definitivas, ya que en el caso de las iniciales y las resoluciones sobre evaluación de medidas, atendiendo a su carácter devolutivo, no justifica la reposición de un procedimiento, ya que el mismo en el primer caso, apenas inicia, y en las resoluciones de evaluación la única materia que se encuentra en controversia es si el menor ha asimilado su tratamiento, con base en los reportes emitidos por la Unidad de Tratamiento y del Comité Técnico Interdisciplinario, por lo que no puede considerarse que sea posible reponer el procedimiento en tal circunstancia.

Efectivamente, una vez dictada la resolución definitiva, y que la misma no fue recurrida en la forma prevista en la ley, se considera que ha causado estado, por lo que en las resoluciones sobre la evaluación del tratamiento, no se discute de ninguna manera la base del proceso, que determinó plenamente el cuerpo de la

infracción y que le es plenamente atribuible a un sujeto menor de edad, sino se resuelve sobre si el tratamiento aplicado al menor ha cubierto los objetivos planteados en la propia resolución definitiva.

Sólo pueden ser recurridas las resoluciones que modifican y dan por concluido el tratamiento; de la modificación se pueden obtener dos hipótesis y respecto de cada una se puede dar la actuación del defensor o del comisionado, ya que respecto de la modificación del tratamiento puede resultar una medida mas severa para el menor o en su beneficio. Esto es, en el primer caso puede ser ordenado que un menor sea trasladado de la Unidad de Tratamiento a una Unidad Especial en el que se le otorgue tratamiento intensivo; por lo que al causar un agravio al menor, la defensa podría considerar que dicha resolución es injustificada por lo que la ley le concede la facultad de apelar.

En el caso de que la medida de tratamiento sea modificada o se libere al menor de la medida, quien puede recurrir la resolución es el representante de la sociedad, esto es el Comisionado.

8) Trámite

Existen pues tres tipos de conductas que pueden ser recurridas por las partes legítimamente autorizadas: la resolución inicial, la definitiva y las de evaluación de medida. Para cada una de ellas, existe un procedimiento diferente.

El recurso de apelación se resolverá dentro de los tres días siguientes a su admisión si se trata de la resolución inicial.

En la resolución definitiva o de aquella que modifique o de por terminado el tratamiento interno, se resolverá dentro de los cinco días siguientes a dicha admisión.

En el recurso de apelación contemplado, la ley de la materia no prevé en forma alguna término ni plazo para ofrecer o recibir pruebas promovidas por las partes, sino que previendo que existan pruebas por desahogar el legislador contempló la reposición del procedimiento.

La substanciación del recurso se llevará a cabo en única audiencia, en la que se oirá al defensor y al Comisionado, y se resolverá lo que proceda.

La resolución deberá engrosarse en un plazo de tres días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia, hecho lo cual, se hará la notificación correspondiente a las partes y se remitirá el expediente al órgano que haya dictado la resolución impugnada.

b) La excitativa de resolución

Pese a que en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores contempla exclusivamente como recurso a la apelación y establece un capítulo expreso para la regulación de dicho recurso, la parte orgánica de la ley prevé una forma de acudir ante las autoridades superiores y denunciar la violación de una garantía del menor por parte de la autoridad que conoce de cierto caso, ya que dicha autoridad no cumple con los plazos que se estipulan en la ley para resolver la situación jurídica de los menores, de acuerdo con la etapa procedimental que corresponda. Este recurso es denominado excitativa. Consiste en hacer del conocimiento del superior jerárquico de la autoridad que conozca de acuerdo a la etapa del procedimiento, que su inferior ha sobrepasado los plazos marcados por la ley de la materia para dictar una resolución.

Este recurso o figura jurídica no se encuentra regulado en forma alguna y sólo se contempla en la parte orgánica de la ley en razón de que es facultad de la Sala Superior conocer de las excitativas que se promuevan para que los Consejeros Unitarios emitan las resoluciones correspondientes y, en el caso del Presidente del Consejo, será lo mismo respecto de los demás miembros de la Sala Superior.

Pese a lo anterior y considerando su objetivo, que es el que los órganos del Consejo realicen en tiempo las actuaciones que les ordena la ley, esta figura de la excitativa de resolución, por lo que hace a sus fines y naturaleza, es similar a la queja que regula el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 398 bis.

Como se ha mencionado respecto de la laguna planteada por la ley en la materia respecto de este recurso, es válido en materia de recursos y en este caso acudir al Código Federal de Procedimientos Penales a efecto de que éste, como lo establece el artículo 129 de la ley Para el Tratamiento de Menores en todo lo relativo al procedimiento, sea la ley que se aplique de manera supletoria, además de que el artículo 45 de la ley dispone que todas las actuaciones judiciales revestirán las formas prescritas en el citado ordenamiento adjetivo penal.

Efectivamente, sólo en el caso de que la ley de la materia prevea una figura jurídica y no la regule será posible que surta efectos la supletoriedad del Código adjetivo en comento, y no como muchos pretenden, argumentando dicha supletoriedad, incluir recursos que no contempla la ley de menores y en estos casos, el legislador no omitió incluirlos por olvido sino por que su voluntad era precisamente que el proceso de menores fuera realmente expedito y por ende evitó medios de impugnación, que si bien, son medio para asegurar los derechos del procesado, también constituyen un lastre procesal para la optima y expedita administración de justicia.

En atención a la similitud del recurso de queja con la de excitativa de resolución, podemos contemplar que de acuerdo con Colín Sánchez la queja es "Un recurso ordinario, procedente en contra de las conductas omisivas de los Jueces de Distrito que no emitan las resoluciones correspondientes a las promociones a que están obligados o no señalen la práctica de las diligencias dentro de los plazos o términos que señale la ley o que no cumplan las formalidades o no despachen los asuntos de acuerdo a lo establecido por el Código Federal de Procedimientos Penales."²⁵⁴

Podemos decir que la excitativa de resolución es un recurso ordinario procedente en contra de las conductas omisivas de los Consejeros Unitarios y de la Sala Superior cuando no emitan las resoluciones correspondientes en los terminos señalados en la ley.

Quienes están legítimamente facultados para interponer la excitativa de resolución, son precisamente las personas reconocidas por la ley para interponer cualquier medio de impugnación en contra de las conductas de las autoridades jurisdiccionales, en consecuencia serán las personas autorizadas para interponer el recurso de apelación:

- I. El defensor del menor;
- II. Los legítimos representantes y, en su caso, los encargados del menor; y
- III. El Comisionado.

Atendiendo a que el recurso tiene por objeto que la autoridad inferior emita en tiempo sus resoluciones, podemos deducir que, de acuerdo con cada tipo de resolución será el tiempo en que el legitimado pueda interponer tal recurso.

²⁵⁴ Colín Sánchez, Guillermo. *Op Cit.* p. 553.

El citado artículo 398 bis. del Código Federal de Procedimientos Penales establece para la queja, en el segundo párrafo, que podrá interponerse en cualquier momento a partir de que se produjo la situación que lo motiva, y se interpondrá por escrito ante el Tribunal, que corresponda.

Son dos las autoridades que pueden conocer del recurso, el Presidente del Consejo en el supuesto de omisión de conductas por parte de la Sala Superior y sus miembros y la propia Sala Superior cuando las conductas omisas devienen de los Consejeros Unitarios.

Podemos identificar de acuerdo con los diferentes tiempos que tiene cada órgano del Consejo para actuar, diferentes momentos para interponer el recurso estudiado siendo:

Conductas del Consejero Unitario:

En resolución inicial: después de cuarenta y ocho horas, a partir del momento en que fue puesto a disposición del Consejero Unitario el infractor o del doble de tiempo en caso de que se hubiese solicitado la ampliación del término.

En resolución definitiva: después de 25 días hábiles después de haber surtido efectos la notificación de la resolución inicial.

Conductas de la Sala Superior:

En resolución del recurso de apelación:

En contra de resolución inicial: después de tres días de admitido el recurso de apelación.

En contra de resolución definitiva y en evaluación: después de cinco días después de admitido el recurso.

La Conducta atacable por este medio es la omisión de los Consejeros Unitarios y de la Sala Superior cuando no han dictado la resolución correspondiente a la etapa del procedimiento en que se encuentra el expediente, dentro de los términos establecidos por la ley.

Para su admisión es necesario que se cumpla el presupuesto del tiempo que tiene la autoridad recurrida para dictar la resolución, para que la misma pueda ser admitida y revisada por la autoridad jurisdiccional competente.

Por otro lado, el citado artículo 398 bis dispone que este recurso debe interponerse por escrito y ante la autoridad que vaya a conocer, a diferencia de la mayoría de los recursos establecidos en las legislaciones procesales que se promueven ante la autoridad que realizó la conducta materia de la impugnación.

No hay un trámite establecido en la ley, sin embargo, es necesario que se cumpla el supuesto del término que la autoridad inferior tiene para dictar la resolución, por lo que se deberá hacer un conteo de los términos y verificar si efectivamente el inferior ha incurrido en tal omisión en forma injustificada, ya que es posible incurrir en tal, en forma justificada, ya que el Consejero Unitario debe respetar las garantías procesales del menor, y como consecuencia, los términos para resolver es una garantía en su favor. Es por ello que se ha estipulado un término para que sea resuelta cada etapa procesal, sin embargo, como se trata de una garantía de menor, éste o su representante pueden decidir sobre hacerla valer o no, por lo que si en caso determinado un proceso se retrasa por causa de que una prueba no se ha podido desahogar y la defensa insiste en que dicha prueba se desahogue, el Consejero Unitario no puede desoír tal solicitud so pretexto de que el término para la instrucción ha fenecido, por lo que deberá acordar de conformidad lo solicitado por la defensa, hasta en tanto determine, dada la imposibilidad material, si se desiste de la probanza o solicita se declare desierta, aunque el término para resolver no se cumpla.

Por otro lado el Código Federal de Procedimientos Penales establece como trámite para el recurso de queja que el Tribunal Unitario en el término de cuarenta y ocho horas, dará entrada al recurso y requerirá al Juez de Distrito, para que rinda su informe en el plazo de tres días.

Con informe o sin él se dictará la resolución que proceda, en el caso que se considere fundado el recurso se requerirá al Juez para que cumpla con las obligaciones determinadas en la ley. Si no se presenta el informe hará presumir que es cierta la omisión atribuida y el Juez se hará acreedor a multa.

En el caso de la materia que nos ocupa, por disposición legal debemos adoptar dicho procedimiento, por lo que se traduciría en la forma antes señalada sustituyendo al *A quo* de acuerdo al caso por Consejero Unitario o Sala Superior y al *Ad quem* por Sala Superior o Presidente del Consejo respectivamente.

Atendiendo a la características de este recurso, y a que la autoridad que resuelve el recurso es distinto de la que emitió la resolución, se puede afirmar que se trata de un recurso enmarcado dentro de las características de devolutivo.

En el recurso a estudio nos encontramos con que procede exclusivamente en contra de la actitud omisiva de la autoridad y su finalidad es hacerlo del conocimiento del superior a efecto de que éste requiera al omiso y cumpla con su obligación.

Por lo anterior, a diferencia del recurso de apelación que tiene como fin la revisión de una conducta del Consejero, en la excitativa el *Ad quem* no revisa conducta alguna, sino el punto único que queda a prueba es si se emitió o no la resolución en el tiempo previsto en la ley, y para el caso de no haberse hecho, requerir al Consejero (o Sala Superior) y subsane su omisión con el propósito de no seguir suprimiendo las garantías procesales del menor.

El agravio sería la manifestación del recurrente en el sentido de que se le afecta el ejercicio de un derecho propio o de su representado por razón de una conducta del órgano jurisdiccional, en el caso particular, que se esta violando la garantía procesal del menor de que se resuelva su situación jurídica en el tiempo establecido por la ley. Para tal efecto y como consecuencia, la conducta realizada por el órgano jurisdiccional no cumple con el principio de legalidad.

Atendiendo a que la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores es de naturaleza preponderantemente garantista y atendiendo al principio de presunción de inocencia que obra como pilar básico de la justicia de menores, "La Sala Superior deberá suplir las deficiencias en la expresión de agravios cuando el recurrente sea el defensor, los legítimos representantes o los encargados del menor (Art. 68).

