

La reforma a la ley de menores en México: ¿del modelo tutelar al modelo garantista?

Javier Moro*

Sumario: Un poco de historia, / El proceso político de la reforma del año 1991. /
La nueva ley: a modo de balance. /

El impacto de la nueva ley en las instituciones y en las representaciones sociales: cambio y continuidad.

Un poco de historia

El desarrollo de la legislación de menores en México nos muestra un proceso que va sedimentando un dispositivo institucional de administración de justicia para niños y adolescentes, el cual es acompañado por conocimientos y técnicas específicas dentro del saber jurídico con la colaboración de diferentes áreas de las ciencias sociales y médicas. En el siglo pasado el tratamiento a los niños abandonados estaba en manos de instituciones religiosas de beneficencia que paulatinamente pasaron al ámbito estatal. En el año 1877, durante el Porfiriato en México, esas instituciones pasan a depender de la Dirección de Beneficencia Pública dentro de la Secretaría de Gobernación; hasta la fecha el *área de menores* se mantiene en esa secretaría.¹ Las primeras leyes de *menores* se sancionan en los años veinte; coinciden con la organización de muchas de las instituciones que van a dar cuerpo al aparato estatal posrevolucionario y se llevan a cabo bajo la influencia de lo que Anthony Platt denominó "el movimiento de los salvadores del niño".²

El primer tribunal de menores surgió en el estado de San Luis Potosí en el año 1923, mientras que en el Distrito Federal estos se crean en el año 1929. Con la creación de estas instituciones comienza a constituirse un espacio de autoridad para decidir cuáles son las faltas, cuáles las medidas y cuáles los *menores* que ameritan la intervención gubernamental. Como expresa E. Azaola, la institución se funda en la voluntad de saber y en la certeza de varios actores de que el niño y el adolescente requiere instituciones especiales (p. 55). La definición inicial del problema gira permanentemente en torno a un discurso centrado en categorías y conceptos del saber jurídico. La mención permanente es hacia los *menores*; se crea una categoría distintiva de la de infancia, a través de la cual se semantiza cierto sector socioetáreo desde una característica negativa o de falta de respecto a los adultos y a la "infancia normal": son *menores* los que todavía no llegan a la mayoría de edad, los que quedan fuera del sistema educativo formal, los que aún carecen de la capacidad de discernimiento para tener responsabilidades y, por tanto, necesitan ante todo protección por parte del Estado.

Una vez constituido formalmente, el campo de la minoridad lucha -al igual que toda organización- no sólo por subsistir sino por extender su capacidad de acción. En México, en el año 1928, una nueva ley autoriza a los consejeros (así se denomina a los jueces de los tribunales de menores) a actuar en los casos de niños abandonados, vagos, menesterosos e indisciplinados; nuevamente se recurre a categorías ambiguas que conceden a los consejeros una importante cuota de arbitrariedad para su interpretación y que en la práctica se implementan a partir de

* Licenciado en Ciencias Antropológicas en la Universidad de Buenos Aires, Maestro en Gobierno y Asuntos Públicos en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales - Sede México.

1. AZAOLA, Elena, *La institución correccional en México: una mirada extraviada*, Ed. Siglo XXI, México, 1990, pp. 43-46. La mayoría de los datos correspondientes a la historia de las instituciones de menores durante este siglo en México se extraen de dicha investigación.

2. A fines del siglo pasado surgió en los Estados Unidos un movimiento humanista que reclamaba tribunales especiales para los *menores*. Esta corriente se vuelve hegemónica en el saber jurídico y tiene influencias en toda la región latinoamericana al empezar el siglo XX. Véase PLATT, Anthony, *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1989.

El desarrollo de la legislación de menores en México nos muestra un proceso que va sedimentando un dispositivo institucional de administración de justicia para niños y adolescentes, el cual es acompañado por conocimientos y técnicas específicas dentro del saber jurídico con la colaboración de diferentes áreas de las ciencias sociales y médicas.

fuertes estereotipos sociales y de una concepción ideal de una niñez normal. Encontramos aquí también una concepción del problema que busca las causas del mismo en la herencia genética o el medio social enfermo. Según la investigación de E. Azaola, durante los primeros años de funcionamiento de los tribunales de menores sólo un 17%, de un total de 3,274 ingresados al sistema, fueron catalogados como normales; el resto era considerado anormal (ya sea idiota, imbecil o débil mental) y esto se explicaba por la herencia (que podía ser alcohólica, tuberculosa o sifilítica). La solución era sacar al niño del medio enfermo que lo "contagiaba".

En el análisis de la legislación mexicana, en materia de menores de edad, se presenta el intento formal de diferenciar el régimen de los niños y niñas del régimen de adultos. Sin embargo, la contradicción de este intento es que muchas veces, bajo el manto de un discurso de protección, un niño o una niña pueden ser privados de su libertad por algo que, en caso de ser adultos, sería un atropello a sus garantías individuales. En el transcurso del siglo XX se puede observar que las instituciones de encierro para los niños y niñas, bajo las diferentes denominaciones que fueron tomando, no se escapan de los modelos penitenciarios en cuanto a su operatividad concreta, su propósito y sus objetivos. Para mostrar esto puede citarse el giro del código penal del año 1931, que pone el acento en los delincuentes más que en los delitos.³ Esto se refleja en el campo de la minoridad por la importancia y el poder que adquiere el diagnóstico para la medida que se vaya a dictaminar, el cual es elaborado por un grupo de profesionales expertos que hacen hincapié en la personalidad del niño y su medio familiar.

