

# ALGUNAS CUESTIONES A PROPÓSITO DE LA JURISDICCIÓN Y EL ENJUICIAMIENTO DE LOS MENORES INFRACTORES

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los sujetos del derecho de menores infractores.* III. *Las razones de la intervención del Estado.* IV. *El órgano jurisdiccional.*

## I. INTRODUCCIÓN

En diversas oportunidades me he ocupado en el tema jurídico y social de los menores infractores. Ahora, con motivo del encuentro al que se destinan estas notas, volveré sobre ideas expuestas anteriormente, y agregaré algunas consideraciones sugeridas por las novedades legislativas —que acaso sean retrocesos—, los problemas y algunos proyectos de este lustro.

Conviene observar que entre la última vez en que se examinó el asunto de los menores infractores en un foro del Instituto de Investigaciones Jurídicas, con motivo del Coloquio sobre los Derechos de la Niñez celebrado en 1989, y este año de 1995, se presentó un hecho importante para el asunto que nos interesa: la sustitución de la Ley de los Consejos Tutelares, de 1973, por la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, de 1991. En consecuencia, lo que en aquel Coloquio se dijo debe ser revisado a la luz —o bajo la sombra— del ordenamiento superveniente.

El tema de los menores infractores sigue suscitando interés, preocupación y polémica. Lo cierto es que la conducta antisocial de los menores se ha incrementado en el curso de estos años, como ha crecido, desmesuradamente, la delincuencia de los adultos. En este orden de cosas operan, de una vez, los

antiguos factores causales de la criminalidad y las nuevas circunstancias de una sociedad que no acierta a establecer condiciones de vida satisfactorias.

Todo hace suponer que la delincuencia crecerá en el futuro cercano, pese al acento que hoy se pone en nuevos programas de seguridad pública. Las más recientes reformas constitucionales, fallidas en diversos extremos, han cargado el acento en la dimensión policial de la seguridad pública. Debiera ponerse el énfasis, por el contrario, en un concepto integral de seguridad, que recoja y atienda los datos morales, políticos, sociales, económicos y culturales que hay en la raíz de la delincuencia. No se puede cifrar demasiada esperanza en la acción sobre los síntomas, que ya nos desbordan, si no se actúa suficientemente sobre las causas, que se agravan o, en el mejor de los casos, permanecen intactas.

En una sociedad juvenil, que ha moderado tan lenta como tardíamente su tasa de crecimiento demográfico neto, es muy relevante la presencia de los menores en todos los procesos sociales. Por supuesto, lo es también en los antisociales. De hecho, la "crisis" ha determinado ciertos cambios en la presencia social de la juventud. A este respecto interesa la inclusión de los jóvenes en los procesos de la economía informal, que es, hoy día, la única economía creciente. Pero en esos procesos hay un espacio, también creciente, para las conductas jurídicamente reprochables, aunque el reproche social de algunos de estos comportamientos sea mucho menos resuelto e intenso. De nuevo la realidad se ha rebelado contra los códigos.

La conducta antisocial de los menores de edad (para efectos penales) se pliega a los patrones tradicionales del delito y registra asimismo, cada vez más, los datos de la delincuencia evolucionada. En la criminalidad juvenil de estos días aparecen las modalidades que otras veces he manifestado, a saber: recreativa, famélica y curiosa. A esto se agrega la concurrencia de los menores de edad —reclutados por adultos o activos por su cuenta— en ese fenómeno universal y apremiante que nuestra legislación abordó recientemente, de manera inexacta y atropellada: la delincuencia organizada.

El derecho penal tradicional se ocupó de los menores, sobre todo, en su condición de sujetos pasivos de los delitos cometidos por adultos. A ello se destinaron figuras como la corrupción, algún supuesto de la violación impropia, la violación de deberes de asistencia familiar, el llamado "robo de infante", etcétera. A eso mismo obedecieron determinados elementos agravatorios, que generaron sendos tipos calificados, como el relativo a delitos en materia de estupefacientes y psicotrópicos (hoy narcóticos) en agravio actual o potencial de menores de edad, por ser éstos los consumidores de la droga o estar en una circunscripción de riesgo grave: así, las intermediaciones de las escuelas.

Como signo de los tiempos que corren, algunos tipos calificados introducen ahora, además de esa hipótesis de victimación de menores, el empleo de éstos en la comisión de los delitos. Esta es la puerta de acceso —una entre muchas— al crimen organizado.