Puede darse hasta la máxima suplencia, que es la absoluta ausencia de agravios atendiendo a que la misma opera siempre en favor del menor. Lo anterior se establece para el recurso de apelación es también aplicable para el caso de la excitativa de resolución.

Sin embargo, dado que no se plantean en este recurso cuestiones de fondo, no existe a nuestro juicio deficiencias que puedan ser suplidas por el *Ad quem*.

Los efectos de la resolución de este medio de impugnación es que el superior jerárquico del órgano jurisdiccional que ha omitido resolver en tiempo una situación jurídica planteada, le ordene a este último que modifique su conducta y resuelva en el término que le otorga el *Ad quem* para ello.

En relación con el efecto de los actos impugnados, puesto que se trata de una omisión, éste será que el Juzgador abandone su actitud pasiva y emita la resolución.

El amparo en materia de menores

En los orígenes de la justicia de menores en México, la primera ley que como tal incorporó los sistemas y principios procesales positivistas, fue la Ley Villa Michel de 1928, en la que como hipótesis de intervención estatal no se limitaba a las conductas establecidas por el Código Penal, sino que se extendía a estados de peligro y abandono.

En contra de una de las resoluciones del tribunal en la que privó de la libertad al menor Alfredo Castañeda, se promovió el juicio de amparo No. 3959/1928 y que fue resuelto en 1931.

En el amparo que se estudió se establece que la privación de la libertad de un menor que había cometido un delito, una infracción administrativa o se encontraba en estado de peligro, no constituye una detención constitucionalmente entendida ya que en este caso el Estado hace una incursión en la familia y se sustituye a los padres en el ejercicio de la patria potestad y quien la ejerce tiene la posibilidad de restringir los derechos naturales del menor como lo es, tenerlo en determinado colegio internado o sujeto a un régimen de salidas, etc., por lo que el Tribunal para Menores no es autoridad para efectos del amparo.

Además de lo anterior, consideró que la acción del Tribunal para Menores carecía de carácter coactivo, en virtud de que el procedimiento no era un proceso penal, los jueces no son abogados, sino médicos, pedagogos y psicólogos, los menores no eran internados en la cárcel sino matriculados en un centro de observación, y que las decisiones de los tribunales no eran sentencias, de acuerdo con la ley que los reglamentaba.

El Tribunal para Menores y las instituciones que lo sustituyeron a lo largo de 60 años no fueron considerados como autoridad para efectos del amparo.

Capítulo Cuarto Las Instituciones Procesales de la Justicia de Menores

Esta tesis emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, marcó los derroteros de la justicia de menores durante más de 60 años. El cierre de la vía constitucional en la materia es muy criticable, ya que parece injustificado que esta tesis hubiese prevalecido durante tanto tiempo cuando las hipótesis de intervención estatal variaron en las legislaciones posteriores sumándose al principio de legalidad y al tipo, quizá por la poca importancia que se le ha dado a la materia de menores y algunas circunstancias exteriores, el cambio del amparo no se ejercitó en forma tan constante que obligaba al más alto tribunal a modificar sus criterios.

En los años setentas existieron algunos intentos de amparo, sin embargo, el criterio positivista estaba aún muy fortalecido y el resultado fue infructuoso.

En 1983 la Suprema Corte sufrió una transformación parcial en su criterio. Efectivamente un conflicto competencial entre un juzgado administrativo y otro penal fue conocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El primer proyecto de resolución con una inercia tutelar propuso que quien debía conocer del juicio de amparo en contra del consejo tutelar era un Juez en materia administrativa. Este proyecto fue retirado. El segundo proyecto, reconociendo la naturaleza penal de la materia de menores, propuso que quien debía conocer de estos asuntos era el Juez de Distrito penal, aunque se discutía si la naturaleza del consejo tutelar era un órgano administrativo o jurisdiccional. Por solo un voto, la Corte decidió que se trataba de un órgano administrativo.

Podríamos creer que esta era una puerta muy amplia que se abría para el cuestionamiento de estas instituciones, sin embargo, un elemento dificultó que el Poder Judicial de la Federación siguiera conociendo más asuntos de menores y así recobrar la verdadera misión y naturaleza de estas instituciones. La dificultad radicó en que los medios de defensa se encontraban en extremo limitados, no existía, bajo el marco jurídico de la época, la posibilidad de que los padres, un abogado o cualquier otra persona representara al menor en el procedimiento, solo podía intervenir en él el promotor de menores.

Esta situación fue motivo para que en un caso aislado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se pronunciara nuevamente y declarara inconstitucional a la Ley que Crea el Consejo Tutelar para Menores en el amparo en revisión 51130/90 del menor Héctor Salgado, donde se contempla esta falta de medios de defensa.

La situación de los menores infractores bajo el sistema tutelar, fue ampliamente criticada por los doctrinarios durante muchos años en nuestro país y

en el extranjero, y fue hasta 1985 cuando en el ámbito internacional se cuestiona al sistema tutelar. En este año las Naciones Unidas expiden las llamadas "Reglas de Beijing" de Pekín que son reglas mínimas para la administración de Justicia de Menores. Luego de algunos otros documentos internacionales relacionados con la materia, el 2 de enero de 1991, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto promulgatorio de la Convención de los Derechos del Niño, en donde se reconoce el principio de legalidad para el juzgamiento de menores, el principio de presunción de inocencia, la garantía de defensa y otras garantías de naturaleza procesal que armonizan con las consagradas en nuestra Constitución.

Como consecuencia, el 24 de diciembre de 1991, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Esta Ley deroga lo relativo a las facultades de los jueces de Distrito en materia de menores infractores, contempladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 1988 y abrogó la Ley que Crea el Consejo Tutelar para Menores en el Distrito Federal y junto con ella, al sistema tutelar a nivel federal.

A esta nueva ley se le ha denominado doctrinariamente como "garantista" y se identifica plenamente con la justicia penal y no con la justicia social como se trato de identificar al sistema tutelar.

La ley en comento, además de contemplar la mayoría de las instituciones procesales de la justicia penal establece como ley supletoria el Código Federal de Procedimientos Penales, en razón de ser una Ley Federal.

Si bien es cierto que, el sistema tutelar es imperante en este momento en la mayoría de los Estados de la República, el sistema garantista tiende a ganar terreno hasta unificar el criterio en todo el país, como lo establece la propia ley.

El Consejo de Menores como consecuencia, es un Tribunal con funciones eminentemente jurisdiccionales, pese a que formalmente se trate de un órgano administrativo con autonomía técnica que depende de la Secretaría de Gobernación como lo establece el artículo cuarto de la Ley.

La calidad de tribunal que se le concede al Consejo de Menores del Distrito Federal fue reconocido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia al resolver la contradicción de Tercer número 17/94. En esta Ejecutoria que integra jurisprudencia, se discute la procedencia del Amparo Directo en contra de las resoluciones de la Sala Superior del Consejo de Menores en razón de la naturaleza

del órgano que la emite y como consecuencia, la competencia de los Tribunales Colegiados para conocer de los mismos.

En la Tesis de Jurisprudencia a la que se hace alusión se determina que en ~~contra de las resoluciones emitidas por la Sala Superior del Consejo de Menores~~ para el Distrito Federal, el único medio de impugnación procedente es el amparo directo o uni-instancial, y que son competentes para conocer de éste son los Tribunales Colegiados de Circuito.

Esta Tesis si bien clarifica en forma precisa la naturaleza de dicho órgano y con ello rompe la resistencia de los autores y juristas simpatizantes con el sistema tutelar, generó en la práctica un problema que repercute en perjuicio de los menores que solicitan amparo en contra de las resoluciones de la Sala Superior del Consejo de Menores. Tal parece que la Suprema Corte vuelve, como en el caso de la Tesis Castañeda, a poner candados al derecho de los menores a defenderse de las decisiones del Consejo por la vía de amparo.

La problemática radica en lo siguiente:

Cuando es dictada una resolución definitiva (sentencia) que condene al tratamiento en internación (privación de la libertad), la ley para menores infractos dispone que a partir de esa fecha la primera revisión del tratamiento aplicado se dará en seis meses, para continuar las posteriores evaluaciones cada trimestre. De la valoración de dichas evaluaciones depende la posibilidad de que el menor pueda obtener su libertad.

En el amparo directo por disposición expresa del actual artículo 171 de la Ley de Amparo, la autoridad responsable debe suspender los efectos del acto reclamado desde el momento de presentarse la demanda de amparo. En el caso concreto, el menor que interponga el amparo directo en contra de la resolución de la Sala Superior debe esperar que éste sea resuelto para que, en el caso de ser negado, inicie el tratamiento y el mencionado término de seis meses para su primer evaluación, tiempo que puede prolongarse por varios meses de acuerdo a la carga de trabajo del Tribunal Colegiado que habrá de conocer del amparo. Tiempo en que al menor no se le dará tratamiento alguno.

Es importante recordar que las consecuencias de la ejecución de una sentencia penal en adultos es diferente a la de los menores, ya que al adulto que está en prisión preventiva, no le corre ningún beneficio ser trasladado a un centro penitenciario, sino por el contrario, le puede perjudicar, y en el caso de menores, al

ser internado, su tratamiento empieza a aplicarse de inmediato, a menos que sea suspendido por razón de que se haya interpuesto un amparo directo.

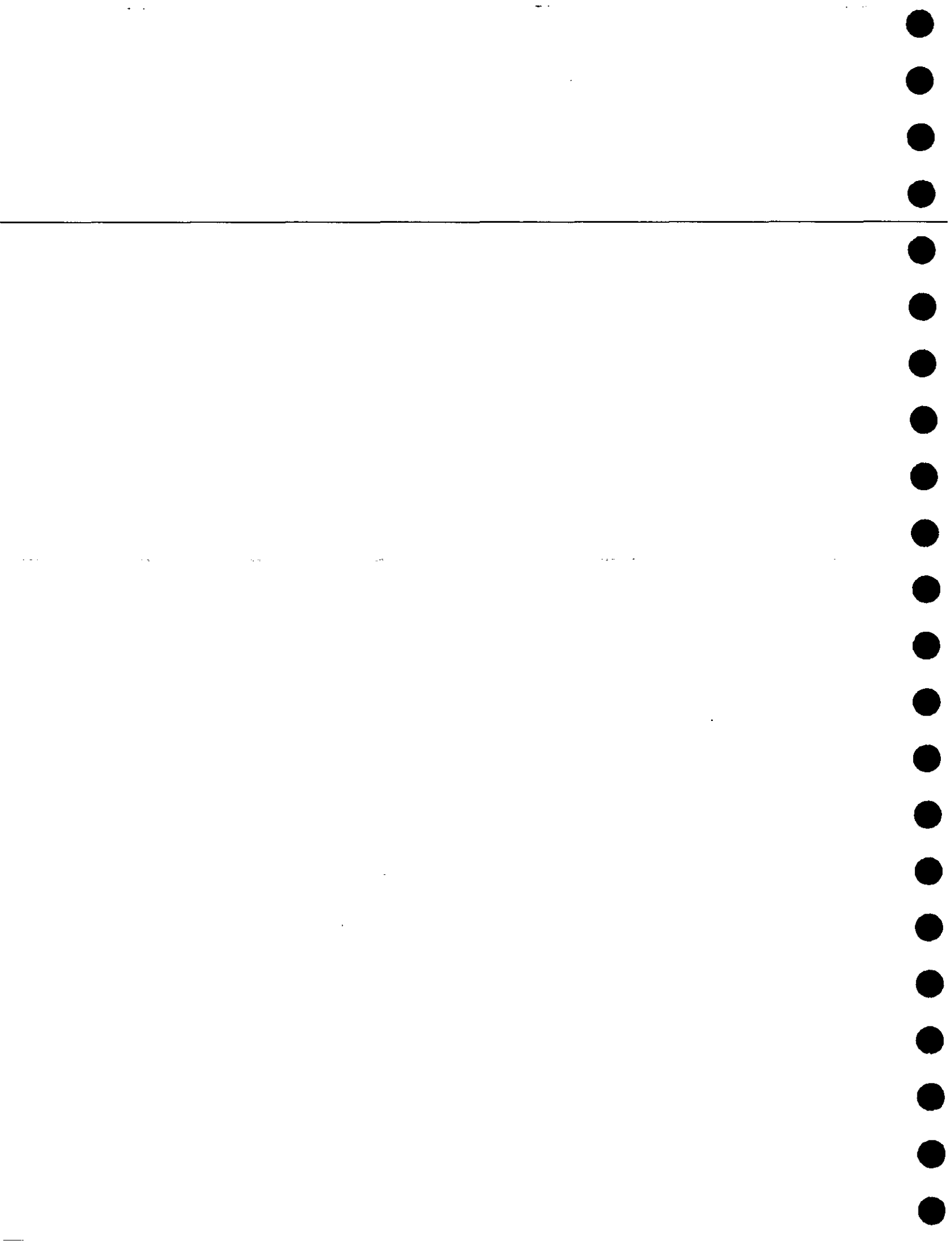
Como mencionamos, este es un candado gravísimo ya que obliga al menor, a sus padres o a la defensa a introducirse en la encrucijada de decidir entre una revisión próxima en donde el menor pueda alcanzar la libertad consintiendo una injusticia o sacrificar esta posibilidad de libertad en pro de una resolución justa.