3. AZAOLA, E., *op. cit.*, p. 68.

A nuestro modo de ver, este proceso tiene como culminación la ley de consejos tutelares de 1974. Dicha ley se sitúa de manera explícita bajo el paradigma tutelarista del Estado hacia los *menores*. Bajo la intención proclamada de sacar a los niños del derecho penal, ya que los mismos no podían ser sancionados sino

que debían ser reeducados, se le da forma de modo definitivo a este dispositivo institucional. Así, los consejos tutelares, órganos tripartitos, asumían la responsabilidad de decidir sobre el mejor tratamiento para los menores de edad que violasen la ley penal de adultos y para aquellos que se encontrasen en "situación de peligro o irregular". Nuevamente esta reforma en el campo de la minoridad se produce en un contexto de reformas en el campo penitenciario adulto y fomentadas por una nueva corriente humanizada ora en cuanto a las penas,⁴ tanto a nivel nacional como internacional.

La ley de menores del año 1974 responde más a pugnas internas dentro del campo que a un debate público que presione al gobierno en pos de una reforma.⁵ La ley es un intento de adecuar y acomodar lo mejor posible la práctica ya institucionalizada respecto a los *menores* a los preceptos "humanistas" que por ese tiempo se pregonaban en el saber jurídico. Al mismo tiempo, a través de esta ley, el campo de la minoridad se ve reforzado y amplía su radio de acción. Los consejos tutelares ven extendida su competencia, ya que no se deben restringir a los menores que violan la ley para disponer de la libertad del menor. Aquí aparece un elemento importante, y de los más críticos de la ley de 1974: el

4. Resulta oportuno recordar las consideraciones de M. FOUCAULT hacia esta humanización de la pena en términos de construcción de una nueva economía del castigo y de una regulación necesaria de los efectos de poder. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI, Buenos Aires, 1989, pp. 96-103.

5. AZAOLA, E., *op. cit.*, también en la bibliografía publicada por esos años y en las actas de los congresos de derecho realizados en ese tiempo puede rastrearse el debate académico en torno a la imputabilidad o no de los menores. Allí aparece en escena el Dr. Luis RODRIGUEZ MANZANERA, quien luego sería uno de los autores de la ley de 1991, sosteniendo que los menores eran imputables. Para ese entonces su posición era minoritaria. La tesis doctoral de RODRIGUEZ MANZANERA se publica un año antes de la ley y en ella plantea que los menores son imputables, que deben estar dentro del derecho penal, pues éste es el derecho protector de los infractores y pone límites a la intervención del Estado. Obviamente esto iba a contracorriente de quienes impulsaban los consejos tutelares y festejaban que los menores ya estaban fuera del derecho penal.

poder casi absoluto de los consejeros. A partir de esto se agudiza la paradoja ya señalada, que bajo un argumento de protección *al menor*, este puede ser privado de su libertad en más circunstancias y por razones mucho más arbitrarias que los adultos. Sin embargo, como señala E. Azaola, desde la concepción tutelarista la paradoja desaparece, ya que se interpreta que no hay conflicto alguno entre el interés del Estado y el interés del niño o la niña; por ello es que no hace falta un defensor para *menores*, lo que haga el juez o el consejero será lo mejor tanto para la defensa de la sociedad como para el interés de la infancia.⁶ De este modo, el consejo tutelar se convertía en defensor, acusador, ejecutor y supervisor a la vez. En realidad, la ley intentaba avanzar en este punto creando la figura del promotor, una especie de defensor de menores, pero que, al ser dependiente del Consejo, su función carecía de consistencia y en la práctica se diluía. Con esta legislación se reafirma también la operatividad del sistema a través de la concepción de "peligrosidad" del *menor*, ya que 110 se juzga su conducta sino que se estudia y se diagnostica su personalidad y su entorno familiar, en función de lo cual se resuelve sobre las medidas a tomar.

Otro de los puntos polémicos de la ley de 1974 y de todas las políticas tutelaristas, es que el Estado aplica políticas asistenciales desde las mismas instituciones que llevan a cabo políticas reeducativas para los infractores. Esto, en la práctica lo que hace es borrar esa diferencia, convirtiendo a la pobreza y a las condiciones socioeconómicas en la causa por la cual un niño o una niña queden a disposición de una instancia judicial, la cual puede decidir una medida de internación aún en los casos en que no existiese ninguna infracción a la ley penal.

El proceso político de la reforma del año 1991

El proceso por el cual se gestó la Ley para Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, presenta algunas similitudes con la ley de los consejos tutelares. Por un lado, en ambos casos actúa, como fuerte detonador de la reforma, la influencia de la corriente dominante en ese momento en el saber jurídico. Así como para la ley de 1974 hicimos

referencia de una corriente humanista en cuanto a las penas, en el caso de la ley de 1991 un cambio de paradigma en el saber jurídico de la comunidad internacional trasciende hacia dentro de cada uno de los marcos legislativos en los países de América Latina⁷. Este cambio radical en la concepción del problema de la infancia y de la adolescencia infractora que se produce en el saber jurídico queda reflejado básicamente en una serie de documentos: las Reglas de Beijing (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, del año 1985); las Directrices del Riad (Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, del año 1990); las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (1990), y fundamentalmente la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).⁸

