

El desfase institucional y jurídico de la justicia de menores en México

Primera parte

Juan Antonio Castillo López
Eduardo Pardillo Quiroz
Sonia Angeles Alraazán

Muy tarde se han incorporado a las instituciones sociales y jurídicas las cuestiones vinculadas a los niños. Ha sido ésta la tónica infalible, por lo menos en la cultura occidental. El concepto de *niñez* pertenece al pasado relativamente inmediato;¹ antes fueron adultos pequeños, seres sin alma y hasta *mascotas superiores* como los nombra un autor² Nos es extraño, por tal motivo, que fuera hasta el año de 1924 cuando la colectividad internacional asumiera la necesidad de plasmar los derechos del niño (Convención de Ginebra), esto es, casi dos centurias después de la Ilustración francesa.

De manera ulterior, en 1959, los países miembros de Naciones Unidas emitieron una segunda declaración de los derechos del niño, y tres décadas después tuvo verificativo la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Esta fórmula desde luego ha regido también la postura del poder público hacia los menores que trastocan el orden legal establecido. Por siglos, los niños fueron tratados inclusive con la misma severidad que los adultos en lo tocante a la imposición de penas y a lo sumo se contemplaron sanciones atenua-

das o bien, se planteó la irresponsabilidad penal en algunos casos. Así por ejemplo, fue en las postrimerías del siglo pasado cuando se creó el primer Tribunal para Menores (en la Ciudad de Illinois EU, en 1899); y hasta 1923 se fundó en nuestro país un tribunal de esta índole (en la ciudad de San Luis Potosí). En 1926 se instituye en el Distrito Federal el Tribunal de Menores, lo que da lugar a la promulgación de la Ley de Prevención Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal y Territorios Federales en 1929. Como se observa, es muy reciente la separación de la justicia de menores respecto del ámbito penal.

Esta tendencia a "rescatar" al menor del derecho punitivo cobró mayor fuerza al entrar en vigor la Ley que Crea los Consejo Tutelares en 1974.

sistema tutelar

Uno de los autores cercanos a la corriente tutelar señala que el espíritu de las resoluciones de los consejeros tutelares se enfocaba a la protección y readaptación social del menor, perdiendo importancia el hecho irregular de la conducta ante la tras-

1 POLLOCK. señala que las imágenes modernas de la niñez empezaron hacia 1750, es decir durante la Ilustración del siglo XVIII, y que a partir de 1850 "hubo una actitud menos hostil y menos represiva hacia la voluntad de los niños. POLLOCK, Linda, *Los niños olvidados*, México, 1990, FCE, p. 27.

2 Idem., pp. 23

3 PLATT, Anthony, *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, Siglo XXI, pp. 36

endencia del sujeto integrado positivamente a la vida y la sociedad.⁴ Dicha postura sintetiza con elocuencia el sesgo de prédica oficialista sustentada por el modelo tutelar: curar antes que castigar, relevar la sanción con el tratamiento interdisciplinario, proteger al menor sustrayéndolo del perímetro del derecho punitivo. En su momento la nueva tendencia constituyó un viraje de ciento ochenta grados en el rumbo de la justicia de menores, surgió colmada de innovaciones y expectativas interesantes. En el plano del discurso, se exaltaron las bondades de la fórmula tutelar, por cierto muy consecuente con la actitud paternalista del Estado mexicano de la época.⁵ La política criminal en materia de menores sufrió un vuelco dramático.

Sin embargo, en la práctica el planteamiento tutelar se vio rebasado de forma drástica por el despliegue sistemático de un alud de violaciones a los derechos públicos subjetivos del menor que inhibió la consecución de su plausible cometido. La proclividad a conculcar tales derechos, evidenciada por este modelo, parte desde la redacción misma de la ley al acotar ésta el disfrute de las garantías individuales en aras de la pretendida protección y readaptación social del niño infractor, y se agudiza por virtud de la deficiente aplicación de la norma, estimulada por el dilatado espectro de discrecionalidad que el ordenamiento tutelar confería a los órganos de autoridad de él emanados.

En realidad el menor sujeto a este régimen se hallaba inerme ante las incongruencias de un esquema terriblemente violatorio de sus garantías individuales. Desde la perspectiva de la aplicación rigurosa de la ley, el propio entramado de ésta conducía de manera natural (e inexorable) a transgredir los derechos constitucionales del individuo; en el terreno de la praxis, la indiscriminada potestad detentada por las autoridades del Consejo acentuaba más esta situación. El frágil y cuestionable argumento de la minoridad (o más bien de sus implicaciones biopsi- cosociales) bastó para erigir una muralla legal infranqueable en torno al menor, lo que se tradujo en su total aislamiento respecto de los más encarecidos derechos de la persona humana.