Atendiendo a que el amparo en materia de menores ante la nueva tendencia garantista es novedoso, es de suponer que la legislación actual no toma en cuenta el problema y actualmente sería plausible contemplarle en las reformas que se planteen a la ley de Amparo.

Una posible solución es promover una salvedad en dicho artículo 171, para que en el caso de menores infractores, se procediese de acuerdo con el artículo 170 de esta ley.

Este último artículo, relacionado con la suspensión en el amparo indirecto, permite la posibilidad de que la suspensión del acto reclamado sea a petición de parte; por lo que se les deja a éstas la facultad de valorar la conveniencia o no de la medida suspensiva, a diferencia del amparo directo en donde la suspensión opera de oficio.

Adoptar esta fórmula en el caso de amparo directo en materia de menores permitirá que el tratamiento se aplique al menor, en tanto se analiza la validez constitucional de la resolución, permitiendo que las dos posibilidades de recobrar su libertad corran paralelas y no que el optar por una aniquile a la otra.



Capítulo Quinto

Conclusiones

UNAM Facultad de Derecho

CAPITULO QUINTO

CONCLUSIONES

1. La Escuela Clásica del derecho penal encabezada por Carrara, tiene como uno de sus pilares fundamentales la voluntad del sujeto para violar el derecho, de allí que el conocer el grado de discernimiento del delincuente es vital para la aplicación de la pena, sin embargo, tratándose de los delincuentes jóvenes, propone una excepción a su teoría, ya que como lo reconoce, por razones de política penal, los menores de cierta edad deben ser considerados como irresponsables en el derecho penal y por ello deben quedar fuera de éste y en caso de otros menores con mayor edad propone medidas de menor dureza que con los adultos.

La Escuela Clásica propone entonces, un trato diferenciado para los menores con discernimiento y excluye del derecho penal a ciertos menores de edad, por razones de eminente política criminal.

2. Al discutir la ineficacia de la coacción psicológica de la pena en que se basa la Escuela Clásica, la Escuela Correccionalista de Roeder incorpora un sentido a la pena, ya que propone que ésta debe estar encaminada a corregir la corrupción de la voluntad del delincuente, por medio de la educación y de la religión.

Ambas teorías, sirvieron de base para la adopción de instituciones penales en un gran número de Códigos en el mundo, inclusive el mexicano en 1872, y que han sido calificados como correccionalistas.

3. La Escuela Positivista, reduce a su mínima expresión las garantías y derechos de las personas, en materia de proceso, cuando se encuentran frente al Estado por la comisión de un delito y permite que éste actúe en forma directa, sin interrupciones y sin limitaciones, en la lucha contra la delincuencia.

Este sistema se ideó para el control general de la delincuencia, sin embargo, tal parece que los países se negaron a renunciar a los derechos y garantías liberales que con tanto esfuerzo habían logrado, por lo que solamente algunas ideas se incorporaron a la legislación de adultos. Sin embargo, respecto de la justicia de menores el caso no fue similar. En éste, como los menores no son considerados

ciudadanos y sujetos a la patria potestad, el sistema positivista parecía un sistema penal muy conveniente para el control de la delincuencia juvenil.

4. A fines del siglo XIX la novedosa doctrina positivista penal y los postulados de la Escuela Clásica eran discutidos en asociaciones internacionales como la Unión Internacional del Derecho Penal y la Sociedad General de Prisiones, que agrupaban a un número importante de doctrinarios, legisladores, jueces y políticos de la época preocupados por el fenómeno penal. Ante lo radical de las posiciones que postulaban una y otra escuela, Franz Von Liszt propuso como opción su teoría de la Política Criminal, que era una amigable composición ecléctica de sistemas e instituciones tomadas de ambas escuelas. La propuesta, que fue aceptada por las asociaciones, tenía como objeto el que los Estados adoptaran estos principios para una lucha más eficaz en contra de la delincuencia. Esta propuesta contempla, respecto de la lucha en contra de la delincuencia juvenil, reemplazar la prisión para los jóvenes, por medidas educativas; descartar el criterio del discernimiento y regular la educación protectora, extendiéndose a los casos de abandono moral.

Esta idea y el establecimiento del Primer Tribunal para Menores en Estados Unidos en 1899 animaron a las naciones para que en 1911 se realizara el Primer Congreso Internacional para Menores en la ciudad de París, en el que se marcan en forma clara las políticas que los estados deben tomar para el tratamiento de la delincuencia juvenil.

5. El tema de la justicia de menores a nivel teórico y dogmático ha sido marcado principalmente por las políticas internacionales.

La razón predominante que se utilizó para dar un tratamiento distinto a los sujetos en la comisión de un delito fue considerar a los menores de edad como inimputables y por ello, no debían ser sujetos del derecho penal.

Bajo este sistema y discurso se permitió una respuesta directa, inmediata y sin obstáculos del Estado, irrespetuosa de los derechos humanos y las garantías constitucionales respecto de un sector importante de la delincuencia, como lo es la juvenil.

6. Al realizar un análisis de la legislación, sus exposiciones de motivos, opiniones doctrinarias y las resoluciones de la Suprema Corte que han estado vigentes a lo largo de la historia de la justicia de menores en México. Podemos rescatar independientemente de la doctrina que haya animado a la legislación referente a

menores, sea liberal, positivista o tutelar, la existencia de un tratamiento diferente para los que el Estado ha considerado como "no sujetos del derecho penal de adultos".

7. El límite de la edad penal no ha sido resultado de observaciones o estudios científicos, sino que su establecimiento responde únicamente a razones de política criminal. Así como el Código de Martínez de Castro consideró irresponsables a los menores de 9 años y sujetó a prueba de discernimiento a los menores de 14, la Ley Villa Michel de 1928, eliminó dicha prueba al aumentar la edad penal a los 15. Posteriormente el Código de Almaraz, por conveniencias prácticas, sin alegar la inimputabilidad del menor, aumenta la edad penal a los 16 años, y finalmente el Código Penal de 1931 la eleva a los 18, sin que a la fecha haya existido modificación con las posteriores legislaciones.

8. Por lo que hace a las *hipótesis de intervención estatal*, o sea, las razones por las que el Estado podía intervenir en las libertades de un menor de edad encontramos que la legislación adoptó en su evolución los principios de legalidad-tipicidad y peligrosidad sin continuidad en las siguientes legislaciones, sin embargo, formalmente la mayoría de las legislaciones respetaron el principio de legalidad-tipicidad.

El Código de Martínez de Castro de 1872 contempló exclusivamente como hipótesis de intervención estatal la comisión de un delito. Debemos recordar que la vagancia y otras conductas que posteriormente fueron calificadas como infracciones, en éste código eran consideradas como delitos.

La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores de 1991, retorna nuevamente al principio de legalidad-tipicidad al conceder jurisdicción al Consejo solamente en la comisión de conductas tipificadas en las leyes penales, para los menores de 18 años o los mayores de esta edad que hubiesen realizado la conducta cuando eran menores.

9. A partir de 1926 se crea una jurisdicción colegiada para el juzgamiento de menores, en cuya integración se admiten, dado al tipo de procedimiento positivista, profesiones diferentes de la abogacía y es hasta 1991, con un procedimiento eminentemente jurídico cuando se retorna a un juzgador único, con profesión de abogado.

No existe fundamento constitucional para la existencia de una jurisdicción especial para el juzgamiento de menores en conflicto con la ley penal.

10. Luego de la inclusión obligada de un procedimiento totalmente ajeno a un sistema respetuoso de los derechos constitucionales en el proceso penal, como al que ha aspirado nuestro país desde la Constitución de 1917, el proceso para erradicarlo ha durado aproximadamente 70 años, y aun ahora, con una pretendida legislación promotora de las garantías individuales se conservan instituciones proteccionistas que desquician a nuestro orden jurídico.

11. Si bien en forma parcial en la Ley que Crea el Consejo Tutelar para Menores (1974-1991), se crean estructuras, instituciones, presupuestos, etc., especiales para el tratamiento integral del problema de la justicia de menores, no podemos asegurar que se trata de un derecho especial derivado del actuar de tutela del Estado, ya que en sus estructuras, procedimientos, consecuencias jurídicas, autoridades, hipótesis de intervención estatal, se encuentran rasgos perfectamente identificables con teorías y legislaciones basados en modelos penales, que si bien, no fueron exitosos en México para la justicia de penal de adultos, por principios constitucionales irrenunciables, no significa que desde su inicio no hayan sido diseñados para atacar a la delincuencia. Por otro lado, todas las demás legislaciones que han tratado el tema se encuentran íntimamente ligadas a las estructuras, procedimientos, leyes y Códigos que han regido al sistema de justicia penal en nuestro país.

12. De igual manera a partir de 1928 hasta 1991 el procedimiento seguido en las instituciones dedicadas a la justicia de menores es un procedimiento que mira principalmente a la observación del sujeto para determinar su antisocialidad y diseñar un tratamiento para su resociabilización, principio emanado de la escuela positivista penal.

Además, resulta importante identificar que si el principal fundamento utilizado para que el Estado, dentro de su actuar en contra de la delincuencia contemple un sistema de justicia diferente para los menores de edad, ha sido que se les considere como faltos de discernimiento en un principio, y como inimputables posteriormente, con en nuevo marco jurídico y la Doctrina de Protección Integral de niños justificar esta separación en la posibilidad de un mejor pronóstico de readaptación.

Con este criterio se eliminarían las reiteradas discusiones respecto de la edad penal y sería posible la homologación de ésta a nivel nacional, ya que tratar continuar sosteniendo doctrinariamente a la inimputabilidad de los menores, es en extremo complicado.

13. Es importante que se considere la creación de tribunales o consejos especializados a nivel federal, encargados de la aplicación de las leyes penales federales en materia de menores delincuentes, que dependan del Poder Judicial de la Federación, en donde se garantice su independencia jurídica y su plena autonomía.

Es necesaria una modificación constitucional y legislativa que permita a la autoridad encargada de menores infractores, contar con una base constitucional clara, en la que se contemple la jurisdicción especial para menores como lo existe en materia agraria, en materia del trabajo, en materia administrativa, etc. Pero ante la trascendencia del valor de la libertad y de los presupuestos penales, objeto de su competencia, es necesario dotarlos de calidad y jerarquía constitucional, logrando su independencia de las autoridades administrativas, incorporándolos a los poderes judiciales estatales y federal.

En el ámbito federal proponemos entonces, la creación de un Tribunal Federal para Menores Infractores que se integre por uno o varios juzgados de menores en cada Estado de la República de acuerdo a los datos estadísticos criminales existentes, y cuente también con Salas regionales de apelaciones que resuelva las inconformidades y recursos en contra de las resoluciones de los Consejeros o Jueces de menores. Por supuesto, a este Tribunal Federal debe garantizarse su total autonomía y pertenecer al Poder Judicial de la Federación y no al ejecutivo como sucede actualmente.

14. En el ámbito estatal, es conveniente ajustar las legislaciones a los principios marcados por la Doctrina de Protección Integral y el espíritu de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, aunque superando, por supuesto, todas las deficiencias e incongruencias que ésta posee. De esta forma se crearía dentro de la jurisdicción de los Tribunales Superiores de Justicia Estatales, juzgados o consejos jurisdiccionales y Salas especiales para menores de edad y se eliminaría las dificultades que actualmente se presentan en ocasiones por la falta de autoridades competentes para juzgar a los menores.