Al igual que en el proceso de reforma legislativa del año 1974, también aquí se trata de un debate que no trasciende en ningún momento los alcances del propio campo de la minoridad, nunca tiene características de debate público. En algún sentido es una continuidad de la discusión que generó en su momento la ley de los consejos tutelares, ya que en aquel entonces, algunas voces, las menos, se alzaron en oposición al modelo tutelar. Sin embargo, en este cambio de ley se presentan importantes diferencias, ya que esta vez el cambio que se estaba dando en el saber jurídico no era una simple enmienda, una modificación superficial o un mejoramiento de las anteriores políticas y concepciones. La nueva corriente que se autodenomina garantista, ya que pone el acento en la responsabilidad del Estado en defender y garantizar los derechos de los niños y las niñas, marca una ruptura con anteriores referentes ideológicos. Se trata de un cambio de paradigma en la doctrina jurídica internacional en materia de derechos y garantías de los niños, por lo cual la nueva ley mexicana, más allá de lo que haya sido su intención, está redefiniendo los términos del debate.

6. En esta interpretación subyace una concepción del Estado ligada a lo que en las ciencias políticas se caracteriza como la corriente pluralista, en ella el Estado aparece como una instancia neutral de resolución de conflictos.

7. Corresponde recordar que con la firma de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, cada país se comprometía a adoptar medidas para cumplimentar los derechos consagrados en la convención y a informar sobre esas mismas al cabo de dos años (artículo 44,1).

8. Emilio GARCÍA MÉNDEZ lo plantea como un cambio de paradigma fundamental en el saber jurídico, en *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Ed. Forüm Pádis, Bogotá, 1994, pp. 28-30. Elena AZAOLA se refiere a este cambio en términos de transición de un modelo a otro, véase "Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores", ponencia presentada en el *Coloquio Multidisciplinario sobre Menores, Diagnósticos y Propuestas*, 25-26 de octubre de 1995, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en prensa.

En el análisis de la legislación mexicana, en materia de menores de edad, se presenta el intento formal de diferenciar el régimen de los niños y niñas del régimen de adultos.

Si bien el debate se dio dentro del mismo campo de la minoridad, la decisión de impulsar la reforma y el momento elegido parece haber provenído del nivel político. Algunos⁹ lo inscriben dentro de la estrategia del entonces presidente entrante, Lic. Carlos Salinas de Gortari, de transformar y modernizar el Estado, a la vez que buscaba legitimarse hacia adentro y hacia afuera luego de un proceso electoral muy cuestionado. Resulta oportuno introducir una de las versiones recogidas acerca de cómo se gestó la necesidad y la decisión de la reforma¹⁰; en ella aparece fuertemente una reminiscencia de las consideraciones de J. Kingdom sobre las ventanas de oportunidades y la coincidencia temporal, que ocupa también un papel importante.¹¹

El detonante, según esta versión, fue una fuerte discusión que se generó en un congreso de las Naciones Unidas sobre el tratamiento de menores. Por entonces, la ONU seguía de cerca la evaluación de las Reglas

de Beijing y del Riad, ya que aún no se aprobaba la Convención sobre Derechos del Niño. El Dr. Rodríguez Manzanera, que iba como experto de las Naciones Unidas, presentó el informe sobre la región latinoamericana, en la cual el único país que avanzaba y cumplimentaba en la ley los preceptos de las normas internacionales era Brasil, con el Estatuto del Niño y del Adolescente. En una comida informal, donde se decidía la posición de México, se generó la discusión en la que uno de los participantes, que al parecer carecía del mínimo conocimiento en la materia, propuso denunciar la existencia de normas internacionales que estaban violando la ley mexicana. Esta "barbaridad" no fue aceptada, pero para el subsecretario de Gobernación, que presidía la delegación, quedó en claro que existía una gran incongruencia entre lo que México había votado en los foros internacionales y su aplicación a nivel nacional. Unos meses después este funcionario convocó al citado jurista junto con un pequeño grupo de gente, cinco exactamente, para armar el proyecto de una nueva ley de menores acorde con las normas internacionales.¹²

De este modo la ley comenzó a gestarse a partir de la decisión política de modificarla y adecuarla a la Convención sobre los Derechos del Niño. Para ello, se recurrió a un grupo de expertos dentro del campo de la minoridad; algunos tenían una importante trayectoria en el ámbito puramente académico mientras que otros mostraban una larga trayectoria en instituciones estatales de atención a *menores*. Este grupo de trabajo formuló el proyecto de ley bajo la supervisión del subsecretario de Gobernación. En este proceso se pueden apreciar características propias del sistema político mexicano¹³ que en gran parte determinaron que el proceso haya sido cerrado y vertical, "clandestino", proceso en el cual los técnicos trabajaron dentro del abanico de las opciones factibles acotadas desde el nivel político: *"Hubo dos cosas nada más, pero que ya eran decisiones políticas. Una; en mi idea original yo pasaba los consejos de menores al poder judicial; claro, para mí es un órgano judicial que debe de*

9. Esta visión se desprende de la entrevista al Lic. Antonio SÁNCHEZ GALINDO.

10. La versión aquí reseñada corresponde al Dr. RODRÍGUEZ MANZANERA.

11. KINGDOM, John desarrolla una interesante propuesta en la que introduce el azar como una variable más junto, a otras, rápidamente podríamos decir que una política sale a la luz cuando se abre una "ventana de oportunidad", es decir la coincidencia temporal de tres corrientes: la corriente de problemas, la corriente de políticas (alternativas de solución) y la corriente del impacto político. *Agendas, alternatives, and public policies*, Harper Collins Publishers, Unites States. 1984.