## I. LOS SUJETOS DEL DERECHO DE MENORES INFRACTORES

El derecho penal debe definir, ante todo, el ámbito de validez de sus normas. De esta decisión política, ética y jurídica proviene otra, por exclusión: el ámbito reservado a los individuos subjetivamente ajenos a ese derecho, en virtud de su edad y de otras circunstancias, en su caso, y objetivamente vinculados a él, en atención a la naturaleza de la conducta que realizan.

Por ende, la definición de este ámbito constituye un asunto de "previo y especial pronunciamiento", y un vértice al que concurren y del que provienen las más acaloradas polémicas. Se trata de establecer, nada menos, el universo de los delincuentes —esto es, de los "enemigos sociales" diplomados— y la posibilidad, naturalidad y necesidad de aplicar, legítimamente, las medidas más enérgicas y dolorosas del control social.

Debo advertir que para examinar la condición de los menores como sujetos del derecho penal o de un régimen jurídico diferente, al que se ha denominado tutelar, me estoy movien-

do en un marco de referencias diverso del que ha empleado, con el rigor académico que la caracteriza, mi distinguida colega Olga Islas de González Mariscal. En el Coloquio de 1989, hizo ver que los menores a quienes se aplicaba la Ley de los Consejos Tutelares (ahora diríamos la Ley para el Tratamiento de Menores) seguían "siendo sujetos de derecho penal en todos aquellos casos en que realizan alguna conducta adecuada a algún tipo penal, y como consecuencia son sometidos coactivamente a un internamiento", no así en los supuestos en que contravienen los reglamentos de policía y buen gobierno o están en situación de causar o causarse daños. Estas últimas hipótesis, incluidas en la Ley de los Consejos Tutelares, no fueron aceptadas en el ordenamiento de 1991.

La perspectiva que ahora utilizo es otra. Digo que unos individuos son sujetos de un régimen jurídico específico por cuanto éste, que los reconoce como destinatarios exclusivos de sus normas, les confiere un tratamiento propio en función de la categoría a la que pertenecen, sustraída al universo subjetivo general; emplea para este fin órganos y procedimientos específicamente suyos, y dispone medidas características, diferentes de las ordinarias, todo ello como consecuencia de ciertos supuestos objetivos cuya descripción figura en el régimen jurídico penal.

Por lo que atañe a las consecuencias jurídicas del comportamiento indebido, también se ha pugnado por deslindar a las penas, propiamente, de las medidas que se aplican a los menores. Es cierto que en ambos casos hay o puede haber retención del sujeto en una institución. Pero esto, en el supuesto de los menores, se procura asimiliar, más bien, a la situación en que se halla el adolescente o joven que todavía no tiene plena capacidad de ejercicio y se encuentra sujeto a deberes de educación que restringen su libertad de elegir o de hacer. El menor interno en una institución educativa, para fines de este carácter, no es un preso, un sujeto privado de la libertad, sino un educando bajo régimen especial. El argumento se amplía cuando vienen al caso formas de conducción o supervisión de la conducta asociadas a la libertad vigilada.

En fin, existe un deslinde claro, aunque relativo. Es cierto que no sería posible construir un derecho tutelar sin la invocación del derecho penal, puesto que en éste se hallan las hipótesis de conducta ilícita, salvo que aquél se erija —pero no es el caso— sobre supuestos diferentes. No obstante, estimo que compartir categorías no implica, necesariamente, unificar totalmente las disciplinas. Las diferencias son suficientes para erigir, a partir de ellas, un régimen diverso que posea entidad y trascendencia. En todo caso, el esfuerzo histórico en este sector se ha caracterizado precisamente por esforzarse en la distancia, no en la cercanía.

Claro está que si desaparecen o se desvanecen los rasgos que distinguen esos órganos, procedimientos y medidas del derecho de menores de las figuras equivalentes en el derecho de adultos, como ha sucedido a partir de 1991, cesa el deslinde —nunca sencillo— y el conjunto se reabsorbe bajo un solo rótulo: Derecho penal.

Vuelvo al hilo de mis primeras consideraciones. Es evidente que la incorporación al espacio subjetivo del derecho penal, que tiene puntual resonancia en el enjuiciamiento, ha obedecido a las ideas que prevalecen en este campo sobre el fundamento de la responsabilidad penal y los motivos o razones de la reacción jurídica, temas que no son, por cierto, estrictamente equivalentes.