El régimen de garantías fue extirpado de la justicia de menores desde la concepción misma de la estructura tutelar. Lo que a nuestro parecer refleja no sólo la mutua exclusión sino el virtual antagonismo entre la Constitución General en su parte dogmática y la Ley que Crea los Consejos Tutelares. Esto se aprecia con claridad en la ausencia de un tope mínimo de edad para delimitar la competencia del Consejo Tutelar, y también en el hecho de que no se contempló en el andamiaje de la ley un periodo máximo de sujeción de tratamiento.⁷ De tal suerte, igual se resolvía prolongar la estancia del interno que "darlo de alta" de la institución sin considerar en absoluto el transcurso del tiempo. Se podrá decir que los menores eran liberados una vez que se lograba readaptarlos positivamente a la sociedad, que cada uno de ellos reaccionaba de manera diversa al tratamiento, que la dotación natural de los individuos es variable, etc. etc., y por esa razón, el intervalo de permanencia de un menor en el Consejo resultaba impredecible. Empero, la incertidumbre sobre la postergación de la libertad subsistía todo el tiempo y la seguridad jurídica se colcucaba sistemáticamente. Más allá del maquillaje formal, el internamiento para alcanzar la **readaptación social** no dejaba de ser un acto privativo de libertad con frecuencia injustificado.

El menor fue ubicado en la categoría de enfermo social y no así en la de transgresor de la ley. No debemos perder de vista que el ambiguo y holgado espectro de competencia de la autoridad tutelar comprendía la atención tanto de los niños transgresores de las leyes penales y los reglamentos de policía y buen gobierno, como de los menores en estado de riesgo y los "incoregibles" (aquellos desadaptados del caudal homogeneizante de la sociedad). El estigma legal del "incoregible", además de no ser racionalmente conciliable con un Estado de derecho, es el ejemplo por antonomasia de la transferencia conceptual de delincuente juvenil a menor infractor, o mejor dicho a paciente penitenciario, como veladamente la ley le concebía.

4 TOCAVEN GARCÍA, Roberto, *Menores Infractores*, México, 1989, Edicol, p. 17.

5 La ley que crea los Consejos Tutelares fue promulgada en 1973, periodo en que Luis ECHEVERRÍA fungía como Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, es decir en plena eclosión del Estado populista y paternalista.

6. La ley que crea los Consejos Tutelares era omisa en señalar una edad mínima de ingreso a la institución. La ley vigente establece una edad límite de once años para que los órganos del Consejo de Menores puedan conocer de un asunto. Así, el criterio cronológico para determinar la competencia del Consejo de Menores queda inscrito en el rango de los once a los dieciocho años.

7. La ley vigente establece cinco años como máximo en el caso del tratamiento en internación, y un año para el tratamiento en externación.

La intervención del Consejo Tutelar en los casos de menores en estado de riesgo e "incurables" mutilaba la libertad en virtud de una mera suposición. Si se tratara de adultos, dicha práctica correspondería al absurdo de convertir en reos a todos aquellos en quienes se intuya cierta propensión a quebrantar el orden penal establecido, o aún a quienes atravesasen estados depresivos y de

acuerdo a criterios psicológicos sean potenciales candidatos al suicidio.

El legislador giró el dintel de una puerta que la doctrina jurídica había cerrado desde el Marqués de Bccaria.

La simple sospecha de una cierta proclividad, disposición o riesgo de perpetrar conductas sancionadas ya no penal sino social o moralmente, contra sí mismo o contra su entorno, bastaba para segar la libertad personal del menor. Esta ligereza para denostar el enaltecido sentido de la

libertad, se adscribe más bien a la noción propia de un Estado totalitario y colisiona bruscamente con la idea de un Estado de derecho. Pero, no sólo constituye un menosprecio hacia el valor de la garantía de libertad, también subvierte y perturba los fundamentos en los que descansa el Estado de derecho, a pesar de que se arguya que a final de cuentas, todo esto se instrumentó por el "propio bien" del infractor.

Las prácticas enquistadas en el seno de la justicia de menores favorecieron el advenimiento de un ejercicio abiertamente discriminatorio, pues con asiduidad la causa del internamiento estaba vinculada a la pobreza. Los menores incorregibles llevados al Consejo Tutelar eran el reflejo de su contexto social y familiar, muchas veces asociado con la violencia y los estados carenciales. Los niños de la calle eran internados por encontrarse en estado de riesgo, condición que a su vez obedecía a su hollante pobreza. Así, en múltiples casos, a los menores se les internaba por ser pobres. ¿Cómo entonces se pretendía "curarlos", si en mucho la etiología de la

conducta o situación que los había conducido al Consejo Tutelar radicaba en la pobreza misma?