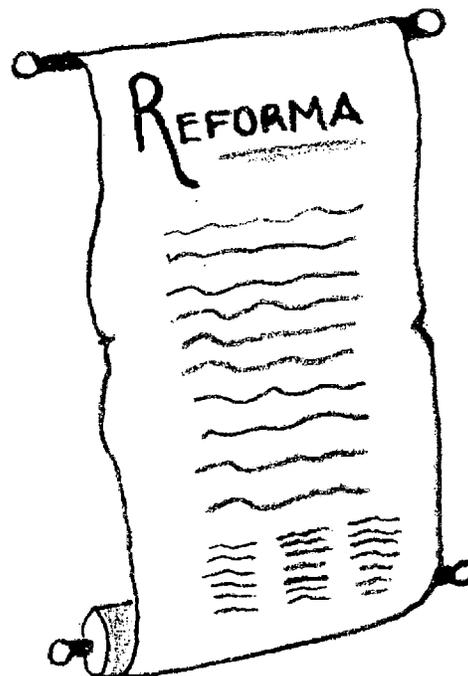
12. Vale mencionar aquí que el citado subsecretario de gobernación era el Lic. Emilio RABASA GAMBOA, además de ser hijo de un ex-seeretario de Gobernación, ya tenía una trayectoria en ámbitos académicos que nos hacen suponer que no era un ignorante del tema en cuestión. Mientras que el Lic. SÁNCHEZ GALINDO, en su versión de la génesis del proceso, le otorga a este subsecretario un papel más activo y con más iniciativa propia.

13. Nos referimos al papel central y protagónico del Poder Ejecutivo en casi todos los proyectos legislativos, así como también a la tendencia que se observa en muchos de los procesos de reforma en cuanto se acotan a los ámbitos de relación directa con el tema en cuestión.

estar en el poder judicial Aquí vino toda la vieja tradición del país... todos estos tribunales fuera del poder judicial. Es que aquí la mitad de la justicia está fuera del poder judicial: lo laboral, lo administrativo, lo electoral. Entonces eso era muy pesado. Además, aquí se trataba de una junción específicamente política, en sí la pregunta era directa: ¿La Secretaría de Gobernación quiere soltar la justicia de menores? No, ni moverle por ese lado, queda dentro de Gobernación, no puede sino casarse con una idea sabiendo que la voluntad política es otra. Entonces, esto sí fue lo único que yo recuerde... Había otra cosa: la facultad de instrumentar una justicia completa de menores independiente de todo el resto del aparato, sobre todo en lo referente a procuraduría. Entonces ni modo de formarlo: tus peritos de menores, tus policías de menores; esto sonaba como la locura. Entonces ahí se discutió un poco: si una parte, si la procuraduría ahí también o no. Eso fue tajante: toda la estructura dentro de Gobernación. Pero de todas maneras esa era una definición política muy clara",¹⁴

La imposibilidad de discutir estos dos puntos prefijados desde el nivel político tiene que ver con la misma dinámica y conformación del proceso. De este modo podemos afirmar que cuanto más cerrado es el proceso y menores son los intereses puestos de manifiesto en el debate y en la interacción entre los actores, es menor la posibilidad de discutir ciertos rubros que son considerados como inamovibles.

Dos datos refuerzan estas observaciones: por un lado, ninguna organización gubernamental participó de la conformación del proyecto; por otro lado, los opositores al cambio, es decir los tutelanistas, eran personas de reconocido prestigio y posicionados en lugares de poder, lo cual invitaba a una estrategia de poca división hasta el proyecto no estuviese bastante avanzado.¹⁵



Si bien esta ley se presenta amparada bajo el nuevo paradigma, en cuanto a la consideración del niño o la niña como sujetos plenos de derechos y ya no como meros objetos de tutela, también se la intenta mostrar como respetuosa y coherente con la larga tradición tutelarista del país. Así mientras el debate académico fue absolutamente polarizado entre los partidarios de mantener el sistema tutelar y quienes impulsaban el nuevo modelo garantista, varios de los actores implicados en el cambio sostenían una postura conciliadora y contradictoria.¹⁶ A su vez,

14. De la entrevista a RODRÍGUEZ MANZANERA.

15. LOS AGARRAMOS FUERA DE BASE, TOTALMENTE DESCUIDADOS. CUANDO REACCIONARON YA SE ESTABA DISCUTIENDO EN EL CONGRESO". DE LA ENTREVISTA AL DR. Rodríguez Manzanera.

16. El Lic. Antonio SÁNCHEZ GALINDO, uno de los coautores de la ley, se expresó así respecto de la ley de 1974: "en el fondo creo que desde el punto de vista estructural es superior a la nuestra. En la estructura de la ley tenía también defensor, tenía juez, tenía una serie de elementos que nada más se hubieran adecuado, cambian de nombre y ya con eso se te da, tenía prácticamente todas las garantías, aunque no se dijeran, lo que se necesitaba era decirlo claramente". Vale destacar que este actor también participó en la reforma legislativa de 1974.

las normas internacionales actuaron como disparadoras de la iniciativa gubernamental y crearon un contexto político favorable que colaboró especialmente para fortalecer la iniciativa del cambio.¹⁷

La nueva ley: a modo de balance

Para evaluar los avances en la nueva ley, la referencia obligada es cotejarla con la ley anterior. En primera instancia, porque es su antecesora inmediata, pero, sobre todo porque es la ley que constituye el punto culminante de la tradición tutelarista. Además, corresponde examinar la nueva ley desde la óptica de las normas internacionales que actuaron como disparadores del cambio.