Ahorraré el desarrollo histórico de la materia. Baste con decir que en una primera etapa se elevó sostenidamente la edad clave para la incorporación en el ámbito subjetivo del derecho penal ordinario. En el derecho mexicano esta elevación ocurrió al través de pasos sucesivos a lo largo del presente siglo, que culminaron en la edad de 18 años, absolutamente dominante hasta hace tres décadas. El dato característico de los últimos lustros es el inverso. Ahora se desanda el camino. Declina el límite: la edad de 16 años, que algunos Estados iniciaron en los años sesenta, avanza en la preferencia de los legisladores.

De esta forma se repone el derecho penal sustantivo en el campo de los adolescentes y jóvenes. Lo mismo sucede, como

veré, por lo que toca al derecho penal adjetivo. Ha caminado un largo trecho la "penalización" de los menores, con diversos argumentos de batalla, incluso los más persuasivos: desde las necesidades de la lucha contra la delincuencia, hasta la preservación de los derechos humanos.

La presión social sobre la edad, que tiene a su favor no pocos elementos racionales, pero puede desembocar en una sobrerrepresión absolutamente indeseable, adversa a las ideas prevalecientes sobre el derecho penal "mínimo", ha generado algunas soluciones conciliadoras. Se trata de evitar el regreso de los menores, masivamente, al ámbito del derecho punitivo, y al mismo tiempo responder a la alarma creada por la intervención de aquellos sujetos en delitos muy graves. En suma, se pretende una respuesta moderada y equitativa, que dirija la acción hacia donde es necesario hacerlo, y no la disperse sobre todo el universo de los adolescentes y jóvenes.

Diré aquí que durante mucho tiempo se manejó este asunto como una vertiente de la inimputabilidad, asociándolo así con el problema del discernimiento acerca de las características morales y/o jurídicas de la conducta. En este error incurrimos reiteradamente. Pero no se trata de fijar la capacidad de entender y de querer de los infractores. Si fuera esto, habría que examinarlos uno a uno, y seguramente se llegaría a la incriminación de la gran mayoría por encima de edades sumamente reducidas, o bien, se acabaría por excluir, tabla rasa, a todos los integrantes de cierta franja de edad, como hoy sucede, calificándolos de inimputables en forma arbitraria, ficticia o convencional, aunque en rigor sean imputables —capaces de entender el carácter ilícito de su conducta y conducirse de acuerdo con dicha comprensión— y se sepa que lo son.

De lo que se trata, en realidad, es de precisar la necesidad y conveniencia de incriminar a los menores y sancionarlos con penas, habida cuenta de dos consideraciones determinantes: los propósitos que persiguen y obtienen la incriminación y la punición, por una parte, y los objetivos y métodos que el Estado adopta para el trato de la juventud, por la otra. En suma, el tema de la incorporación a las filas de los incrimi-

nables es más de política social que de imputabilidad penal. La pregunta primordial es: ¿cómo conviene tratar a los individuos ubicados entre determinados extremos de edad, que incurren en una conducta penalmente típica?

Hace poco más de diez años propuse, al igual que otros interesados en este tema, una solución intermedia, conciliadora de bienes sociales contrapuestos: seguridad pública y desarrollo de la juventud. Esa solución suponía conservar la exclusión penal de la gran mayoría de los sujetos de entre 16 y 18 años, y admitir solamente la incorporación de quienes fuesen responsables de los más graves delitos, que no son la regla, sino la excepción, en el conjunto de los perpetrados por infractores de aquella edad. Se trataba, pues, de admitir un método de regla-excepción, no sustentado ni en la imputabilidad ni en la peligrosidad del infractor.

La peligrosidad del sujeto acreditada por su conducta, asunto que propone tan delicadas cuestiones y promueve tan enconados debates, queda completamente fuera de consideración para establecer el ingreso de aquél al espacio de la represión penal. No quiero decir, y lo destaco, que el derecho penal deba abandonar —o siquiera pueda dejar— el concepto de peligrosidad, que se filtra al través de diversos eufemismos legislativos. Sólo indico que se soslaya por ahora, para evitar que un tema ya colmado de aristas se contamine con problemas adicionales, que es posible y debido eludir.