¿Cómo curar la pobreza?

Ahora bien, el derecho penitenciario enarbola igual; el paradigma de la readaptación social como la pretensión hegemónica de toda pena i privativa de libertad, es decir, en teoría, también los centros penitenciarios, nominados Centros de Readaptación Social por lo mismo, ofrecen una terapia interdisciplinaria para curar a ese "enfermo social" que es el reo, sin embargo, sería escandalizante que de pronto se promulgara una ley, que dispusiera "internar" a las personas en las que se presumiera una especial inclinación para el delito. Sería quebrantar hasta su última expresión el principio de legalidad, y en un acto de alquimia legislativa, transformar el régimen de garantías individuales

en un vulgar caudal de prejuicios. Entonces, ¿por qué a los niños se les trató así?



⁸ Agregúese el hecho de que el tratamiento de los menores internos fue durante muchos años, de rigidez militar. Permanecían uniformados con suéter, corbata y chamarra con hombreras para cuartelera. Se pasaba lista por número y por nombre y los distraídos que no contestaban eran castigados con ejercicios de lagartijas o les daban de garrotazos. También eran castigados si les faltaba un botón. Otros castigos usados era el pelarlos, hacer que usaran pantalones rabones, haciendo fajina, zancadillas, ponerlos en el piso. También negándoles la visita o la asistencia al cine. En cuanto a la alimentación ha habido altas y bajas, llegando a conocerse la escuela como "El Teipan", porque en una época sólo eso cenaban los internos: thé y pan. MARÍN HERNÁNDEZ, Genia, *Historia del Tratamiento a los Menores Infractores en el Distrito Federal, México*, 1991, CNDH, pp. 29-30.

Frente a la existencia formal del Estado de derecho, las "sanas" pretensiones de la ley tutelar se escuchan francamente aberrantes, pues soslayan los derechos humanos del niño y ofrecen como justificación un discurso retórico intragable.

El derecho a la defensa no asistía al menor sujeto al procedimiento tutelar, pues aun cuando contaba con un **promotor** que, según el artículo 14 de la ley tutelar, vigilaría **la fiel observancia del procedimiento, concurriendo cuando el menor comparezca ante los Consejeros, la Sala o el Pleno, proponiendo la práctica de pruebas o asistiendo a su desahogo, formulando alegatos, e interponiendo recursos**, la trascendencia de este funcionario distaba mucho de satisfacer el espíritu de la garantía constitucional. Si puntualizamos la inexistencia formal de un órgano acusador, se entenderá que el promotor también concentraba la potestad de aportar pruebas de cargo, no sólo de descargo; acusaba y defendía a su libre y subjetivo arbitrio.

Respecto del sistema tutelar, García Ramírez⁹ escribió: el estado sustituye a los encargados legales del menor -conforme a las normas vigentes en materia de patria potestad y tutela-, y que este relevo no entraña punición. No hay pena, necesariamente, citando se restringe un bien fundamental: la libertad. Sucede en el caso de ciertos enfermos -sigue manifestando la corriente tutelar- y a nadie se le ocurre pensar que se les esté castigando al mantenerlos internos en un centro de tratamiento. Y ocurre también, precisamente, en el desempeño de la guarda legal del menor: cuando el padre o el tutor envían a sus hijos o pupilos a la escuela, o restringen sus salidas o los colocan en un internado, nadie dirá que el padre o el tutor estén aplicando penas privativas o restrictivas de libertad y que deban actuar en la forma prevista, para este fin, por el artículo 20 de la Constitución y el Código de Procedimientos Penales. Esa es la tarea que el Estado asume, y no otra: la de la tutela, no la de la punición. Es muy diferente lo que sucede en el caso de los adultos, que ya no están sujetos a patria potestad o tutela. Aquí se ha producido otra situación legal, de la que proceden, asimismo, otras consecuencias legales¹

Como se observa, García Ramírez asevera que durante la estancia del menor dentro de la institución tutelar de tratamiento, el Estado asume temporalmente las funciones de los que ejercen la patria potestad o tutela, conforme a las leyes civiles, y que **este relevo no entraña punición**; como tampoco en los casos "análogos" de los enfermos a quienes se les interna para curarlos, o de los hijos que son compelidos por sus padres para asistir a la escuela. Es decir, si permanecer en forma indefinida¹¹ dentro de una prisión a la que por un eufemismo se llama Centro de Observación, equivale a ir a la escuela, entonces la fajina es afín al recreo; significa esto también, que una vez efectuada la detención por los cuerpos policiacos, el subsecuente traslado del presunto niño infractor al Consejo Tutelar, no era sino el más fiel símil del trayecto que una madre o un padre recorren para dejar a sus hijos en la escuela; y que los temidos custodios asignados a los dormitorios se equiparan a los padres; asimismo, la determinación de aplazar la externación del infractor por otros tres meses,¹² correspondería a la respuesta nugatoria de los padres para no salir de casa después de comer, por haberse portado mal. Y, ¿cómo debiera interpretarse el mandato que el Código Civil impone al que ejerce la patria potestad y al tutor, de observar una conducta intachable para servir de buen ejemplo a sus hijos, nietos o pupilos?