15. Por razones de eficiencia, recursos y con el objeto de evitar el desquiciamiento de nuestro sistema constitucional respecto de la persecución de los delitos, además de garantizar la independencia la representación social, y disminuir los niveles de impunidad por impericia o falta de recursos, es de vital importancia que la figura del Comisionado de menores se funda con la del Ministerio Público bajo las estructuras de las procuradurías, ya sea estatales o la

federal y deje de depender de la Secretaría de Gobernación al igual de la defensa y el órgano jurisdiccional.

Resulta de vital importancia adecuar la legislación de menores a los principios constitucionales de defensa, con el objeto de que el menor de edad o el adulto sujeto a la jurisdicción del Consejo pueda, por sí mismo y sin la intervención de su abogado, representantes o padres, ofrecer pruebas, presentar alegatos y sobre todo, apelar las decisiones del Consejero Unitario.

16. Con el objeto de que las medidas de tratamiento que se aplican a los menores puedan cumplir realmente con sus objetivos, además de garantizar la seguridad jurídica al menor, así como los principios de proporcionalidad y equidad, es necesario abandonar por completo el criterio proteccionista y establecer con claridad, como se hace con las medidas de tratamiento en externación, que el Consejero al dictar su resolución, debe fijar con exactitud, tomando en cuenta la gravedad de la infracción y el resultado de los estudios del Comité Técnico Interdisciplinario, el periodo de tiempo que el menor debe estar privado de su libertad, independientemente de que se hagan evaluaciones periódicas de su tratamiento.

Con el objeto de abandonar por completo dicho criterio positivista, respecto a las sentencias indeterminadas, debemos reconocer que en la ley para menores, la resolución definitiva, cuando no ha sido impugnada, causa estado, independientemente de que sea el tratamiento el que pueda ser evaluado.

Capítulo Sexto

Propuestas

UNAM Facultad de Derecho

CAPITULO SEXTO

PROPUESTAS

Derivado de nuestras anteriores observaciones, deseo hacer patente algunas propuestas en torno al tema.

1. En principio, es necesario aceptar en forma abierta y sin eufemismos tanto doctrinarios como legislativos y jurisprudenciales que el tema de la delincuencia de menores es un problema que se inscribe dentro del ámbito penal y no social.

Lo anterior nos permitirá abordar con reglas jurídicas y doctrinales, mas claras y precisas a las instituciones estatales creadas para la atención de los menores delincuentes. Con ello, el margen de incertidumbre y arbitrariedad se reducirá en beneficio de una mayor seguridad jurídica y de la legitimación ciudadana de estas instituciones.

Por otro lado, nos posibilitará a realizar análisis mas profundos en la materia al eliminar el tabú de lo sociológico y lo científico, temas a los que muchos abogados rehuyen.

2. De igual forma, es necesario reconocer que si la legislación y la doctrina que florecieron desde el principio del presente siglo respecto a la delincuencia juvenil, ofrecía un margen muy amplio de discusión y duda en torno a la naturaleza, la adopción de los principios de la Doctrina de Protección Integral y la obligación de respetar y hacer valer las garantías constitucionales en la actuación de las autoridades de menores, anula la posibilidad de negar que la justicia de menores pertenece al ámbito penal del Estado.

3. Además, resulta importante identificar que si el principal fundamento utilizado para que el Estado, dentro de su actuar en contra de la delincuencia contemple un sistema de justicia diferente para los menores de edad, ha sido que se les considere como faltos de discernimiento en un principio, y como inimputables posteriormente, con en nuevo marco jurídico y la Doctrina de Protección Integral debemos justificar esta separación en la posibilidad de un mejor pronóstico de readaptación.

Con este criterio se eliminarían las reiteradas discusiones respecto de la edad penal y sería posible la homologación de ésta a nivel nacional, ya que tratar continuar sosteniendo doctrinariamente a la inimputabilidad de los menores, es en extremo complicado.

4. Por otro lado, pese a que la actual Ley nombre a las consecuencias jurídicas de la violación de una ley penal como medidas de tratamiento, debemos reconocer que no se tratan de medidas de seguridad, sino que sus características las identifican plenamente con las penas.

5. Es necesario identificar que cuando la Ley habla de participación del menor en la infracción, no se refiere a la participación en términos de la doctrina positivista, sino se refiere a la responsabilidad penal.

6. Es importante que se considere la creación de tribunales o consejos especializados a nivel federal, encargados de la aplicación de las leyes penales federales en materia de menores delincuentes, que dependan del Poder Judicial de la Federación, en donde se garantice su independencia jurídica y su plena autonomía.

Es necesaria una modificación constitucional y legislativa que permita a la autoridad encargada de menores infractores, contar con una base constitucional clara, en la que se contemple la jurisdicción especial para menores como lo existe en materia agraria, en materia del trabajo, en materia administrativa, etc. Pero ante la trascendencia del valor de la libertad y de los presupuestos penales, objeto de su competencia, es necesario dotarlos de calidad y jerarquía constitucional, logrando su independencia de las autoridades administrativas, incorporándolos a los poderes judiciales estatales y federal.

En el ámbito federal proponemos entonces, la creación de un Tribunal Federal para Menores Infractores que se integre por uno o varios juzgados de menores en cada Estado de la República de acuerdo a los datos estadísticos criminales existentes, y cuente también con Salas regionales de apelaciones que resuelva las inconformidades y recursos en contra de las resoluciones de los Consejeros o Jueces de menores. Por supuesto, a este Tribunal Federal debe garantizarse su total autonomía y pertenecer al Poder Judicial de la Federación y no al ejecutivo como sucede actualmente.

7. En el ámbito estatal, es conveniente ajustar las legislaciones a los principios marcados por la Doctrina de Protección Integral y el espíritu de la Ley

para el Tratamiento de Menores Infractores, aunque superando, por supuesto, todas las deficiencias e incongruencias que ésta posee. De esta forma se crearía dentro de la jurisdicción de los Tribunales Superiores de Justicia Estatales, juzgados o consejos jurisdiccionales y Salas especiales para menores de edad y se eliminaría las dificultades que actualmente se presentan en ocasiones por la falta de autoridades competentes para juzgar a los menores.

8. Por razones de eficiencia, recursos y con el objeto de evitar el desquiciamiento de nuestro sistema constitucional respecto de la persecución de los delitos, además de garantizar la independencia la representación social, y disminuir los niveles de impunidad por impericia o falta de recursos, es de vital importancia que la figura del Comisionado de menores se funda con la del Ministerio Público bajo las estructuras de las procuradurías, ya sea estatales o la federal y deje de depender de la Secretaría de Gobernación al igual de la defensa y el órgano jurisdiccional.

9. Resulta de vital importancia adecuar la legislación de menores a los principios constitucionales de defensa, con el objeto de que el menor de edad o el adulto sujeto a la jurisdicción del Consejo pueda, por sí mismo y sin la intervención de su abogado, representantes o padres, ofrecer pruebas, presentar alegatos y sobre todo, apelar las decisiones del Consejero Unitario.

10. Con el objeto de que las medidas de tratamiento que se aplican a los menores puedan cumplir realmente con sus objetivos, además de garantizar la seguridad jurídica al menor, así como los principios de proporcionalidad y equidad, es necesario abandonar por completo el criterio proteccionista y establecer con claridad, como se hace con las medidas de tratamiento en externación, que el Consejero al dictar su resolución, debe fijar con exactitud, tomando en cuenta la gravedad de la infracción y el resultado de los estudios del Comité Técnico Interdisciplinario, el periodo de tiempo que el menor debe estar privado de su libertad, independientemente de que se hagan evaluaciones periódicas de su tratamiento.

Con el objeto de abandonar por completo dicho criterio positivista, respecto a las sentencias indeterminadas, debemos reconocer que en la ley para menores, la resolución definitiva, cuando no ha sido impugnada, causa estado, independientemente de que sea el tratamiento el que pueda ser evaluado.

11. Para hacer a ésta legislación mas congruente con los principios de proporcionalidad y equidad, así como colmar la necesidad del Estado por planear

un tratamiento eficaz al menor de edad en conflicto con la ley penal, es importante que el término que un menor puede estar privado de la libertad establecido en el artículo 119 y que actualmente es de cinco años, sea aumentado diez años.

12. Resulta trascendente que el Estado destine un aumento de recursos económicos para acrecentar en número y en profesionalización a los centros de tratamiento, con el propósito de que sus objetivos no se vean frustrados por estas causas. De igual manera, es vital establecer los mecanismos que busquen la operatividad de las medidas de orientación y protección establecidas en la ley, ya que en la actualidad son letra muerta.

13. Con la intención de no limitar la posibilidad de defensa del menor en contra de la resolución de la Sala Superior, sin que ello represente un perjuicio que corra en su contra, porque el tratamiento establecido en la sentencia no le pueda ser aplicado, se sugiere la modificación del artículo 171 de la ley de amparo, con el objeto de que en el caso de que el amparo directo sea interpuesto en contra del Consejo de menores la suspensión del acto reclamado no opere de oficio, sino a petición de parte.



Bibliografía

UNAM Facultad de Derecho

BIBLIOGRAFIA

A

- Acero, Julio. *Procedimiento Penal*. Editorial Cajica. Puebla, Puebla. México, 1976.
- Acevedo Blanco, R. *Manual de Derecho Penal*. Editorial Temis. Colombia, 1983.
- Albertch, Peter Alexis. *El Derecho Penal de Menores*. P.P.U.. Barcelona, 1990.
- Almaráz, José. *Algunos errores y absurdos de la legislación penal de 1931*. Editorial S.E. México, 1941.
- Almaráz, José. *Exposición de Motivos del Código Penal*. Editorial S.E.. México, 1931.
- Antolisei, Francesco. *Manual de Derecho Penal*. Editorial Temis. Colombia, 1988.
- Arilla Bas, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*. Editorial Kratos. México, 1991.
- Azaola, Elena. *La Institución Correccional en México*. Siglo XXI. México, 1990.

B

- Bacigalupo, Enrique. *Estudios de Derecho Penal y Política Criminal*. Cárdenas Editores. México, 1989.

Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Editorial Temis. Colombia, 1989.

Bauman, Jürgen. *Derecho Procesal Penal*. Ediciones de Palma. Buenos Aires, Argentina, 1989.

Beccaria, César. *Tratado de los Delitos y de las Penas*. Editorial Porrúa. México, 1990.

Bonger, W.A.. *Introducción a la Criminología*. Fondo de Cultura Económica. México, 1943.

Borja Osorno. *Derecho Procesal Penal*. Cajica. México, 1969.

Briseño Sierra, Humberto. *El Enjuiciamiento Penal Mexicano*. Editorial Trillas. México, 1991.

C

Cantanero, Rocío. *Derecho Penal y Procesal de Menores*. Editorial Monte C. Madrid, España, 1988.

Cárdenas F., Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 1982.

Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 1991.

Carranca y Trujillo, Raúl. *Código Penal*. Porrúa. México, 1991.

- Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Editorial Temis. Colombia, 1988.
- Castellanos, Fernando. *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*. Editorial Porrúa. México, 1981.
- Ceniceros, José Angel y Garrido, Luis. *La Delincuencia Infantil en México*. Ediciones Botas. México, 1936.
- Ceniceros, José Angel y Garrido, Luis. *La ley Penal Mexicana*. Editorial Botas. México, 1934.
- Ceniceros, José Angel. *El Código Penal de 1931*. Editorial La Justicia. México, 1977.
- Ceniceros, José Angel. *El Nuevo Código Penal*. Editorial Talleres Gráficos de la Nación. México, 1931.
- Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa. México, 1992.
- Cortes Ibarra, Miguel Angel. *Derecho Penal*. Cárdenas Editores. México, 1987.
- Cuello Calón, Eugenio. *Criminalidad Infantil y Juvenil*. Imprenta Clarasó. Barcelona, España, 1933.
- Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal*. Bosch. Barcelona, España, 1980.

Cuello Calón, Eugenio. *Tribunales para niños*. Librería General de Vitoriano Suárez. Madrid, España, 1917.