En este sentido, podemos mencionar ciertos avances de la ley: se estableció un procedimiento judicial en el que la figura equivalente al ministerio público, que en este caso se llama comisionado, se hace cargo de la indagación inicial. También se estableció la etapa de procedimiento, prácticamente la reproducción de un juicio de adultos, que se lleva a cabo ante el consejero unitario. Todo este procedimiento se realiza bajo el principio de presunción de inocencia.¹⁸ Se separó el órgano jurisdiccional, el que juzga, del órgano que ejecuta; aunque esto, como veremos más adelante, tiene algunas deficiencias.

Uno de los puntos más significativos de esta ley es el reconocimiento de que solamente los menores de edad que incurran en conductas de relevancia penal serán sujetos al sistema de justicia de menores y quedan fuera los *menores* que no estén vinculados con pruebas de relevancia penal; de este modo, los *menores* que hasta ese momento eran captados por el sistema bajo la justificación de que se hallaban en estado de peligro, ahora pasarían a ser objeto de asistencia de otras instituciones. Otro punto importante es que fijó un límite mínimo de 11 años de edad y de 18 años como máximo para los menores de edad sujetos a esta ley, es decir

que los niños y niñas de hasta 10 años quedan considerados absolutamente inimputables. También se debe destacar que estableció un control de doble vía, es decir la posibilidad de inconformarse y apelar la resolución definitiva del consejero unitario ante un órgano colegiado que es la Sala Superior. También se introdujo la prescripción, que hasta entonces estaba ausente, y la presunción de minoridad para aquellos casos en que no se certifique la edad por documentación oficial o que no exista certeza del perito médico.

En síntesis, podemos afirmar que "...la nueva ley avanza en el reconocimiento de la inseguridad jurídica y de la situación de indefensión en la que el derecho tutelar colocó a los menores, y propone el establecimiento de un régimen procesal, así como de figuras especiales, equiparables a las existentes en los regímenes de adultos, para jurídica un procedimiento que hasta entonces se había establecido bajo una lógica eminentemente terapéutica y paternalista".¹⁹

Cuando analizamos la dinámica del proceso fueron destacados dos puntos que actuaron como restricciones insalvables impuestas desde el nivel político. Éstas fueron: negar la posibilidad de traspaso del consejo de menores al ámbito del poder judicial, así como también la facultad para crear una justicia de menores totalmente independiente.

Bajo estas restricciones, la nueva ley mantiene algunos *puntos críticos*, tanto por ser contrarios a la Constitución como a la misma Convención sobre los Derechos del Niño. Justamente el hecho de que toda la estructura continúe dependiendo de la Secretaría de Gobernación hace que la nueva ley resulte violatoria de la mencionada Convención,²⁰ al otorgarle a un órgano administrativo dependiente del ejecutivo "un carácter penal y la capacidad de llevar a cabo un procedimiento penal; a la vez esto también es inconstitucional, ya que según la Carta Magna es un atributo exclusivo del ministerio público y de los jueces.

Uno de los puntos críticos de la ley de 1974 era justamente la capacidad del mismo consejo de ser juez y ejecutor, de ser acusador y defensor. Esto se corrige con la nueva ley al separarse estas funciones en diferentes instancias y departamentos. Pero dado que toda la estructura depende de la Secretaría de

17. En este contexto el presidente SALINAS DE GORTARI concurre a fines del año 1989 a la cumbre mundial por la Infancia celebrada en Nueva York bajo el auspicio de las Naciones Unidas. En julio de 1990 la convención es aprobada por el Senado y en enero de 1991 es promulgada por el Ejecutivo.

18. En este punto algunos críticos, particularmente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, acusan que utiliza una semántica un tanto oscura para anunciar este principio. Textualmente la ley dice que "mientras no se compruebe su participación en la comisión de la infracción que se le atribuya, gozará de la presunción de ser ajeno los hechos constitutivos de la mismas"; artículo 36,1.

19. GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis y CRUZ CRUZ, Jesús, "El menor frente al derecho penal: problemas y alternativas", en *Los menores frente al sistema de justicia, Documentos de análisis y propuesta*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México. 1995, p. 57.

20. Específicamente del artículo 40, 3 b).

Al igual que en el proceso de reforma legislativa del año 1974, también aquí se trata de un debate que no trasciende en ningún momento los alcances del propio campo de la minoridad, nunca tiene características de debate público.

Gobernación, termina siendo el mismo poder ejecutivo el que juzga y resuelve (castiga o absuelve) e incluso la apelación a la Sala Superior también es una instancia dependiente de Gobernación. Todo el proceso se desarrolla dentro del ámbito administrativo sin pasar por ninguna instancia del poder judicial.