Se percibió al menor sujeto a la potestad del Consejo Tutelar como un enfermo al que era menester curar y, para ello, se le sometía a un tratamiento en un ámbito de encierro, de disciplina institucional que descansa de manera preponderante en el custodio. Quien es sometido a un tratamiento de cualquier índole, de ordinario es porque con antelación se le ha diagnosticado una patología a través de pruebas con validez científica. Muchos de los internos eran diagnosticados por sus padres, no pocas veces alcohólicos o analfabetas, que endosaban sus obligaciones parentales al Consejo Tutelar; sólo bastaba para

9. Sergio GARCÍA RAMÍREZ, junto con Victoria ADATO y Héctor SOLÍS QUIROGA, fueron quienes concibieron y elaboraron el proyecto de la Ley que crea los Consejos Tutelares promulgado en 1974.

10. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Proceso penal y derechos humanos*, México, 1993, Porrúa, p. 289.

11. A diferencia de la Ley de Menores Infractores vigente, que fija los rangos mínimos y máximos de duración del tratamiento en su artículo 119, que a la letra dice: "El tratamiento externo no podrá exceder de un año y el tratamiento interno de cinco años", la Ley que crea los Consejos Tutelares, no fija límite alguno, y subordina la libertad del interno a la discrecionalidad de los órganos del Consejo Tutelar.

12. La ley que crea los Consejos Tutelares, dispone que la sala revise las medidas que hubiere impuesto, tomando en cuenta los resultados obtenidos mediante la aplicación del tratamiento, con una periodicidad oficiosa de tres meses (artículos 53 y 54).

ello tildarlos de "incurables". Bien decía la ley, que si se detectaba una **inclinación a causar daño**, ameritábase **la actuación preventiva del Consejo**, ¿quién la detectaba?; se dijo ya que esos versátiles padres, cuyo nivel profesional tal vez no los autorizaba a determinar con certeza la presencia de rasgos de personalidad criminal, pero sí lo hacía la ley tutelar, cuya enaltecida misión de proteger al niño, así se cumplía.

En el sistema tutelar, el Estado podía constreñir por un lapso temporal indefinido la libertad del infractor sin que éste hubiera trastocado el orden penal; tan sólo por una falta administrativa, pero esto -según se dice-, **no entraña punición**. Entonces ¿un tutor puede mantener a su pupilo indefinidamente encerrado y preguntarse cada tres meses, con amplísima, mejor dicho ilimitada discrecionalidad, si ya debe levantarle el castigo? Lo más grave, nos parece, es justificar que el Estado tuviera menores privados de su libertad, sustentado únicamente en aparentes buenos deseos, voluntad tuitiva y afán de buen samaritano.¹³ Aquí debemos recordar dos cosas: a) la patria potestad y la tutela son instituciones jurídicas de protección al menor, nunca óbices para contribuir al infortunio de un niño, y es evidente que no deben implicarle de modo gratuito ser privado de la libertad; b) las garantías individuales priman sobre cualquier derecho civil, así, no por virtud de la patria potestad o de la tutela, alguien debe quedar excluido del disfrute de la protección constitucional de sus derechos humanos.

La ley para el tratamiento de menores infractores, un modelo para la continuidad del desfase de la justicia de menores

En 1991 se publicó la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, y entró en vigor hasta febrero del año siguiente. Este ordenamiento no rompió del todo con

la ley anterior,¹⁴ pero trata de incorporar algo elemental e ineludible: los derechos humanos del niño. La Convención Internacional de los Derechos del Niño, inspiró de modo importante la redacción de esta ley, que entre sus aportaciones más relevantes, vino a fijar el intervalo de duración del tratamiento y la edad mínima (de once años), que la ley precedente no contemplaba. Consagró la garantía de defensa, transpolando casi íntegramente el artículo 20 de la Constitución (artículo 36). Además, dio entrada al órgano acusador (Ministerio Público y Comisionado de Menores) y separó la función jurisdiccional¹⁵ de la ejecutora, de esta suerte, nació la Unidad Administrativa Encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores, cuya función es aplicar las medidas ordenadas por el Consejo de Menores. La prevención general, y la procuración de justicia a través de la figura del Comisionado de Menores, constituyen las otras dos grandes atribuciones que la ley dispone para dicha unidad administrativa, nominada Dirección General de Prevención y Tratamiento de Menores (DGPTM).