Chiosonof, Tulio. *Transtornos de la Conducta Juvenil*. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas, Venezuela, 1968.

D

David, Pedro R. *Sociología Criminal Juvenil*. De Palma. Buenos Aires, Argentina, 1979.

De Antonio, Daniel Hugo. *El Menor Ante el Delito*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1978.

De la Garza, Fidel. *La Cultura del Menor Infractor*. Editorial Trillas. México, 1987.

Díaz De León, Marco Antonio. *Tratado sobre las Pruebas Penales*. Editorial Porrúa. México, 1991.

Díaz Palos, Fernando. *Teoría General de la Imputabilidad*. Bosch. Barcelona, España, 1965.

Dolto, Feanocise. *La Causa de los Adolescentes*. Seix. Barral. México, 1992.

Dorado Montero, Pedro. *Bases para un Nuevo Derecho Penal*. Editorial De Palma. Buenos Aires, Argentina, 1973.

Dorado Montero, Pedro. *El Derecho Protector de los Criminales*. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, España, 1915.

E

Elbert, Carlos A. *Ley Judicial Juvenil Anotada de la República Federal de Alemania*. De Palma. Buenos Aires, Argentina, 1982.

F

Falcioni, Marta Beatriz. *Imputabilidad*. Abelardo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1987.

Fernández Albor. *Delincuencia Juvenil*. Universidad de Santiago. Chile, 1973.

Ferreira Delgado, José Francisco. *Teoría General del Delito*. Editorial Temis. Colombia, 1988.

Ferri, Enrico. *Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*. Centro Editorial de Góngora. Madrid, España, 1887.

Ferri, Enrico. *Principios de Derecho Criminal*. Editorial Reus. Madrid, España, 1933.

Ferri, Enrico. *Sociología Criminal*. Centro Editorial de Góngora. Madrid, España, 1907.

Florian, Eugenio. *De las Pruebas Penales*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1990.

Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar*. Editorial Siglo XXI. México, 1990.

Franco Sodi, Carlos. *El Procedimiento Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 1957.

G

Gaetano De Leo. *La Justicia de Menores*. Editorial Teide. Barcelona, España, 1981.

Galván Quiñones. *El Menor Delincuente*. Universidad Autónoma de Sinaloa. México, 1988.

Gamboa De Trejo, Ana. *Criminología y Menores Infractores*. Universidad Veracruzana. Xalapa, Veracruz, México, 1995.

García Mendez, Emilio. *Infancia, Adolescencia y Control Social*. De Palma. Buenos Aires, Argentina, 1990.

García Ramírez Sergio y Adato, Victoria. *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 1985.

García Ramírez, Sergio. *Derecho Penal*. UNAM. México, 1990.

García Ramírez, Sergio. *El Artículo 18 Constitucional. Prisión Preventiva. Sistema Penitenciario. Menores Infractores*. Editorial Porrúa. México, 1977.

García Ramírez, Sergio. *La Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano*. UNAM I.I.J. México, 1968

García Ramírez, Sergio. *Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada*. Cárdenas Editores. México, 1978.

García Ramírez, Sergio. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Porrúa. México, 1993.

Garófalo, Ricardo. *La Criminología*. Editorial Daniel Jorro. Madrid, España, 1912.

Gersão, Eliana. *Tratamento Criminal de Jovens Delinquentes*. Coimbra. Portugal, 1968.

Gibson, Don. *Delincuentes Juveniles y Criminales*. F.C.E. México, 1969.

Gimenez, Esther y Otro. *Delincuencia Juvenil y Control Social*. Círculo Editor Universo. España, 1976.

González Bustamante, Juan José. *Derecho Procesal Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 1988.

González del Solar, José. *Delincuencia y Derecho de Menores*. De Palma. Buenos Aires, Argentina, 1986.

González Quintanilla, José Arturo. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 1987.

Guajardo, Samuel. *Delincuencia Infantil*. Dirección General de Prisiones. Santiago de Chile, 1940.

H

Hassamer, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Bosch. Barcelona, España, 1984.

Hernández López, Aarón. *Manual de Procedimientos Penales*. Pac. México, 1992.

Hernández Palacios, Aureliano. *Lineamientos Generales para una Legislación Tutelar de Menores*. S/E. Xalapa, Veracruz, México, 1971.

Herrera Ortiz, Margarita. *Protección Constitucional de los Delincuentes Juveniles*. Humanitas. México, 1987.

I

Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Derechos de la Niñez*. UNAM. México, 1990.

Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida*. Editorial Trillas. México, 1991.

J

- Jescheck Heinrich, Hans. *Tratado de Derecho Penal*. Bosch. Barcelona, España, 1978.
- Jiménez De Asua, Luis. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, Argentina, 1989.
- Joly, Enrique. *La Infancia Delincuente*. Editorial Administración. Madrid, España, 1923.
- Jornadas de Estudios de la Legislación del Menor. *Consejo Superior de Protección a Menores*. Ministerio de Justicia. España, 1985.

K

- K. Friedlander. *Psicoanálisis de la Delincuencia Juvenil*. Paidós Estudios. México, 1987.
- Kaufman, Hilde. *Delinquentes Juveniles*. Editorial De Palma. Buenos Aires, Argentina, 1983.

L

- Lando, Juan Carlos. *Protección al Menor*. De Palma. Buenos Aires, Argentina, 1957.
- Lardizabal y Uribe, Manuel. *Discursos sobre las Penas*. Editorial Porrúa. México, 1982.

Lombroso, César y Ferri, Enrico. *La Escuela Criminológica Positivista*. Editorial La España Moderna. Madrid, España. 1885.

López Riocerezo, José María. *Delincuencia Juvenil, Profilaxis y Terapéutica*. Editorial Vicente Suárez. Madrid, España, 1963.

Losano, José María. *Derecho Penal Comparado*. Imprenta del Comercio de Nabor Chávez. México, 1874

Lozano E., Godofredo. *Régimen Jurídico Social de la Menor Edad*. El Ateneo. Buenos Aires, Argentina, 1944.

M

Maggiore, Guiseppe. *Derecho Penal*. Editorial Temis. Colombia, 1989.

Mancilla Ovando, Jorge Alberto. *Teoría Legalista del Delito*. Editorial Porrúa. México, 1989.

Marín Hernández, Genia. *Historia de las Instituciones de Tratamiento para Menores Infractores del D.F.* C.N.D.H. México, 1991.

Márquez Piñero, Rafael. *Criminología*. Editorial Trillas. México, 1991.

Marquez Piñero, Rafael. *Derecho Penal*. Editorial Trillas. México, 1991.

Martínez López, Antonio. *Rehabilitación del Menor Desadaptado Social*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Colombia, 1976.

Martínez Pineda, Angel. *El Proceso Penal y su Exigencia Intrínseca*. Editorial Porrúa. México, 1993.

Medina y Ormaechea, Antonio. *Código Penal Mexicano*. Imprenta del Gobierno en Palacio. México, 1880.

Memoria del Foro. *Análisis y Seguimiento de Acciones en Favor de la Niñez después de la Cumbre de la Infancia*. C.N.D.H. México, 1992.

Mezger, Edmund. *Derecho Penal*. Parte General. Cárdenas Editores. México, 1990.

Mir Piug, Santiago. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Bosch. España, 1982.

Middendorff, Wolf. *Criminología de la Juventud*. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1963.

O

Oleasa Muñido, Francisco Felipe. *Las Medidas de Seguridad*. Bosch. Barcelona, España, 1984.

- Orellana, Wiaraco, Octavio Alberto. *Teoría del Delito*. Editorial Porrúa. México, 1994.
- Ortega Costales, José. *Prevención de las Infracciones de Menores*. Editorial Universidad de Navarra. Pamplona, España, 1977.

Osorio y Nieto, César Augusto. *La Averiguación Previa*. Editorial Porrúa. México, 1985.

Osorio y Nieto, César Augusto. *Síntesis de Derecho Penal*. Editorial Trillas. México, 1991.

P

P. Moreno. Antonio. *Curso de Derecho Penal Mexicano*. Jus. México, 1944.

Pallares, Eduardo. *Prontuario de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa. México, 1989.

Pavón Vasconcelos, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 1991.

Pavón Vasconcelos, Francisco. *Imputabilidad e Inimputabilidad*. Porrúa. México, 1983.

Pavón Vasconcelos, Francisco. *La Causalidad en el Delito*. Jus. México, 1977.

Pelaez, Michelangelo. *Introducción al Estudio de la Criminología*. Editorial De Palma. Buenos Aires, Argentina, 1982.

Peña, Alfredo. *Delito Juvenil*. Ministerio de Justicia. Caracas, Venezuela, 1978.

Piña y Palacios, Javier. *Memoria del 1er. Congreso Mexicano de Derecho Penal*. UNAM. México, 1981

Platt, Anthony. *Los Salvadores del Niño o la Invención de la Delincuencia*. Editorial Siglo XXI. México, 1982.

Polaino Navarrete, Miguel. *Derecho Penal*. Bosch. Barcelona, España, 1984.

Porte Petit Candaudap, Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Editorial Porrúa. México, 1991.

Primer Congreso Nacional sobre el Régimen Jurídico del Menor. *Menor Régimen Jurídico en México*. P.G.R. México, 1973.

R

Ranieri, Silvio. *Manual del Derecho Penal*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1975.

Reyes Echandia, Alfonso. *Imputabilidad*. Editorial Temis. Colombia, 1989.

Rios Hernández, Onésimo. *Antropología de la Delincuencia Juvenil*. Editorial Porrúa. México, 1979.

Ríos Martín, Julian Carlos. *El Menor Infractor ante la Ley Penal*. Editorial Comares. Granada, España, 1993.

Rivera Silva, Manuel. *El Procedimiento Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 1983.

Rodríguez Devesa, José María. *Problemática Jurídica de la Delincuencia de Menores*. Editorial Universidad de Santiago de Compostela. España, 1973.

Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminalidad de Menores*. Editorial Porrúa. México, 1987.

Rodríguez Manzanera, Luis. *La Delincuencia de Menores en México*. Editorial Botas. México, 1970.

Rodríguez, Ricardo. *El Derecho Penal*. Secretaría de Fomento. México, 1902.

Rodríguez, Ricardo. *El Procedimiento Penal en México*. Secretaría de Fomento. México, 1899.

Roeder, C.D.A. *Estudio sobre Derecho Penal y Sistemas Penitenciarios*. Imprenta T. Fortanet. Madrid, España, 1875.

Romagnosi, Giandomenico. *Génesis del Derecho Penal*. Editorial Temis. Colombia, 1956.

Romero Casabona, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*. Bosch. España, 1986.

Romo Medina, Miguel. *Criminología y Derecho*. UNAM. México, 1989.

Roxin, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Reus S.A. España, 1981.

Ruíz Funes, Mariano. *Criminalidad de los Menores*. Imprenta Universitaria. México, 1953.

Ruíz Funes, Mariano. *La Defensa de los Menores y los Medios de Difusión*. Criminalia. México, 1958.

S

Sabater Tomas, Antonio. *Los Delincuentes Jovenes*. Editorial Hispano-Europea. Barcelona, España, 1976.

Sajón, Rafael. *Defensa Social y el Menor Infractor*. Terceras Jornadas Latinoamericanas de Defensa Social. México del 3 al 7 de diciembre de 1979.

Sanchez Galindo, Antonio. *Curso de Actualización y Motivación para Personal de Tratamiento a Menores en Estado Peligroso*. S.G. México, 1978.

Santiago Nino, Carlos. *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*. UNAM. México, 1989.

Sauer, Guillermo. *Derecho Penal*. Bosch. Barcelona, España, 1956.

Sodi, Demetrio. *Nuestra Ley Penal*. Librería de la Viuda de CH. Bouret. México, 1918.

Solis Quiroga, Héctor. *Educación Correctiva*. Editorial Porrúa. México, 1986.

Solis Quiroga, Héctor. *Justicia de Menores*. Editorial Porrúa. México, 1986.

Solis Quiroga, Héctor. *Los Menores Inadaptados*. Tesis Profesional, UNAM. México, 1933.

T

Tocaven García, Roberto. *Elementos de la Criminología Infanto Juvenil*. Porrúa. México, 1991.