Otro punto oscuro de la ley es que se mantiene sin criterio de evaluación biopsico social de todo *menor* sujeto a procedimiento (artículo 38) y que será tomado en cuenta por el consejero (juez) para dictaminar la resolución definitiva. Subsiste aquí el criterio de valorar el grado de peligrosidad del *menor* y una búsqueda etiológica de la conducta delincuente, "...este buscar la etiología de la conducta infractora es una propuesta de corriente peligrosista decimonónica italiana que ha subsistido básicamente bajo la fórmula de la criminología clínica. Esto conlleva una dificultad muy grave, por una parte hay un juicio regular, más o menos regular, con todas las garantías, aunque hay una dificultad para la vigencia plena del principio de jurisdiccional... pero hay ese procedimiento contradictorio, con defensa, con defensor letrado y con la participación del menor; hay una resolución, aunque no se explícita en la ley, una resolución de culpabilidad y por otra parte hay una evaluación de peligrosidad, la cual es entregada al juez antes de que resuelva".²¹ Uno de los coautores de la ley, el Lic. Sánchez Galindo, defiende esta metodología: "dentro del procedimiento se crea un equipo interdisciplinario que le sirve al juez, que se denomina consejero, para la individualización de la resolución; cómo es psicológicamente, qué problemas sociales tiene, es decir la interdisciplinar, utilizada para que el juez tenga elementos *para que la resolución no solamente se funde en el delito sino en la personalidad del menor*"²²

En este punto en especial se refleja la posición ambigua de la nueva ley en cuanto a los postulados de la doctrina tutelar y a la práctica institucionalizada a lo largo del siglo. El mismo Dr. Rodríguez Manzanera reconoce esta ambivalencia cuando dice que "...esa ley está casi como partida en dos. Si usted mira la segunda parte cuando habla de tratamiento, etc., es el viejo esquema tutelar. Porque se hablaba mucho de que no podía haber un cambio tan brusco, que había una tradición de más de medio siglo..." De esta manera se continua con uno de los puntos más críticos del sistema anterior, se sostiene la peligrosidad como fundamento, lo cual etiqueta a los niños y a las niñas sometidos a procedimiento dejándolos en una situación de indefensión: ¿Cómo probar que no son peligrosos? ¿Cómo medir la peligrosidad? Por ello la doctrina penal democrática se refiere a juzgar únicamente los actos u omisiones de la persona,²³ de lo contrario el niño o la niña deben responder no sólo por sus actos sino también por su personalidad. Esto, de alguna manera, diluye el intento de que la nueva ley irrumpa como signo de un nuevo arreglo institucional y un cambio radical en las políticas de *menores*.

El impacto de la nueva ley en las instituciones y en las representaciones sociales: cambio y continuidad

¿En qué medida y bajo qué condiciones una nueva ley marca un cambio en las políticas? La respuesta no es sencilla pero es necesario considerarla para poder evaluar correctamente el caso que estamos analizando. Creemos que la magnitud de un cambio

21. De la entrevista al Lic. Fernando CORONADO, Asesor del Tercer Visitador de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.
22. De la entrevista al mencionado funcionario, lo destacado es nuestro.

23. SÁNCHEZ SANDOVAL, S. y GONZÁLEZ VIDAURRI, A., "Algunos aspectos sobre la constitucionalidad de la ley para el tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal, en materia común y para toda la república, en materia federal", en *Los menores otile el sistema de justicia*, op. til, 1995.

se percibe fundamentalmente en su impacto en las instituciones y en las representaciones sociales; es más, es allí donde se define la relevancia de una nueva política, es decir, en cómo la misma irrumpe en la práctica institucional y en la construcción (o desconstrucción) de las etiquetas sociales. Lo primero que debemos tomar en cuenta es ¿a qué tipo de obstáculos se enfrentaba la nueva ley para intentar un cambio? Como ya hemos mencionado, el campo de la minoridad se constituyó a partir de una concepción fundamentalmente tutelar y paternalista, en la cual *el menor* era objeto de protección y no sujeto de derecho. Por lo tanto, introducir una ley garantista implicaría, al menos en teoría, un cambio radical en la concepción de la población asistida y, por ende, de las políticas²⁴. Sin embargo el esquema tutelar llevaba más de medio siglo de funcionamiento, es decir, que su práctica institucional, su cultura organizacional y su saber conforman, aún hoy, dispositivos y arreglos institucionales que funcionan a través de reglas formales e informales, las cuales se encuentran ya estandarizadas y arraigadas por años de desempeño. Cualquier cambio puede ser percibido como desestructurante y, por ende, generará resistencias; estas restricciones hay que tomarlas en cuenta a la hora de poner en práctica una nueva política.

En este sentido, no es extraño que los entrevistados mencionen como la primera reacción ante la nueva ley un gran desconcierto y temor en el personal y en las autoridades. Sin duda, la información es una buena forma de disminuir los temores y las resistencias; debido a esto, la Secretaría de Gobernación pone en marcha una serie de eventos a nivel nacional con ese objetivo. Además se encuentran con un escenario en el cual no sólo se desconocía la ley sino que un porcentaje importante de los funcionarios carecía de los conocimientos de las normas internacionales en la materia.²⁵ A esto se suman ciertas resistencias por parte de los estados para las propuestas generadas únicamente desde el gobierno central sin su participación; esto muestra que no existía un terreno fértil para el cambio.

Aquí vale la pena agregar otros aspectos que complementan el escenario. La ley del año 1974 había tenido el gran mérito de conseguir mejoras importantes en la práctica (mayor infraestructura y presupuesto). Sin embargo, esta situación se complica en los años ochenta debido a la crisis del endeudamiento externo que enfrenta el gobierno, lo cual obliga a instrumentar políticas de ajuste del gasto (como veremos a continuación uno de los principales impactos de la nueva ley es la reducción del número de *menores* internados).