En cuanto a la inimputabilidad, ésta funcionaría aproximadamente bajo la misma forma en que ya opera sobre los adultos comunes: a título de causa que excluye el delito o la responsabilidad, como se prefiera, pero no desvirtúa la naturaleza ilícita del hecho —cosa que importa profundamente para los fines de la reparación de daños y perjuicios— y en todo caso impide la imposición de penas, aunque no la de medidas de carácter pedagógico o terapéutico.

En 1983 se llevó adelante la más importante reforma penal habida desde 1931 hasta el presente. Esta afirmación se sustenta en el hecho de que aquella reforma, que tocó numerosas instituciones fundamentales del Derecho punitivo, varió a fon-

do la orientación general de éste y lo incorporó con claridad en las mejores corrientes del penalismo contemporáneo. Ahora bien, ni el anteproyecto del Instituto Nacional de Ciencias Penales, de 1979, ni el Código de Veracruz —derivado de aquél—, de 1980, ni el anteproyecto de Código Penal federal y para el Distrito, de 1983 (que ha sido una especie de “texto cantera” para la reforma penal realizada en ese año y en los subsiguientes), ni las modificaciones habidas entonces, abordaron el problema de la edad de ingreso al derecho penal.

Las sugerencias a las que arriba me referí, con el objetivo de crear una solución razonable al imperioso problema de la criminalidad juvenil en especies delictuosas graves, se recogieron en el anteproyecto de Código Penal de 1992. En su artículo 12, colocado en el capítulo sobre “Aplicación de la ley con relación a las personas”, ese texto señala que las disposiciones del ordenamiento penal se aplicarán a los mayores de 16 años y menores de 18, cuando cometan los delitos previstos en diversos preceptos a los que se hace remisión expresa (veintisiete preceptos en total, que comprenden mayor número de tipos penales) y “se acredite plenamente por la autoridad competente que el menor posee la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión”. Se reitera innecesariamente, pues, la descripción de la imputabilidad penal que resulta de la fracción VII del artículo 29 del anteproyecto.

El primer extremo, esto es, el correspondiente a los delitos cometidos, sigue la equivocada —o en todo caso innecesaria— tendencia adoptada en 1991 y recogida en 1993 por las reformas procesales de este año, acerca de delitos graves para efectos de exclusión de la libertad provisional: enumerar preceptos en vez de atenerse a determinada entidad o cuantía de la sanción. En ésta se refleja la medición legislativa sobre la gravedad del delito. La referencia a la imputabilidad corresponde a la noción reconocida por la reforma de 1983 en la fracción II del artículo 15 del Código Penal. Una vez reunidas estas condiciones, se prevé imponer al agente “hasta la mitad de



las penas o medidas de seguridad previstas para el delito de que se trate" (artículo 80).

Esa técnica aparece considerablemente mejorada en el proyecto de Código Penal para el Estado de Morelos, de 1995. El artículo 15, constitutivo del capítulo sobre "Aplicación de la ley en relación con las personas", manifiesta que se sancionará a los mayores de 16 años y menores de 18 "cuando actúen en condiciones de plena imputabilidad y se trate de delito al que corresponda, en su término medio, una sanción superior a diez años de prisión". Como se ve, ya no hay relación de preceptos, sino invocación de una regla genérica que expresa la gravedad que el legislador asigna a los delitos, y tampoco existe reproducción del concepto de imputabilidad, sino reenvío al correspondiente supuesto de exclusión del delito o de la responsabilidad.

### III. LAS RAZONES DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO

En este punto, que posee la mayor importancia para definir el rumbo del enjuiciamiento de menores y sus rasgos característicos, es preciso formular algunas consideraciones generales acerca del papel que cumple el Estado contemporáneo en diversos extremos. Hoy se discute la relación y los espacios de actuación del individuo, la sociedad y el Estado. La idea de que incumbe al Estado equilibrar, con su "mano visible", los desequilibrios y las inequidades —además de iniquidades— generados por la "mano invisible", condujo a un creciente protagonismo del poder público, que a partir de su función de autoridad "neutral", es decir, conductor, promotor y juzgador, principalmente, devino autoridad "comprometida", y se constituyó por ello en educador, empleador y empresario, entre otras cosas.