Tocaven García, Roberto. *Menores Infractores*. Editorial Edical. México, 1976.

V

Varios. *Tratamiento Penal para Menores*. Caritas Española. España, 1989.

Vela Treviño, Sergio. *Antijuridicidad y Justificación*.-Editorial Trillas. México, 1990.

Vela Treviño, Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad*. Editorial Trillas. México, 1990.

Villalobos, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 1990.

Viñas, Raúl Horacio. *Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores*. Editorial EDIAR. Buenos Aires, Argentina, 1983.


Von Liszt, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Reus. Madrid, España, 1935.

W

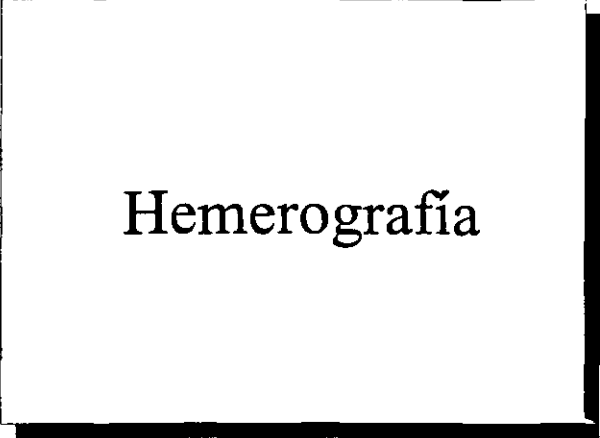
West, D.J. *La Delincuencia Juvenil*. Nueva Colección Labor. México, 1973.

Z

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Cárdenas Editores. México, 1986.



Hemerografía



UNAM Facultad de Derecho



HEMEROGRAFIA

A

Acosta, Francisco "Consideraciones Generales Sobre la Protección de la Infancia" : *En Criminalia* : México: Año XX, No. 9, Septiembre 1954, pp. 518-535.

Aguado S., Angel G; Zerpa Bravo, Dora; R. de Hernández, Judith "La Menor Edad como Limite de la Inimputabilidad" : *Relación criminológica* : Año V, No. 9, Julio-Diciembre 1972; pp. 213-224.

Albrecht, Hans-Jörg "Las Sanciones en el Derecho Penal de Menores una Comparación de las Medidas Privativas de Libertad y no Privativas de Libertad Bajo la Luz de la Investigación Criminológica" : *En Cuadernos del I.I.J.*: México: Año IV, No. 10, Enero-Abril 1989; pp.155-179.

Albrecht, Hans-Jörg "Las Sanciones en el Derecho Penal de Menores. Una Comparación de las Medidas Privativas de Libertad y no Privativas de Libertad Bajo la Luz de la Investigación Criminológica" : *Cuadernos del I.I.J.*:México: Año IV, No. 10, Enero-Abril 1989; pp.155-180.

Araujo Valdivia, Luis "Ensayo de Exposición": *En Criminalia*: Año XVIII, No. 7, Julio 1952; pp. 444-449.

Arce Dolores, Luisa "Delincuencia Juvenil " : *En Criminalia* : México : Año XII, No. 11, Noviembre 1946; pp. 489-500

Arguelles, Benjamín "La Delincuencia de los Adultos y los Menores en el D.F." : *Prevención Social* : Año I, No. 1, Junio 1943; pp. 3-12.

Arilla Baz Fernando "El Menor ante la Ley Penal Mexicana" : *En Criminalia* : México : Año XIX, No. 8, 1953; pag. 434.

B

Bacigalupo, Enrique "Estudio Comparativo sobre Regímenes en Materia de Menores Infractores de la Ley Penal" : *Ilanud* : Año 6 Nos. 17y 18, Agosto-Diciembre 1983; pp. 56-68.

Bayala, Manuel Alberto "Tribunales para Menores" : *En Criminalia* : México : Año XIV, No. 2, Febrero 1948 ; pp. 69-76.

Bedolla Rivera, Dolores "Prevención de la Delincuencia Juvenil": *En Criminalia* : Año VIII, No. 10 Junio 1942; pp. 634-636.

Benavides, Francisco de A. "El Código de Protección a la Infancia" : *En Criminalia* : México : Año VII, No. 4, Diciembre 1940; pp. 626-632.

Bernal de Bugada, Beatriz "La Responsabilidad Penal del Menor en la Historia del Derecho Mexicano" : *Revista Mexicana de Derecho Penal* : México: Cuarta Epoca, No. 9, Mayo-Agosto 1970; pp. 11-26.

Blasco y Fernández de Moreda, Francisco "Delincuencia Juvenil": *En Criminalia* : México : Año XX, No.5, Mayo 1954; pp.274-289.

Buentello, Edmundo "Algunos Aspectos de la Ideología y Terapéutica de la Delincuencia Infantil y Juvenil en México" : *En Criminalia* : México : Año XXXVII, No. 1, Enero 1971; pp. 35-45.

Buentello V., Edmundo "Algunas Reflexiones sobre la Delincuencia Infantil Azteca" : *En Criminalia* : México : Año XXI, No. 12, Diciembre 1955; pp. 785-791.

Buentello V., Edmundo "Los Menores de Conducta Antisocial" : *En Criminalia* : México : Año XXXIX, No. 7-8, 1973; pp. 177-191.

Buentello V., Edmundo "Una Hipótesis Patogénica de la Delincuencia Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año XXVIII, No. 1, Enero 1962; pp. 17-37.

Burgoa, Ignacio "Algunas Opiniones sobre la Iniciativa de Ley de los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales" : *En Criminalia*: México: Año XXXIX, No. 7, 8, 1973; pp.250-253.

C

Ceniceros, José Angel "La Protección del Menor como Función de Servicio Social del Estado" : *En Criminalia* : México : Año X, No. 5, Enero 1944; pp. 27

Colmenares, Octavio "Los Delincuentes Juveniles" : *En Criminalia* : México : Año XXVI, No. 1, Enero 1960; pp. 30-37.

Colón, María Laura "La Institución del Tribunal de Menores" : *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico* : Vol. XVIII, No. 1 Septiembre-Diciembre 1983; pp. 153-174.

Cova García, Luis "Colonias de Vacaciones para Niños Pobres" : *En Criminalia* : México : Año XXIII, No. 8, Agosto 1957; pp. 558-559.

Cova García, Luis "El Cine y la Radio en el Problema de la Delincuencia Infantil y la Censura" : *En Criminalia* : México : Año XIX, No. 6, Junio 1953; pp.346-347.

Coy Ferrer, Ernesto "Informática y Delincuencia de Menores" : *Cuadernos de Política Criminal* : Madrid España; No. 6, 1978; pp. 128-416.

Cummings, Homer "Los Niños Primero" : *En Criminalia* : México : Año V, No. 6, Febrero 1939; pp. 333-340.

Chávez, Leopoldo "La Militarización en las Escuelas de Menores Delincuentes" : *En Criminalia* : México : Año XI, No. 5, Mayo 1945; pp. 315-320.

Chazal, Jean "Los Factores Culturales de la Delincuencia Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año XXXVI, No. 12, Diciembre 1970; pp. 821-831.

D

D'Antonio, Daniel Hugo "La Autonomía Procesal del Derecho de Menores" : *Revista de Estudios Procesales* : Año II, No. 7, 1971; pp. 45-47.

De la Barreda Solórzano, Luis "El Menor ante el Derecho Penal" : *Revista de Ciencias Sociales y Humanidades* : Vol. III, No. 5, Enero-Abril 1982; pp. 105-117.

De la Torre, Lolo "México y los Tribunales para Menores" : *En Criminalia* : México : Año IV, No. 3, Noviembre 1937; pp.190-192.

De la Torre, Loló "Sobre la Criminalidad Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año IV, No. 6, Febrero 1938; pp. 355-357.

Drapkin I. "El Papel de la Educación en la Prevención de la Delincuencia Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año XXXI, No. 11, Noviembre 1965; pp. 615-630.

E

Elbert Carlos A. "Edad y Responsabilidad Penal de Menores en el Derecho Aleman: Aplicabilidad del Sistema al Ámbito Latinoamericano" : *Ilanud* : San José de Costa Rica: Año 6, Nos. 17 y 18, Agosto-Diciembre 1983; pp.51-55.

F

Fellini Gandulfo, Zulita "Menores Infractores" : *Alegatos* : México, D.F.: No. 1, Septiembre-Diciembre 1985; pp. 32-33.

Fellini Gandulfo, Zulita "Organismos de Control Social y Delincuencia Juvenil" : *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* : 2da. Epoca, No. 9, Abril-Julio 1985; pp. 333-350.

Fellini Gondulfo, Zulita "Situación Social del Menor Infractor en América Latina.- 1. Menores Infractores Latinoamérica" : *Alegatos* : México : No. 20, Enero-Abril 1992; pp. 41-45.

Flores García, Fernando "Trato a los Menores que Realizan Hechos Antisociales" : *Revista de la Facultad de Derecho* : Tomo XVI, Nos. 178-180, Julio-Diciembre 1991; pp. 89-113.

Flores Reyes, Marcial "Los Menores ante el Derecho Penal" : *En Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social* : México : Vol. I, No. 5, Septiembre-October 1972; pp. 43-52.

Franco Guzman, Ricardo "Ensayo de una Teoría sobre la Culpabilidad de los Menores" : *En Criminalia* : México : Año XXIII, No. 11, Noviembre 1957; pp. 746-758.

Franco Sodi, Carlos "La Delincuencia Juvenil no es Delincuencia" : *En Criminalia* : Mexico: Año XXVIII, No. 4, Abril 1962; pp.217-248.

Franco Sodi, Carlos "Los Menores y la Reparación Social" : *En Criminalia* : México : Año I, No. 8, Abril 1932; pp. 171-173.

G

G. de Lozano Garza, Margarita "La Profilaxis de la Delincuencia Infantil y Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año IV, No. 12, Agosto 1938; pp. 724-729.

- Gamiochipi C., Luis Antonio "¿Existe la Delincuencia Infantil y Juvenil?" : *En Criminalia* : México: Año XXI, No. 12, Diciembre 1955; pp. 792-793.
- Gamiochipi C., Luis Antonio "Datos sobre Orientación Profesional en la Escuela Mexicana, Útiles para la de Adultos y Menores Delincuentes" : *En Criminalia* : México : Año XXI, No. 12, Diciembre 1955; pp. 773-775.
- García Ramírez, Sergio "Algunas Cuestiones Apropósito de la Jurisdicción y el Enjuiciamiento de los Menores Infractores" : *En Criminalia*: México : Año LXII, No. 1, Enero-Abril; 1996.
- García Ramírez, Sergio "Los Principios Inquisitivo y Acusatorio en el Enjuiciamiento Especial de Menores Infractores" : *Revista de la Facultad de Derecho de México* : México : Tomo XX, No. 77-78, Enero-Junio 1970; pp. 165-213.
- Garrido, Luis "La Delincuencia Infantil y la Biotipología" : *En Criminalia* : México : Año I, No. 11, Julio 1934; pp. 245-246.
- Garza Ríos Concuera, Pablo y Escudero Stadeimann, Angel "Delincuencia Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año XXIII, No. 10, Octubre 1957; pp. 689-700 Marzo 1962; pp. 139-173.
- Gimenez-Salinas Colomer, Esther "Tratamiento Jurídico de la Delincuencia de Menores en España" : *Doctrina Penal* : Buenos Aires, Argentina: Año 4, Nos. 13-16, 1981; pp. 261-278.

González Tejeda José, "Lineamientos Generales que Deben Tenerse en Cuenta al Formular un Programa Pedagógico para Casas de Reclusión y de Tratamiento de Menores Delincuentes" : *En Criminalia* : México : Año IV, No. , Febrero 1940; pp. 318-320.

Gómez Grillo, Elio "Los Delincuentes Adultos Jovenes, Prevención y Tratamiento" : *Revista Mexicana de Ciencias Penales* : México : Año III, No. 3, Junio 1979-Junio 1980; pp. 135-200.

Gómez, Jorge y Zendejas, Sara Margarita "Centros Preventivos de la Delincuencia y la Neurosis Juvenil" : *En Criminalia* : México: Año XVI, No. 7, Julio 1950; pp. 303-307.