Ya fue mencionado que la ley establece una modificación importante: acota el universo de la población asistida a los *menores* que hayan cometido alguna infracción a la ley penal y eleva la edad mínima de imputabilidad de los seis a los once años. Esto provoca una reducción importante de los *menores* que son sometidos a internación. En la gráfica se pueden observar los números de los ingresos del Consejo de Menores del Distrito Federal: es posible contrastar el promedio de 4740 ingresos entre los años 1985 y 1991 contra los 2139 en promedio anual de 1992 a 1995²⁶. Sin embargo, el perfil de la población sigue siendo el mismo, el mismo grupo socioetáreo que es captado y que es captable por el sistema; al respecto el Lic. Fernando Coronado nos dice: "esto lo que quiere decir es que los que son criminalizados, al igual que los adultos, son los pobres básicamente; no porque sean los únicos que cometen delitos sino que son los criminalizados en función de su vulnerabilidad".²⁷ No es nuestro objetivo profundizar en las causas de la delincuencia o en el funcionamiento de los procesos de victimización. Lo que nos interesa destacar de este fenómeno es que la clientela del sistema, aunque reducida en número, continúa siendo la misma y, por lo tanto (recordando las anteriores consideraciones de gerenciamiento), es bastante lógico que no se produzcan modificaciones sustanciales en el propósito y la misión institucional. Sin embargo, no debemos pasar por alto la reducción en el número. Si esta población realmente tiene carencias y necesidades que la convierten en objetivo de políticas sociales, entonces estos niños y adolescentes se introducen bajo otras prácticas institucionales que ya no caen dentro del *caraipe* de la minoridad. La pregunta es, ¿qué pasa con aquellos *menores* que antes ingresaban al consejo tutelar por

24. Desde un punto de vista gerencial la misión institucional se define básicamente a partir del cliente. DRUCKER, P., *La gerencia, tareas, responsabilidades y prácticas*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1992. El paradigma garantista, que culmina en la Convención sobre los Derechos del Niño, replantea la cuestión en términos de niños/as y adolescentes ya no en términos de *menores*.

25. Según el Dr. RODRÍGUEZ MANZANERA "más de la mitad de los presidentes de los consejos de menores nunca habían visto los documentos internacionales".

26. Los datos utilizados fueron proporcionados por la Dirección Técnica del Consejo de Menores.

27. De la entrevista al Lic. Fernando CORONADO, asesor del Tercer Visitador de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

razones asistenciales? Una respuesta, desde un lugar crítico a la nueva ley, es que se los deja sin asistencia, sin amparo. Otra forma de verlo sería analizar qué tipo de asistencia y de amparo se les brindaba. En este sentido consideramos que se trata de un error de las políticas sociales pero no se puede sostener que las mismas instituciones para niños y adolescentes infractores sean las que asistan a quienes tienen necesidades y requieren cuidado ante el abandono, atención a la pobreza, apoyo para el aprendizaje, etc.; fundamentalmente por los efectos altamente estigmatizantes de las instituciones de encierro.

Anteriormente señalamos que la información era uno de los instrumentos elementales para implementar un cambio. Sin embargo, la campaña de difusión iniciada por la Secretaría de Gobernación no tuvo continuidad. El Dr. Rodríguez Manzanera responsabiliza de esa falta de continuidad al cambio de funcionarios en el nivel político: "vino el cambio (político) y siento que se abandonó la campaña... si la gente no está enterada y si no sabe bien de qué se trata, no va a estar de acuerdo o no se va a dar el cambio que uno quiere". A la vez, el Lic. Sánchez Galindo, con más conocimiento en la práctica cotidiana de las instituciones, apuntaba que si bien la ley fue un avance desde el punto de vista jurisdiccional "desde el punto de vista de las medidas en las instituciones o bien en el tratamiento en externación, prácticamente (todo) siguió igual".

Hemos reseñado algunas modificaciones que logró la ley: básicamente recortar el campo de la minoridad e introducir una instancia más clara en el procedimiento. Si bien esto se refleja fundamentalmente en términos numéricos, subyace un límite cualitativo para el accionar institucional que tal vez aún no aparece del todo manifiesto. Al respecto rescatamos un cuestionamiento que el presidente de un consejo tutelar de uno de los estados de la república le hacía a uno de los autores de la nueva ley: "cómo que por qué lo detengo...porque es *menor*". Aquí está, creemos, el nudo de la cuestión, el núcleo de un cambio ambiguo, contradictorio y paradójico a la vez. Ambiguo porque la misma ley, desde su punto de partida, no deja claramente definido su referente ideológico y se queda a medio camino entre la ruptura y la continuidad de la concepción que la sustenta. No se trata de agregar las garantías al sistema tutelar, de cambiarle el nombre al consejo, o simplemente de introducir modificaciones técnicas que le den más independencia y transparencia al proceso. Para que una política de cambio tenga éxito es fundamental establecer claramente cuál es el nuevo espíritu, la nue-

Uno de los puntos más significativos de esta ley es el reconocimiento de que solamente los menores de edad que incurran en conductas de relevancia penal serán sujetos al sistema de justicia de menores y quedan fuera los menores que no estén vinculados con pruebas de relevancia penal...