El Estado a cargo del equilibrio y el beneficio —esto es, equilibrador y benefactor— debió advertir y definir los campos sociales del desequilibrio, moderar en la legislación sustantiva los factores de éste (a partir de la creación de derechos y obligaciones desiguales para individuos o sectores —o in-

dividuos representativos de sectores— igualmente desiguales) y establecer un trato procesal adecuado a esos conceptos y proyectos. Todo ello condujo a redefinir las abstenciones y las acciones, y a revisar los fundamentos de esta conducta política y moral en cada hipótesis reservada o recuperada para el que-hacer del Estado.

Ese modo de ver y de hacer las cosas se proyectó, como es perfectamente sabido, a la relación entre trabajadores y patrones, terratenientes y peones, arrendadores y arrendatarios, productores y consumidores, etcétera. Pero no se contuvo en estos ámbitos, los más vistosos y apremiantes. Llegó al derecho aplicable a la conducta antisocial y sus remedios jurídicos. Fue así —dicho sea en forma muy general— que el Estado gendarme, fiscal, juez, verdugo, se constituyó, mejor todavía, en Estado regenerador, redentor, rehabilitador, readaptador social.

Aquéllo —ser apenas perseguidor— apareja cierta acción mecánica y abrumadora, vinculada con la noción retributiva de la pena. En cambio, esto —ser readaptador— trae consigo una acción de estilo o espíritu distintos: probablemente más piadosa o solidaria, pero en todo caso más intervencionista.

Lo que sucedía en el supuesto de los adultos delincuentes, donde el *jus puniendi* se rehizo como *jus readaptandi* —al menos en el terreno de las ideas, porque en el de la práctica la diferencia fue apenas perceptible, si es que la hubo—, ocurrió también en el de los menores. Aquí la acción del Estado derivó de una doble fuente. Por una parte, la misma que en el supuesto de los adultos: la versión evolucionada del derecho al castigo, que en el caso de los menores se reasumió como *jus corrigendi*, tomada la noción del derecho civil familiar. Por otra parte, la correspondiente al equilibrio entre intereses contrapuestos, que puede desembocar en la supresión o radical modificación de uno de ellos. En la especie se trataba del encuentro entre las potestades paternas, un derecho natural, casi inviolable, y los derechos del menor, en tanto individuo en desarrollo, a contar con una conducción eficiente y honorable, otro derecho natural, que debía ser inviolable.

En fin de cuentas, el derecho aplicable a los menores infractores constituyó una manifestación discreta del derecho social, al que se llamó "nuevo" derecho hace una centuria, y al que hoy se mira, desde la perspectiva liberal, como un derecho antiguo.

En México se indagó la forma de justificar la intervención del Estado en la corrección de los jóvenes infractores, sin atribuir a éstos la condición de delincuentes. Para tal fin se estableció la versión de que el Estado sustituye a los padres o tutores inexistentes, ineficientes o contraproducentes en el desempeño de sus poderes paternos o tutelares. De aquí surge el "juez paternal", invocado en algún momento de nuestra evolución jurídica, y de aquí mismo procede la designación, que se sostuvo durante veinte años, de los consejos "tutelares".

La versión tutelar del Estado se apoyó en la legislación civil misma, no apenas en la destinada a los menores infractores. La del Distrito Federal estableció, expresamente, el condicionamiento de los poderes paternos y tutelares en función de las normas de la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil, de 1928 —la Ley Villa Michel—, sucedida por diversos ordenamientos: causahabientes de aquélla ante la legislación civil.

Es así como el poder paterno tiene una frontera, y en ella comienza, por subrogación del Estado, la potestad tutelar de éste: la conducta antisocial de los sujetos a patria potestad o tutela ordinarias, que pasan a quedar sometidos, como consecuencia del episodio delictuoso que revela la inidoneidad de las autoridades familiares del régimen civil, a una patria potestad o tutela con diferente titular y contenido semejante, ya en pleno régimen correccional. En éste se magnifica el derecho a corregir, pero no se sustraen los deberes de educar, vestir, alimentar, curar y alojar. Dicho nuevo titular de antiguos derechos y deberes es el Estado, con atuendo de tribunal, centro de observación e institución reeducadora.

La jurisprudencia mexicana contribuyó a formalizar la idea tutelar del Estado. Para ello sostuvo el texto de la ley civil y le reconoció, generalmente, ciertas consecuencias naturales. A

menudo figuró entre éstas la afirmación de que el Estado no actúa como autoridad pública cuando toma a su cargo el juzgamiento y el tratamiento de un joven infractor, sino sólo sustituye al padre o al tutor; hace sus veces; se transfigura. En tal virtud, resultaba improcedente el control constitucional de amparo.