González Zorrilla, Carlos "Minoria de Edad Penal, Imputabilidad y Responsabilidad" : *Doctrina Jurídica* : Vol. II, 37-40, Enero-Diciembre 1983; pp. 163-180.

Gutiérrez Mata, Alejandro César, Soto Acosta, Leticia "Memoria Tutelar" : *En Criminalia* : México : Año LV, Nos.1-12, Enero-Diciembre 1989; pp.133-137.

H

Hernández Esparza, Patricia "El Papel de la Educación en la Prevención de la Delincuencia Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año XXXI, No. 11, Noviembre 1965; pp. 615-630.

Hernández Palacios, Luis "Disertación sobre la Nueva Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en la Academia Mexicana de Ciencias Penales" : *En Criminalia* : México : Año LVIII, No. 1, Abril 1992; pp. 193-197.

Hernández Quiróz, Armando "La Peligrosidad Predelictiva de los Menores Abandonados" : *En Criminalia* : México : Año XI, No. 6, Junio 1945; pp. 380-384.

Herrera y Lasso, Eduardo "Bases Constitucionales de la Legislación sobre Menores Infractores" : *Revista Procesal* : Año 3, No.1, 1974; pp. 35-38.

I

Ilanud. *Infancia, Adolescencia y Control Social en América Latina*. De Palma. Buenos Aires, Argentina, 1990.

Irureta, Gladys "Orgnismos y Autoridades propios del Derecho Tutelar el Consejo Tutelar y Organismos Auxiliares Menores Infractores" : *Revista Mexicana de Ciencias Penales* : México : año II, No. 2, Julio 1978-Junio 1979; pp. 73-86.

Isla de González Mariscal, Olga "Algunos Aspectos en Relación a los Menores" : *En Criminalia* : México : Año LXII, No. 1, Enero-Abril 1996.

Islas de González Mariscal, Olga "Problemas de Inimputabilidad" : *Revista de Investigaciones Jurídicas* : México, Año I, No. 1, 1977; pp.75-83.

J

Jiménez Fandiño, Pedro J. "Delincuencia Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año XXVIII, No. 5, Mayo 1962; pp. 296-308.

Jimenez Treviño, Mario y Navarrete Reyna, Antonio "Estudio y Prevención de la Delincuencia Infantil" : *En Criminalia* : México : Año XXIII, No. 9, Septiembre 1957; pp. 620-635.

L

Laceiras, Juan "Problemas de Criminología" : *En Criminalia* : México : Año XII, No. 7, Julio 1946; pp. 281-288.

Lara Chavarria, Gregorio "El Menor Delincuente" : *En Criminalia* : México : Año XXI, No. 4, Abril 1955; pp.217-225.

LaValle Urbina, María "Los Menores Infractores y su Tratamiento por el Departamento de Prevención Social de la Secretaría de Gobernación" : *En Criminalia* : México : Año XXVIII, No. 12, Diciembre 1962; pp. 716-723.

Lavalle Urbina, María "Delincuencia Infantil" : *En Criminalia* : México : Año XV, No. 4, Abril 1949; pp. 134-146.

López Calderon, Salvador "Criminología y Tratamiento de Menores Infractores" : *En Criminalia* : México : Año LVIII, No. 2, Mayo-Agosto 1992; pp. 82-83.

López Tirado, Sergio "Sobre la Responsabilidad Penal hasta los 18 Años" : *En Criminalia* : México : Año LV, No. 1-12, Enero-Diciembre 1989; pp. 120-132.

Lozano, Luis Fernando "Breves Notas sobre la Situación Jurídica del Adolescente en México" : *En Criminalia* : México : Año XXIV, No. 5, Mayo 1958; pp. 298-309.

M

Marco del Pont, Luis "El Problema de los Semiimputables" : *Cuadernos de los Institutos, Instituto de Derecho Penal* : México, No. 122, 1974, pp. 125-150.

Martín Ostos, José de los Santos "La Intervención de Abogado en el Procedimiento Tutelar de Menores" : *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano* : Madrid, España : No. 1, 1979; pp. 65-80.

Martínez, Carmen "El Hogar Defectuoso como Factor en la Delincuencia Infantil y Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año IV, No. 12, Agosto 1958; pp. 730-738.

Meixueiro Díaz, Gonzalo "Los Consejos Tutelares y los Menores Infractores" : *En Criminalia* : México : Año XLIII, Nos. 7-12, Julio-Diciembre 1977; pp. 49-58.

Middendorff, Wolf. "Sociología del Delito" : *Revista de Occidente* : Madrid, España, 1959.

Moncivais Aguilar, Roberto "El Niño Débil y el Niño Problema" : *En Criminalia* : México: Año XXI, No. 7, Julio 1955; pp. 409-413.

Montaño P., Miguel Angel "Delincuencia Infantil" : *En Criminalia* : México : Año XXIV, No. 7, 1958; pp. 411-421.

Moreno González, Luis Rafael "Delincuencia Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año XXIV, No., Junio 198; pp. 368-374.

Moreno Hernández, Moisés "Derechos Humanos y Legislación Penal Sustantiva" : *Revista Mexicana de Justicia* : México : Vol. V, No. 4, Octubre-Diciembre 1987; pp. 99-112.

Moreno Hernández, Moisés "Realidad y Ficción en Materia de Justicia de Menores en México" : *En Cuadernos del I.I.J.* : México : Año IV, No. 10, Enero-Abril 1989; pp. 181-198.

O

Ortíz de Landazuel, Eduardo "Algunos Comentarios sobre las Bases Biológicas de la Criminalidad Infantil" : *En Criminalia* : México : Año XIV, No. 10, Octubre 1948; pp. 424-430.

Ortíz de Montellano, Domingo "La Influencia del Cinematógrafo y de la T.V. en la Criminalidad de los Menores" : *En Criminalia* : México : Año XXVIII, No. 3,

Otero, Mariano "Mejora del Pueblo" : *En Criminalia* : México : Año XXVIII, No. 8, Agosto 1962; pp. 493-513.

P

Palmero Zilveti, Olga "Estudio de la Delincuencia Juvenil en los Tribunales de Menores de la Ciudad de México" : *En Criminalia* : México : Año XXVIII, No. 9, Septiembre 1962; pp. 568-578.

Peña Núñez Julio "La Prevención de la Delincuencia" : *En Criminalia* : México : Año XXIX, No. 11, 1963; pp. 757-767.

Porte Petit, Celestino "Proyecto de Código del Menor para el Estado de Guerrero" : *En Criminalia* : México : Año XXIII, No. 11, Noviembre de 1957; pp. 726-745.

Q

Quiroz Alfonso y Padrón Ponce Pedro "El Robo de Infante y Debilidad Mental" : *En Criminalia* : México : Año XXV, No.5, 1959; pp.268-288.

R

Raggi y Ageo, Armando M. "La Criminalidad Juvenil y Defensa Social" : *En Criminalia* : México : Año IV, No. 2, Octubre 1937; pp. 131-133.

Resumil de Sanfilippo, Olga E. y Sanfilippo, Angelo P. "La Inimputabilidad del Menor y la Falta de Jurisdicción del Tribunal" : *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* : 2da. Epoca, No. 9, Abril-Julio 1985; pp. 311-33.

Reyes Tayabas, Jorge "Aplicación de la Ley Penal a Partir de los 16 Años" : *Revista Mexicana de Justicia* : México : No. 2, Vol. V, Abril-Junio 1987; pp. 165-175.

Rodríguez Manzanera, Luis "El Derecho Internacional Ante el Menor Infractor" : *En Criminalia* : México : Año LVIII, No. 1, Enero-Agosto 1992; pp. 123-129.

Rodríguez V., Guadalupe "Estudio Comparativo del Procedimiento Seguido con Reos Adultos y Menores Infractores" : *En Criminalia* : México : Año IV, No. 12, Agosto 1938; pp. 739-743.

Rueda, Pedro "La Atención al Niño Abandonado y Delincuente debe ser Integralmente Técnica" : *En Criminalia* : México : Año XI, No. 4, Abril 1945; pp. 240-244.

Ruiz De Chávez, Leticia "La Delincuencia Juvenil en el Distrito Federal" : *En Criminalia* : México : Año XXV, No. 12, Diciembre 1959; pp. 704-742.

Ruiz Funes, Mariano "El Menor y la Ley Penal" : *En Criminalia* : México : Año X, No. 4, Diciembre 1943; pp. 228-234.

Ruiz Funes, Mario "La Defensa de los Menores y el Cinematógrafo" : *En Criminalia* : México : Año XXIV, No. 11, Noviembre 1958; pp. 745-748.

S

Saavedra M., Alfredo "Algunos Problemas del Niño en Estado de Peligro" : *En Criminalia* : México : Año VII, No.10 p. 615, Junio 1941; pp.615-618.

- Sajón, Rafael "La Justicia de Menores y los Menores Infractores" : *Ilanud* : Año 3, No. 8, Agosto 1980; pp. 53-59.
- Sánchez Galindo, Antonio "Situación del Principio de Legalidad de la Justicia de Menores en la República" : *En Criminalia* : México, Año LV No. 3, Septiembre-Diciembre 1994.
- Sánchez Ramírez, Emma "Algunas Reflexiones sobre la Delincuencia Infantil" : *En Criminalia* : México : Año XXIII, No. 5, Mayo 1958; pp. 278-297.
- Santamarina, Rafael "Los Problemas de la Infancia Moral y Materialmente Abandonada" : *En Criminalia* : México : Año IV, No. 11, Julio 1938; pp. 674-681.
- Satamarina, Rafael "Establecimientos de Reclusión para Menores" : *En Criminalia* : México : Año IV, No. 11, Julio 1938; pp. 682-692.
- Secretaría de Gobernación "Una Reforma Integral de los Tribunales para Menores del Distrito Federal" : *En Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social* : México: Vol. III, No. 11, Octubre, Noviembre, Diciembre 1973; pp. 21-29.
- Solís Quiroga, Héctor "El Problema de Discernimiento en los Menores Infractores" : *En Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social* : México : Vol. II, No. 17, Abril-Mayo 1975; pp. 57-71.
- Solis Quiroga, Héctor "Historia de los Tribunales para Menores" : *En Criminalia* : México : Año XXVIII, No. 10, Octubre 1962; pp. 618-628.

Solís Quiroga, Héctor "La Infancia Frente a la Prensa , el Cine, la Radio y la Televisión" : *En Criminalia* : México : Año XXX, No. 3, Marzo 1964; pp. 217-227.

Solís Quiroga, Héctor "Los Tribunales para Menores en Bélgica Ecuador y México en 1951" : *En Criminalia* : México : Año XXIV, No. 9, Septiembre 1958; pp. 568-596.

Solís Quiroga, Héctor "Mesas Redondas sobre Pedagogía Correctiva de Menores Infractores" : *En Criminalia* : México : Año XXIV, No. 12, Diciembre 1958; pp. 767-775.

Solís Quiroga, Héctor "Panorama de la Delincuencia Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año XX , No. 3 Marzo. 1954; pp. 158-167.

Solís Quiroga, Héctor "Psicología de la Delincuencia Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año XXIV, No. 11, Noviembre 1958; pp. 736-743.

Solís Quiroga, Roberto "Conducta Antisocial de los Adolescentes. Aspectos Fundamentales Psiquicosociales" : *En Criminalia* : México : Año XXXVII, No. 5, Mayo 1971; pp. 261-266.

Solís Quiroga, Roberto "La Deficiencia Mental y la Delincuencia Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año I, No. 7, Marzo 1934; pp. 144-1 .

Solís Quiroga, Roberto "La Delincuencia Juvenil en México" : *En Criminalia* : México : Año XX, No. 1, Enero 1954; pp. 8-24.

Solís Quiroga, Roberto "La Familia Anti-Social y la Delincuencia Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año IV, No. 4, Diciembre 1937; pp. 224-231.

Solís Quiroga, Roberto "Los Grandes Problemas de la Tercera Infancia y de la Adolescencia y la Profilaxis de la Delincuencia Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año XIX, No. 8, Agosto 1953; pp. 408-423.

Solís Quiroga, Roberto "Tribunal para Menores" : *En Criminalia* : México : Año XXXVII, No. 5, Mayo 1971; pp. 275-279.