va concepción, que orienta y guía las acciones. En este sentido, en ningún momento se redefine el uso del término que hasta ahora ha signado a cierto sector de la infancia con características distintivas: *menores*. En este punto aparece la contradicción principal de la ley, que se refleja en la respuesta mencionada del presidente de un consejo tutelar. En el fondo, este funcionario tiene razón, el término *menor* tiene una connotación sedimentada institucionalmente a lo largo de décadas y arraigada en las representaciones sociales, que da sustento por sí misma a una intervención tutelar y paternalista. Esto, sin embargo, no cierra la posibilidad de que se esté operando un cambio, que de hecho creemos que sí está sucediendo, pero en forma mucho más confusa y lenta.²⁸ En los hechos, la ley limita la capacidad del consejero para intervenir y juzgar la conducta y la situación en la que se encuentra un *menor*, de hecho lo que provoca la "ley para menores infractores" es un desplazamiento hacia este segundo término, es decir, el acento ya no está en que sea *menor* sino en que sea *infractor*; y esta última categoría se define con base en la violación al código penal. Lo cual, con la contradicción a cuestas, tiende, en el largo plazo, a una redefinición de la semántica del término *menores*, que tal vez en algún momento pueda desprenderse de esa connotación ligada al paradigma tutelar.

28. En palabras de Douglas NORTH podríamos decir que se trata de un cambio incremental. Véase *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

Este cambio también es paradójico. En realidad, se trata de un efecto que tiene que ver, sobre todo, con el contexto sociopolítico más que con una característica propia de la nueva ley. Nos referimos a un efecto no buscado por la ley, pero que ha sido señalado por algunos autores: "no sería extraño que, en un primer momento, al legislarse sin derecho penal garantista para los menores de edad, ocurriera un 'efecto rebote', de que este nuevo derecho fuera utilizado mal, generando un mayor número de niños, niñas y adolescentes sancionados y privados de libertad".²⁹ En el caso mexicano, si bien el número se reduce, debemos destacar el fenómeno de un aumento de la represión para los *menores* que quedan en internación; en tal sentido los entrevistados coincidían en señalar a la institución Quiróz Cuarón de máxima seguridad para *menores* infractores como el extremo al cual se puede llegar. Esta nueva concepción "garantista" hacia los infractores menores de edad parece provocar el efecto no deseado de volver menos encubierta la represión, ya que ahora se asume que los *menores* (de más de 11 años) son imputables. Esta es la principal razón por la cual la implementación de estas políticas debe ser absolutamente coherente. Es decir, no se puede suponer que luego de la sanción de la ley su puesta en práctica es automática. Para lograr una transformación de las instituciones se deben implementar políticas al respecto. En caso contrario, la nueva ley puede ser asimilada por la práctica institucional, provocando mínimas modificaciones pero sin cambiar el corazón del sistema. La regla formal (en este caso la nueva ley) debe tener en cuenta para su efectividad un elemento informal que le da sentido; nos referimos a tradiciones, creencias, códigos morales, todo lo que conforma la cultura organizacional. En este sentido, observamos la falta de un diagnóstico correcto de la situación (de allí la sorpresa manifestada por el Dr. Rodríguez Manzanera, al encontrarse con que la mitad de los presidentes de los consejos desconocían las normas internacionales) que se da a partir

de cierta subestimación del peso de las organizaciones, del capital humano, de sus códigos y de sus creencias laborales. Los entrevistados coincidían en señalar que el personal y las autoridades continuaban teniendo una actitud de tipo tutelar. Además, mucha gente y los medios de comunicación siguen refiriéndose al consejo de menores como consejo tutelar. El proceso cerrado del cambio de la ley impidió crear un ambiente de reflexión y debate a través del cual promover nuevas ideas, lograr el convencimiento del personal y de la opinión pública en pos de un nuevo consenso orientado hacia el modelo garantista. Respecto al proceso de cambio en las instituciones Douglas North apunta que son las organizaciones las que ponen en marcha este cambio y las que juegan un papel decisivo en la dirección del mismo,³⁰ lo cual refuerza las observaciones anteriores sobre la escasa efectividad de las políticas. El descuido principal en la planificación e implementación de la nueva ley se da con el elemento humano: no se promueve un nuevo consenso en las organizaciones profesionales, académicas y gremiales que aglutinan al personal del campo de la minoridad. La nueva ley aparece como un intento de imposición del nuevo paradigma desde arriba, o bien puede ser vista como un proceso contradictorio, en el cual sólo existió la voluntad política de adecuar la regla formal a las normativas internacionales pero sin que ello implicara promover un cambio radical en las políticas de *menores*.

En este sentido, la principal dificultad que se observa en la ley es que nace con una incapacidad intrínseca de promover un consenso en torno a ella: desde la perspectiva tutelarista es criticada por considerarla como un retroceso, ya que devuelve a los *menores* al código penal y desde el punto de vista garantista, la ley no se sitúa claramente bajo el nuevo paradigma de la Doctrina de la Protección Integral. Así, desde la nueva ley, es muy difícil generar nuevas creencias compartidas que provean un marco de certidumbre para consolidar un nuevo arreglo institucional.

29. CARRANZA, Elias y MAXEIRA, Rita, "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina", en *Los menores ante el sistema de justicia*, op. cit., 1995.

30. *Op. cit.*, pp. 152-157.