El derrotero tutelar de nuestra legislación se afianzó bajo la reforma constitucional de 1965 a propósito de los menores infractores. La ley penal constitucional, cuidadosa en el abordaje del delito, el juicio de adultos y la pena de prisión, había descuidado los temas supervenientes del control social sancionador, a saber, el estado de peligro, el procedimiento de menores y la medida de seguridad. En este sentido, la presentación del tema penal en la Constitución correspondió a los parlamentos clásicos, al paso que esa misma presentación en la ley secundaria de 1929 y 1931 quiso corresponder a los positivistas.

El vacío no se ha llenado, y seguramente no se llenará en lo que atañe a estados peligrosos. Empero, en 1965 se estatuyó la autonomía del tema de menores infractores. Estos pasaron a ser sujetos del sistema constitucional, bajo un texto que no se ha modificado, pero hoy se interpreta —supuestamente— en forma distinta de la que ayer prevaleció. En el curso de treinta años, las mismas palabras pasaron a tener significado diferente.

El artículo 18 estipula que “la Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores” (cuarto párrafo). Una lectura trivial de esta cláusula, que se ha hecho con frecuencia, haría suponer que al hablar de “instituciones” el Constituyente apenas se refirió a “establecimientos”, es decir, a lugares de internamiento o reclusión.

Es cierto que en otras porciones del mismo precepto se alude a sitios para el cumplimiento de la pena de prisión o el alojamiento en prisión preventiva. Sin embargo, también se hace referencia a nociones mucho más generales y penetrantes, como es la de “sistema penal”. Así pues, las prisiones no son

el único asunto de aquel precepto. Si el legislador sólo hubiera querido instituir "cárceles para niños", tal vez habría agregado una mención en el segundo párrafo, hasta integrar el elenco de los reclusos: hombres, mujeres y menores de edad, todos ellos subordinados al propósito de "readaptación social", sin necesidad de una redundante invocación del tratamiento.

Es preciso desbordar esta lectura estrecha y asegurar que en dicho párrafo del artículo 18 se establece lo que verdaderamente se estaba requiriendo y necesitando, es decir, las bases para un orden jurídico diferente, con su catálogo propio de conceptos y figuras. De tal suerte, hablar de "instituciones" no es una manera distinta de aludir a "prisiones" o "internados", sino una forma de convocar aquéllas en el amplio sentido jurídico de la expresión. Así las cosas, aquí quedan comprendidas las instituciones de un derecho sustantivo, adjetivo y ejecutivo propio, y no apenas los ecos del derecho penal de adultos, reducido a la escala física de los menores.

No deja de llamar la atención que a despecho de la corriente penalizadora, represiva, que ha dominado últimamente en el campo de nuestra legislación para menores, la reforma constitucional de 1993 —que trajo bienes y males a la Ley Fundamental— no hubiese aclarado la aplicación a los menores de las normas procesales para adultos, asunto largamente discutido y todavía no zanjado del todo en favor del derecho penal especial. En contraste, el proceso reformador de aquel año, tan nervioso y apresurado, confesó su propósito de ampliar garantías: por eso el artículo 18 incluyó derechos del indiciado y del ofendido (aunque redujo el derecho de éste a la reparación, a cambio de iluminar el derecho del Estado a la multa).

Se ha formulado una curiosa antinomia entre lo que se designa como orientación "tutelar" del régimen para menores infractores, y lo que se denomina orientación "garantista" en este mismo campo. El dilema que a partir de aquí se construye es absolutamente falso, producto de una confusión flagrante. Los patrocinadores de la antinomia quieren decir, de buena fe inclusive, que por un lado existe cierto derecho de signo supuestamente tutelar o paternal, que priva de garantías a sus

destinatarios menores de edad a cambio de tratarlos como pacientes de ciertas dolencias, al paso que por otro lado prospera un derecho de signo supuestamente "garantista" —rara palabra, entre atroz y pintoresca, para decir lo que en castellano se denomina "garantizador"—, cuya virtud es dotar de garantías, en el sentido procesal de la expresión, a esos mismos destinatarios.