La Unidad de Defensa es técnicamente autónoma, aunque depende administrativamente del Consejo de Menores. La "Unidad" de Comisionados de Menores carece de tal autonomía técnica y está adscrita a la DGPTM. Así, autoridad ordenadora y autoridad ejecutora, además, son las partes del litigio. La ley muestra contradicciones insalvables en la estructura del Consejo de Menores y de la DGPTM, pues tanto la Unidad de Defensa como el Comisionado de Menores, partes que representan el interés jurídico en controversia, están subordinadas uno al órgano resolutor, otro al ejecutor; esto hace que devenga cuestionable la imparcialidad de las autoridades o la parcialidad del defensor y la buena fe del Comisionado de Menores, y compromete la funcio-

13. Tal es el caso de los menores clasificados "en estado de riesgo" es decir, que no cometieron conducta ilícita alguna, pero que no obstante, se les internaba en el Consejo Tutelar por existir la posibilidad fundada de que resultaran víctimas de su medio habitual. Esto llevó a que por ejemplo, los menores de la calle fueran internados en el Consejo, por estar su integridad personal en riesgo y representar al mismo tiempo, según la ley, un peligro inminente de daño para la sociedad.

14. Perviven aún vestigios de la Ley que crea los Consejo Tutelares, por ejemplo: el tratamiento rehabilitatorio (adaptación social) continúa siendo la meta primordial del Consejo, ese sentido de alivio terapéutico a una problemática biopsicocial; la aplicación de tratamientos interdisciplinarios, y las coincidencias de las evaluaciones trimestrales del tratamiento en internación en ambos casos, son algunas herencias del sistema anterior. Desde nuestra óptica, tales aspectos merecían su incorporación a la nueva ley, pues son de los argumentos positivos del esquema tutelar.

15. Si bien, el artículo 4º de la ley señala que el Consejo de Menores es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, sus funciones son materialmente jurisdiccionales porque instruye un procedimiento similar al proceso penal de adultos, con efectos jurídicos posibles de privación de la libertad. Este criterio ha sido sustentado por el pleno de la Suprema Corte.

nalidad de la ley. El que acusa, después rehabilita (adapta);¹⁶ el que defiende, paralelamente juzga.

La dependencia jerárquica tanto del órgano ejecutor como del fiscal de menores al titular de la DGPTM, es incompatible con la reiterada disposición de la ley a garantizar el respeto irrestricto de los derechos del menor emanados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de los Tratados Internacionales.

La ley de menores vigente establece, subrepticamente, un proceso acusatorio al que califica de procedimiento administrativo, pero lo trata de ocultar a través de una nomenclatura atípica y así le llama Comisionado de Menores al Representante Social; Consejero al Juez y Consejero Numerario al Juez de Alzada; nomina Tratamiento a la punición o compurgación de la pena; Resolución Definitiva a la sentencia de primera instancia y Resolución de Apelación a la de segunda; Diagnóstico a la prisión preventiva.¹⁷ Al delito lo trata de mimetizar con un malabarismo formal y lo transmuta en una figura a la que llama infracción; pese a ello, establece como el objetivo hegemónico del tratamiento, la adaptación social de los menores, que han cometido conductas tipificadas en las leyes penales federales y del Distrito Federal (artículo 1º) y, en consecuencia, sin que la redacción sea expresa, se refiere a los

16. Y más aún, pues según el inciso f) de la fracción II del artículo 33 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, el Comisionado podrá intervenir en el procedimiento instruido por el Consejero, en la fase del tratamiento, es decir, después de que ha quedado firme la resolución de segunda instancia y, hasta que el menor sea liberado de la medida impuesta. En la práctica, esto se ha interpretado, en los casos de tratamiento en internación y externación, otorgando participación con derecho a voto al Comisionado de Menores en los Consejos Técnicos que periódicamente celebra el órgano ejecutor, para evaluar la posible liberación o aplazamiento de la medida de tratamiento, sin la intervención de un elemento de la Unidad de Defensa. Las actas donde se hace constar el informe de los avances del menor infractor o la inexistencia de estos, se remiten al órgano jurisdiccional, es decir, al Consejero Unitario que previno; sin asentar la intervención de la parte acusadora. Tales actas de evaluación influyen de modo sustancial en la resolución que emitirá el Consejero Unitario.
17. Acorde a la Ley de Menores Infractores, durante el tiempo de la instrucción, es decir, 15 días hábiles (artículo 51), el menor es sometido a una serie de pruebas e investigaciones diagnósticas de carácter interdisciplinario y técnico, que buscan conocer tanto su estructura biopsicosocial, como la etiología de la conducta infractora (artículos 89 y 90). Tales pruebas se practican por la autoridad diagnóstica estando el menor interno o externo en el Centro de Diagnóstico. Esto depende de la gravedad de la infracción, como sucede en el régimen penal de imputables con la libertad cauciona], la formal prisión o la sujeción a proceso sin prisión preventiva. Es criticable, sin embargo, que se pretenda encontrar la etiología de la conducta infractora si la instrucción judicial apenas está desahogándose y, por ende, no se determina todavía si el menor cometió o no la conducta ilícita y si en verdad esa conducta infractora le es atribuible ¿Cómo es entonces que la ley establece, por un lado, el principio de presunción de inocencia para el menor (36) y, por otro, lo estigmatiza, lo prejuzga, al someterlo a un estudio criminológico con antelación a la declaratoria judicial que le adjudique la actualización de la conducta que el Comisionado de Menores le atribuyó?