Solórzano E., Rafael "Un Nuevo Procedimiento Correccional" : *Revista de la Facultad de Derecho* : Maracaibo, Venezuela : Año XIII, No. 3, Septiembre-Diciembre 1973; pp. 57-65.

Sucupira Kenwirthy, Zuleika "La Prevencia de la Delincuencia Juvenil. Alcance del Problema y sus variaciones Cuantitativas y Cualitativas en América Latina" : *En Criminalia* : México : Año XXIX, No. 11, Noviembre 1963; pp. 720-733.

T

Tabio, Evelio "El Menor Delincuente" : *En Criminalia* : México : Año XI, No. 7, Julio 1945; pp. 401-413.

Tocaven G., Roberto "El Perfil del Menor Infractor en la Ciudad de México" : *En Revista Ilanud* : Año 3, No. 8, Agosto de 1980; pp. 60-68.

Tome Ruíz, Amancio "La Delincuencia Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año XVIII, No. 2, Enero 1952; pp. 77-82.

Torino y Roldán, Fernando "La Delincuencia Infantil y los Tribunales para Niños" : *En Criminalia* : México : Año VII, No. 10, Junio 1941; pp. 633-640.

Tornero Díaz, Carlos "Delincuencia Juvenil; Actitud Frente a Problemas de Conducta" : *En Criminalia* : México : Año XXXV, No. 5, Mayo 1969; pp. 358-361.

U

Urbina Pinto, Rigoberto "La Prevención de la Delincuencia Juvenil" : *En Criminalia* : México : Año XXIX, No. 11, Noviembre 1963; pp. 734-744.

Urzais R., Eduardo "Delincuencia Precoz" : *En Criminalia* : México : Año XIX, No. 1, Enero 1953; pp. 02-08.

V

Vázquez Hernández, Angela "Función del Trabajador Social en el Régimen de Libertad Vigilada de Menores Infractores" : *En Criminalia* : México : Año XLII, Nos. 7-12, 1976; pp. 25-38.

Valery, Albert "La Delincuencia Juvenil en la URSS" : *En Criminalia* : México : Año XXXI, No. 2, Febrero 1965; pp. 58-62.

Vela, Anselmo "Origen de los Tribunales de Menores" : *En Criminalia* : México : Año II, No. 3, Noviembre 1934; pp. 43-46.

Z

Zendejas, Sara Margarita "El Niño Desamparado en México" : *En Criminalia* : México : Año XIX, No. 8, Agosto 1953; pp. 437-443.

LA JUSTICIA DE MENORES Y SUS INSTITUCIONES JURIDICAS

INTRODUCCION	III
MARCO DE REFERENCIA	VIII

CAPITULO PRIMERO

LAS ESCUELAS PENALES.....	2
I. PERIODO ILUMINISTA	2
II. LA ESCUELA CLASICA	5
III. LA ESCUELA CORRECCIONALISTA	11
IV. FERRI Y EL POSITIVISMO PENAL ITALIANO.....	17
A) Ineficacia psíquica de la pena para controlar al delito	20
B) Equivalentes de la pena	21
C) El libre albedrío y el determinismo	22
D) La defensa social.....	23
E) Culpabilidad moral.....	24
F) Responsabilidad social.....	25
G) Las sanciones	26
H) El grado de sanción	27
I. El procedimiento penal positivista.....	29
J. Tipos de sanciones penales.....	31
V. E POSITIVISMO DE DORADO.....	34
A, estructura judicial de Dorado.....	39
B) El proceso.....	41
VI. LA POLITICA CRIMINAL	43
VII. EL PRIMER TRIBUNAL PARA MENORES.....	49
VIII. EL PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE TRIBUNALES PARA MENORES DE PARIS EN 1911 Y EL SISTEMA TUTELAR.....	51
IX. LA DOCTRINA DE LA PROTECCION INTEGRAL DE NACIONES UNIDAS	55

CAPITULO SEGUNDO

EL MENOR Y EL DERECHO PENAL (ANALISIS HISTORICO)	66
I. PERIODO PRERREFORMISTA Y CLÁSICO	68
A) Periodo prerreformista	68
B) Periodo clásico y el código penal de Martínez de Castro de 1872	69
a) Punto de diferenciación	69
b) Hipótesis de intervención estatal	72
c) Jurisdicción	73
d) Proceso	73
e) Legislación.....	76
f) Consecuencias jurídicas	76

g) Establecimientos para ejecución	77
II. ETAPA PROTECCIONISTA	82
1) ETAPA DE 1926 A 1941.....	87
A) <i>Reglamento para la calificación de los menores de edad en el Distrito Federal</i>	87
a) Punto de diferenciación	88
b) Intervención estatal.....	88
c) Jurisdicción especial	89
d) Proceso especial.....	90
e) Legislación.....	90
f) Consecuencia jurídica	90
g) Establecimientos correccionales	91
h) Derecho	91
B) <i>Ley sobre previsión social de la delincuencia infantil en el Distrito Federal de 9 de junio de 1928 o Ley "Villa Michel"</i>	91
a) Punto de diferenciación	94
b) Hipótesis de intervención estatal	95
c) Jurisdicción.....	96
d) Proceso	97
e) Legislación.....	97
f) Consecuencia Jurídica.....	98
g) Establecimientos de ejecución.....	98
h) Derecho	98
C) <i>Código Penal de 1929 y Ley de Organización y Competencias y Procedimientos en Materia Penal de 1929</i>	99
a) Punto de diferenciación	101
b) Hipótesis de intervención estatal	102
c) Jurisdicción.....	103
d) Proceso	104
e) Legislación.....	105
f) Consecuencia jurídica	105
g) Establecimientos para ejecución	108
h) Derecho	108
D) <i>El Código Penal de 1931, el Código de Procedimientos Penales y la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común de 1932</i>	108
a) Punto de diferenciación	113
b) Hipótesis de intervención estatal	114
c) Jurisdicción.....	115
d) Proceso	115
e) Legislación.....	116
f) Consecuencia jurídica	116
g) Establecimientos para ejecución	118
h) Derecho	119
E) <i>Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el Código de Procedimientos Penales de 1934</i>	120
2) ETAPA DE 1941 A 1974.....	123
A) <i>Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales del 26 de junio de 1941</i>	123
a) Punto de diferenciación	124
b) Hipótesis de intervención estatal	124
c) Jurisdicción.....	126
d) Proceso	127
e) Legislación.....	128
f) Consecuencia jurídica	128
g) Establecimientos para ejecución	129
h) Derecho	130
B) <i>Reforma al Artículo 18 Constitucional de 1964-1965</i>	138
3) ETAPA DE 1974 A 1992.....	141
A) <i>Los consejos tutelares</i>	141
B) <i>Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal de 1974</i>	152
a) Punto de diferenciación	152

b) Hipótesis de intervención estatal	153
c) Jurisdicción	154
d) Procedimiento	155
e) Legislación	158
f) Consecuencia jurídica	158
g) Establecimientos para ejecución	159
h) Derecho	160
III. EL MOVIMIENTO GARANTISTA EN MÉXICO	163
<i>A) Amparo Salgado</i>	<i>167</i>
<i>B) Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal</i>	<i>169</i>
a) Punto de diferenciación	172
b) Hipótesis de intervención estatal	173
c) Jurisdicción	174
d) Proceso	174
e) Legislación	174
f) Consecuencia jurídica	175
g) Establecimientos para ejecución	175
h) Derecho	175

CAPITULO TERCERO

REFLEXIONES SOBRE LOS PUNTOS DE MAYOR RELEVANCIA EN MATERIA DE MENORES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE NACIONES UNIDAS Y DE LA LEY PARA EL TRATAMIENTO DE MENORES INFRACTORES

I. PUNTO DE DIFERENCIACIÓN O LA INIMPUTABILIDAD DE LOS MENORES	184
1. <i>La Imputabilidad</i>	<i>185</i>
A) Concepto de imputabilidad	185
B) La imputabilidad disminuida	187
2. <i>La Inimputabilidad</i>	<i>188</i>
) Concepto de inimputabilidad	188
L Criterios para determinar las causas de inimputabilidad	188
C La inimputabilidad de los menores	190
a) Razones de política criminal	191
b) La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores	197
c) Un pronóstico más favorable	199
II. LAS MEDIDAS DE ORIENTACION, PROTECCION Y TRATAMIENTO DENTRO DE LA DOCTRINA DE LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	203
A) <i>La pena</i>	<i>204</i>
B) <i>La medida de seguridad</i>	<i>208</i>
C) <i>Las medidas de tratamiento en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores</i>	<i>213</i>
1. Proporcionalidad de la medida a la culpabilidad y la gravedad de la conducta	213
2. Prevención general	216
3. Principio de hecho	217
III. LOS PRINCIPIOS DE LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL Y LAS INSTITUCIONES DE LA LEY PARA EL TRATAMIENTO DE MENORES	218
A) <i>Los principios generales de la Convención y sus equivalencias en nuestra Constitución y la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores</i>	<i>220</i>
B) <i>Principios de Derecho Penal Sustantivo</i>	<i>223</i>
a) El principio de legalidad (Nulla Poena Sine Lege) y la tipicidad	224
b) Principio de culpabilidad	229
C) <i>Autoridades especializadas en materia de men.</i>	<i>232</i>
D) <i>Juicio ante autoridad judicial</i>	<i>232</i>

CAPITULO CUARTO

LAS INSTITUCIONES PROCESALES DE LA JUSTICIA DE MENORES 254

I. SUJETOS DE LA RELACION PROCESAL 254

A) El menor infractor 254

B) El Ministerio Público..... 262

C) El Comisionado de Menores 268

D) La defensa en la justicia de menores..... 272

 a) El defensor..... 274

 b) Actuación de la defensa..... 275

 c) La unidad de defensa de menores 276

E) Los padres del menor 277

F) El Comité Técnico Interdisciplinario 278

G) Los "afectados por la infracción" 280

II. LA NATURALEZA DEL PROCESO DE LA JUSTICIA DE MENORES..... 281

A) Fines del proceso..... 287

B) Características del proceso en la justicia de menores 289

 a) El sistema acusatorio: 290

 b) El sistema inquisitivo 291

 c) El sistema mixto 292

 d) El sistema de proceso en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores..... 294

 e) Actos procesales y sus principios 297

III. EL PROCESO DE MENORES 301

A) La integración de la investigación de las infracciones 301

 a) El Ministerio Público y su participación..... 301

 b) Actuación del comisionado 303

 c) La puesta a disposición 303

B) La preinstrucción 305

 a) El auto de radicación 305

 b) Efectos del auto de radicación 305

 c) La comparecencia inicial 306

 d) Facultades del consejero en la preinstrucción..... 307

C) La resolución inicial..... 308

 a) Autoridad que la emite..... 308

 b) Formalidades de la Resolución inicial 308

 c) Tipos de resolución inicial..... 308

 1) La sujeción a procedimiento..... 309

 2) El procedimiento en internación..... 309

 3) El procedimiento en externación..... 309

 4) La no sujeción a procedimiento..... 309

 d) Efectos de la resolución inicial..... 310

 1) Apertura de la instrucción 310

 2) Orden de identificación 311

 3) Orden de la práctica de estudios biopsicosociales..... 311

D) Instrucción y diagnóstico 313

 a) Ofrecimiento de pruebas y su término 313

 b) El auto de admisión 314

 c) Audiencia de desahogo 315

 d) Las pruebas..... 317

 e) Los alegatos de las partes..... 319

 f) El dictamen del comité técnico interdisciplinario 321

 g) El cierre de la instrucción 324

E) El juicio 324

 a) Valoración de pruebas 324

 b) La resolución definitiva..... 325

F) Las medidas de orientación, protección y tratamiento..... 335

 a) La revisión del tratamiento 338

G) Los recursos 340

 a) La apelación..... 341

1) Procedencia 344
2) Sujetos del recurso (legitimación) 344
3) Los agravios 346
4) Naturaleza de la conducta impugnada 348
5) Efectos de la resolución del recurso 349
6) Efectos del acto impugnado 350
7) Reenvío 351
8) Trámite 352
b) La excitativa de resolución 353

CAPITULO QUINTO

CONCLUSIONES..... 364

CAPITULO SEXTO

PROPUESTAS 371

BIBLIOGRAFIA..... 376

HEMEROGRAFIA..... 394