El error proviene, pues, de oponer tutelar a garantista, es decir, cavar un abismo entre tutela y garantía. Es obvio que estos dos conceptos son perfectamente compatibles entre sí. Más aún, debieran serlo en cualquier caso, pero sobre todo en éste. Se pierde de vista que la diferencia no reside tanto en la exclusión o la inclusión de garantías procesales, que desde luego son importantes e indispensables, sino en el sentido profundo de la reacción del Estado. La verdadera oposición existe entre un derecho para menores infractores de orientación tutelar y otro de orientación punitiva. ¿De qué se trata entonces: de mantener a los menores de edad bajo ordenamientos propios, con categorías *sui generis*, pero no despojadas de garantías consecuentes con los sujetos y los temas que se manejan en ese orden autónomo, o de reinstalarlos en el sistema penal, bajo el texto de una ley punitiva especial?

Esa es la verdadera antinomia. En este punto, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1991, inicia el retorno de los menores al derecho penal. Así es, no obstante las voces de algunos de sus panegiristas, que aseguran que esa ley penal sigue siendo tutelar.

Acepto, sin embargo, que habría lugar para el dilema que a menudo se ha planteado, si montamos la idea de un derecho tutelar sobre el concepto de peligrosidad sin delito, o mejor dicho, sin conducta penalmente típica. Convengo en que hemos caído en esta posibilidad. Ello llevaría a reconducir el derecho tutelar, que no es lo que pretendo, hacia un sistema estrictamente terapéutico o educativo, de injerencia estatal prácticamente libre, como efecto de situaciones sólo irregula-

res, marginales, opositoras o extravagantes, y no de comportamientos lesivos actuales.

#### IV. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

Si se hubiese revisado con cuidado, no digo ya en su espíritu, sino meramente en su letra, la Ley que creó los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal, de 1973, el más apresurado lector advertiría que ésta introdujo en el sistema procesal una serie de derechos que no existían en su antecesora de 1941. La crítica al ordenamiento de 1973 es desconcertante, por decirlo de alguna manera: más que corresponder a aquél, parece destinarse a la Ley de los Tribunales para Menores que fue relevada por la de Consejos Tutelares.

En la de 1983 se planteó, es cierto, un asunto delicado y discutible, que difícilmente prosperaría hoy: la admisión del supuesto de peligro —o inclinación a causar daños, todavía no actualizados— para conferir competencia a los Consejos. Se incurrió también en una omisión importante: la referencia a una edad inicial para la intervención de estos órganos, que sólo se previno en la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Por supuesto, en la Ley de Consejos Tutelares hubo garantías procesales. Se reflejaron en la presentación de los menores, su defensa, la fijación suficiente y oportuna de tema del procedimiento, la impugnación de resoluciones, la intervención de los padres, etcétera. No hubo —también es cierto, pero sin duda plausible—, participación alguna del Ministerio Público y la Policía Judicial, ni siquiera bajo la foránea y oscura capa de "comisionados", producto de llevar la noción de parte procesal a extremos tan controvertibles. Tampoco ocurrió la conversión de las medidas para menores en penas para adultos.

No es posible analizar aquí todas las diferencias entre el derecho suprimido y el vigente, para ventaja o desventaja de cualquiera de ellos: el anterior derecho tutelar con su aparato de garantías, o el actual derecho penal especial, con el suyo. Sólo me referiré a un tema que posee especial importancia: la

integración de los órganos jurisdiccionales. De esta composición derivan o derivarán no pocas consecuencias, que a su turno darán el perfil y el sentido al sistema procesal en su conjunto.

Dos palabras acerca de la formación de los órganos jurisdiccionales. Observemos, primero, que contra la tendencia del pasado, más o menos manifiesta, a "judicializar" la solución de los conflictos, milita la del presente, a instituir alternativas no jurisdiccionales para ese mismo propósito. Esta es una ruta conveniente. Como existe un derecho penal "mínimo", debe existir una jurisdicción mínima —o bien, "minimizada"—. Desde luego, no estoy aludiendo solamente a los temas de la conducta penalmente típica, sino a todo género de controversias.

Hecha esta precisión, me referiré al remanente jurisdiccional, para el que es preciso instituir órganos de esta naturaleza. Aquí figuran los entes absolutamente públicos, constituidos por juzgadores profesionales y permanentes, y los semipúblicos, que admiten integrantes tomados del pueblo, como sucede en el jurado y en el escabinado. Desde otra perspectiva, hay órganos que se componen sólo con titulares juristas, y los hay que se constituyen con titulares de otras procedencias, profesionalmente calificados, además de los juristas.