menores que han delinquido. En términos prácticos, delito (acción u omisión a las leyes penales) e infracción (acción u omisión a las leyes penales) son idénticos. La causa de un cambio en la nominación legal del delito obedece a que técnicamente los menores no cometen delitos porque se consideran inimputables,¹⁸ por eso es que el legislador recurrió al simplismo de rebautizar la categoría delito sin que operara alguna modificación de fondo.

El delito constituye un atentado contra los bienes tutelados por las normas del derecho penal; dichos bienes representan intereses fundamentales de la colectividad y de las personas, como son: la vida, la integridad corporal, la libertad, la seguridad sexual, el estado civil, el patrimonio, el honor, etc. Así, el que despliega la conducta ilícita, irrumpe contra la sociedad entera. El menor por el hecho de serlo no está excluido de generar tal efecto, aunque su conducta sea matizada con subterfugios. Ahora bien, tampoco sería congruente apelar a otra solución simplista y acoger el término delito de manera literal en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, porque, ciertamente, se entraría en una nueva controversia técnica: primero: en efecto, en tono formal, los menores gozan de inimputabilidad penal y la inserción del concepto delito, tendría implicaciones tales que afectarían la naturaleza del procedimiento instruido, haciéndose insalvable la necesidad de convertirlo formalmente en un proceso acusatorio; segundo: de resultar que del procedimiento instruido se desprenda la participación del menor en la exteriorización de la conducta ilícita y ésta fuera semánticamente conceptualizada como delito por la hipotética ley, entonces sería exigible, en aras de la impartición de justicia, la aplicación de la pena. Esto es imposible desde un enfoque constitucional, pues el artículo 21 de la Ley Suprema, señala que la **imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial**. Un cambio en la designación legal de los consejeros a jueces y el consecuente cambio de adscripción del Poder Ejecutivo al Judicial, constituye una salida grotesca y superficial, ya que los problemas que entrañan las hondas deficiencias de la ley en comento, son ante todo de fondo y sólo relativamente de forma.

18. Existe controversia respecto de si el menor infractor es un sujeto inimputable o sólo irresponsable penalmente. D'ANTONI cita a NUÑEZ (*Derecho penal Argentino*, t. II, p. 29), quien señala que ser imputable significa, en definitiva, que el autor puede ser punible; y refiere que MEZGER (*Tratado*, t. II, p. 125), después de definir al inimputable como quien posee en el tiempo de la acción las propiedades personales exigibles para la imputación a título de culpabilidad, expresa que el menor que no alcanza la edad legal es "incapaz de pena" y señala que la tesis predominante es la que entiende que se trata de una causa de exclusión de inimputabilidad. D'ANTONI, *El menor ante el delito*, p. 101.

¿Qué proponemos entonces? Es menester en principio, evidenciar la dimensión e incongruencia plena de la ley en cuanto al fondo. Como se vio, el sustento para someter a un menor al ámbito de aplicación de la ley, es que se le atribuya la comisión de una conducta tipificada en las leyes penales, pero si la norma jurídico penal se concibe y promulga bajo la premisa de que será aplicada a personas imputables, es innegable que al transplantar el caudal de las hipótesis descriptivas de conductas tipificadas a otro régimen donde las motivaciones para cometerlas no son siempre coincidentes y obedecen muchas veces a etiologías distintas; por ejemplo, el robo desplegado por un niño tal vez tenga como trasfondo la necesidad de éste de "arrebatar" así, el afecto que le ha sido negado, en el adulto tiene de ordinario, su origen en otras necesidades que no discutiremos aquí.