Finalmente, existen tribunales imparciales y parciales, dicho esto en función de las características de sus componentes: parciales son aquéllos en que intervienen juzgadores que representan a cierto sector de la actividad social concurrente ante la jurisdicción, aunque no representan, en modo alguno, a los justiciables individualmente considerados, ni están facultados para apartarse de la ley en aras de la conveniencia sectorial. Estos casos se muestran, sobre todo, en el proceso social: así, las antiguas comisiones agrarias mixtas y las juntas de conciliación y arbitraje.

En el enjuiciamiento de los menores infractores prevalecieron, primero, los órganos jurisdiccionales ordinarios, como sucedió en el terreno del proceso social. La especificidad de los justiciables, más todavía que de la materia controvertida, determinó la aparición de jueces especializados para el juzgamiento de menores infractores. Ahora bien, la más importante



transformación de estas jurisdicciones ocurrió cuando se pudo percibir que el carácter tutelar de los tribunales, del procedimiento y de las medidas aplicables, requería una organización diferente. Era preciso reflejar en el tribunal mismo, no apenas en el procedimiento, el cuidado integral por el sujeto justiciable, y no la atención exclusiva —o dominante— puesta en el hecho ilícito y la participación delictuosa.

Así las cosas, la justicia de menores devino plural, como otras jurisdicciones punitivas, y pluridisciplinaria, a diferencia de las restantes. Habían llegado a las cortes penales y a las prisiones los profesionistas de "bata blanca", que disputaron la preeminencia a los profesionistas de "toga negra". En los órganos para menores infractores se conciliaron los extremos. Quedaron compuestos con un juez licenciado en derecho —que luego sería consejero jurista— y dos jueces con profesiones diferentes: pedagogo, psicólogo, médico.

La integración multidisciplinaria enriqueció notablemente la capacidad del tribunal —o del consejo tutelar, en su momento— para entender el comportamiento del menor, comprender la función tutelar del órgano y actuar en consecuencia. Es pueril suponer que esa composición bloqueó la aplicación del derecho y convirtió a los tribunales en organismos de conciencia o clínicas de la conducta. Si hubo deslices en este sentido, no correspondieron jamás a la estructura de los tribunales, sino a desviaciones en su funcionamiento, exactamente como las que pueden ocurrir, cualquiera que sea su sesgo, en tribunales constituidos exclusivamente por juristas.

La legislación de 1991 se ha dejado llevar por el prurito de penalizar lo penalizable —que es, por cierto, todo— en la composición y operación de los consejos para menores, de cuyo nombre se suprimió, asépticamente, la palabra "tutelares". En una de tantas manifestaciones de esta decisión penalizadora, dispuso que aquéllos quedaron constituidos solamente por licenciados en derecho. De regreso al pasado, los antiguos integrantes médicos, psicólogos o maestros volvieron a ocupar, como en las jurisdicciones ordinarias, el sitio del perito: auxiliares de la función jurisdiccional, no titulares de ésta. En

consecuencia, participan en el estudio clínico, pero no conducen la instrucción; formulan los dictámenes, pero no las pronuncias; responden a las preguntas de los juzgadores, pero no deliberan con ellos, y finalmente se retiran de la sala en silencio cuando llega el momento de pronunciar sentencia, en la que tampoco intervienen.

No hay duda sobre la necesidad de acreditar a los menores garantías de enjuiciamiento, que preserven la seguridad jurídica y la justicia. Pero tampoco debiera haberla sobre la impertinencia de entender que estos infractores, sustraídos de la acción punitiva ordinaria del Estado, deben regresar a ella, a título de adultos de escasa talla, y de que sus tribunales y procedimientos deben remedar exactamente la figura y el estrépito de las cortes y los procesos penales.

Hay que buscar soluciones específicas más razonables, antes de que los menores infractores se reinstalen en el lugar que abandonaron hace cien años. Para ello es necesario, entre otras cosas, abandonar el falso dilema entre un derecho tutelar y un derecho garantista (*sic*), y advertir que el verdadero dilema se localiza entre la orientación tutelar y la penal de los quehaceres del Estado dirigidos a los menores infractores.