El caso de la violación equiparada, en el supuesto que contempla que el sujeto pasivo tenga la calidad específica de ser menor de 12 años de edad es elocuente (artículo 266). Pensemos en el caso remoto, de que el sujeto activo tenga sólo trece años de edad y utilice como medio comisivo la seducción, nunca la violencia en cualquiera de sus dos manifestaciones posibles en este tipo de ilícitos. La violación equiparada, asumida como un delito grave en la ley adjetiva de adultos, acorde al supuesto planteado, tendría una connotación diversa a pesar de todo. El despojo cometido por menores suele tener por causa la manipulación de adultos. Los delitos contra la salud se perpetran en muchos de los casos a través de individuos que cursan la minoridad y que son utilizados por grupos criminales organizados, lo que se acentuó a partir de las reformas a este capítulo sufridas por el código penal que incrementaron los rangos de punibilidad. De ahí que en la polémica Ley Contra el Crimen Organizado se hubiera previsto la posibilidad de sustraer a los menores de edad, siempre que estos hayan rebasado 16 años, de la esfera de aplicación de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores.

La ley para el Tratamiento de Menores Infractores no ha cumplido con su objetivo rehabilitatorio. Plantea transformar en **individuos útiles y productivos a la sociedad** a un grupo marginal¹⁹ que sólo piensa en

19. La ley en comento, como todos los ordenamientos jurídicos, está dirigida a una generalidad, y a virtud de tratarse de una ley especial, esta generalidad está determinada. Técnicamente tiene como ámbito de validez legal, el universo de los menores de edad que hayan rebasado 11 años y que cometan conductas tipificadas en las leyes penales. El grupo social que se coloca bajo la jurisdicción de la ley con asiduidad descomunal es el de los callejeros y habitantes de los suburbios y sitios más miserables de la ciudad. De hecho, alrededor

lo inmediato, en sobrevivir a ultranza, en transponer el umbral de cada día. Se soslaya el aspecto preventivo al que se constriñe en tres numerales intrascendentes, mientras el grueso de la ley es una amalgama del discurso correccional disfrazado y el derecho punitivo camuflado con un lenguaje atípico. Se diseña un tratamiento por personas que no tienen cabal dimensión de la vida cotidiana es-tremecedora del niño callejero ni de la pobreza hollante o de su existencia miserable, por personas cuya concepción de la vida tiene expectativas ortodoxas validadas socialmente,²⁰ de modo que cuando el infractor promedio, regresa ya "bien adaptado" a un ambiente familiar criminógeno, al barrio o a la calle, es decir, se integra a su medio, al único que conoce o con el que se identifica; los valores que le fueron inculcados son inaplicables, así que sin más alternativa, regresa a "la corre", una y otra vez, hasta que muere o es sujeto de la acción del derecho penal en estricto sentido.

La ley para el Tratamiento de Menores Infractores vigente en el Distrito Federal, permanece en estado vegetativo mientras los índices de criminalidad se disparan y los menores se involucran más en actividades criminales. Sustenta un discurso ajeno a las motivaciones profundas que subyacen en la biografía individual y colectiva de los niños infractores. Los Centros de Diagnóstico y Tratamiento se han tornado en lugares que sólo acentúan la difícil situación de los menores que ingresan. Los niveles de reincidencia son atroces, más allá de la cifra oficial, los internos de las instituciones de menores, son cotidianamente los mismos, son los callejeros de siempre, los adictos aferrados al chemo, los "pa-yasitos", los ladronzuelos imberbes que se tumban sobre la banqueta, son los indígenas trasnterrados que mendigan desesperadamente. Entran y salen de los Centros de Diagnóstico y Tratamiento a los que con mejor tino les llaman "la corre", poco a poco, con mayor indiferencia ante la rutina inexorable.

del 90 por ciento de la población sujeta a tratamiento en internación presenta como causa de ingreso el robo, lo cual, por todas sus implicaciones, es muy significativo. Prácticamente todos los infractores provienen de familias desintegradas, disfuncionales, desorganizadas o incompletas y han tenido que ver con alcohol, drogas, tabaco y solventes industriales. Si se pueden encontrar infractores que no correspondan a estas señas, serán raras excepciones que sólo confirmen la regla.

20. Si nos remontamos a los orígenes del actual derecho de menores infractores, a principios de este siglo y en Estados Unidos, encontraremos que fue, según PLATT "...un impulso que provenía de la clase media (que) procedía de la clase media y superior, que contribuyeron a la invención de nuevas formas de control social para proteger su poderío y sus privilegios." En gran medida esto no ha cambiado aún. PLATT, Anthony, *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, México, 1988, Siglo XXI, p. 21.

L/n modelo alternativo: el Código Integral de Justicia de Menores

El prescindir del sistema tutelar no fue suficiente para desterrar la flagrante y sobre todo sistemática violación de las garantías individuales de los menores infractores, sin embargo la ley vigente aporta un avance notorio respecto de la ley abrogada. Adolece de contradicciones²¹ y deficiencias profundas.

En principio, demerita las expectativas de la ley el hecho mismo de la inexistencia de un "derecho integral de menores", de un verdadero sistema legal que permita cohesionar la enorme cantidad de normas congruentes que se encuentran disgregadas en múltiples leyes, códigos y reglamentos, y de las cuales, la mayor parte se podrían integrar organizada y estructuralmente dentro en un Código Integral de Justicia de Menores.

Ahora misino es preciso replantear la justicia de menores, de tal suerte que se estructure un sistema integral en el que se contemplen descripciones de conductas del orden de las contenidas en el Código Penal, pero concebidas específicamente para el perfil del grupo humano susceptible de su ámbito de justicia. Bajo dicha concepción algunas conductas que reseña el Código Penal serían omitidas y muchas más modificadas, pero siempre apegadas al soporte de criterios interdisciplinarios y sin perder de vista la naturaleza humana del menor de edad.

En ese orden de ideas, además es necesario para la creación jurídica de un Código Integral de Justicia de Menores, tomar en cuenta factores como la protección y asistencia social a menores en peligro o

estado de riesgo (y en general a todo menor). El actual código supletorio (Código Federal de Procedimientos Penales) es inconciliable con la ley, es a tal el grado de mutua exclusión, que no hay un sólo punto de concurrencia y por ende no existe un instrumento que norme manera concreta el procedimiento en menores. La prevención general debe ser tomada en cuenta con seriedad e importancia. Las "normas mínimas", que sólo existen en menores a partir de un acuerdo dictado por el Secretario de Gobernación años después de que entrara en vigor la ley de la materia, y al que se le denominó "Acuerdo que establece las Normas para el Funcionamiento de los Centros de Diagnóstico y Tratamiento de Menores", debe incluirse dentro del cuerpo legal y no en un documento administrativo. Por otro lado, cabe agregar que instituciones contenidas en nuestro vetusto y "napoleónico" Código Civil, tales como: alimentos, tutela y adopción, por citar algunas, nos dejan colegir el absurdo de que no obstante los estragos que suele acarrear en el niño el incumplimiento de la obligación alimentaria, y la necesidad del Estado de preservar a su elemento poblacional, sea dentro del esquema del derecho entre particulares en donde se diriman este tipo de controversias, y muchas veces incluso de forma incidental dentro de un juicio.

Sin duda, es obligación e interés fundamental del Estado garantizar el bienestar del niño a través de las vías jurídicas idóneas. El hipotético Código propuesto quizás esa vía. Lo que no es discutible a nuestro entender, es el hecho de que el actual grupo (que no sistema) de leyes relativas a menores, constituyen un verdadero dislate. Como ha quedado claro, aun en lo que se refiere sólo a menores infractores dentro de la circunscripción territorial del Distrito Federal y en el fuero federal, son aplicables, sin contar las leyes especiales que tipifican delitos federales, cuatro ordenamientos: la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, el Código Federal de Procedimientos Penales y el Acuerdo que establece las Normas para el Funcionamiento de los Centros de Diagnóstico y Tratamiento de Menores²²

21. La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores dispone que en las diligencias que se celebren por los órganos del Consejo de Menores, no se permitirá el acceso al público (artículo 41), pero a su vez, establece que el Código Federal de Procedimientos Penales será supletorio de la ley en todo lo relativo al procedimiento (artículo 128). El código supracitado se rige por un impulso antagónico, pues, como es sabido, prescribe que las audiencias desahogadas con motivo de la instrucción judicial serán públicas. También el seguir nominando consejeros a los actuales jueces de instrucción es totalmente opuesto al espíritu de la ley, pues los consejeros en la ley anterior, no sólo formaban un grupo interdisciplinario que resolvía colegiadamente; ellos, eran un pleno, donde se escuchaba al consejero médico, al consejero psicólogo, al consejero abogado, al consejero pedagogo, al consejero criminólogo, etc.; y en donde la resolución, en todo caso, no buscaba en esencia acreditar la participación del menor en un hecho ilícito, además de que no era la única causa de ingreso, sino determinar si el menor necesitaba un tratamiento reha- bilitatorio, si era susceptible de readaptación social. Esto nada tiene que ver con la actividad de un virtual juez de instrucción como el actual consejero, cuya designación legal, es la personificación misma de la sinrazón.

22. Este acuerdo de carácter administrativo (Acuerdo que establece las Normas para el Funcionamiento de los Centros de Diagnóstico y Tratamiento de Menores) se dictó para, al fin, instrumentar el régimen de las garantías individuales consagradas en la Constitución General, dentro de los Centros de Diagnóstico y Tratamiento: "...regular el funcionamiento de los Centros de Diagnóstico y Tratamiento con el fin de encauzarlos dentro del más estricto respeto a los derechos humanos...".