

## SUPUESTOS QUE DETERMINAN LA INTERVENCIÓN TUTELAR DEL ESTADO: INFRACCIÓN PENAL, INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA Y OTRAS HIPÓTESIS

Por Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

Dentro de la gran reforma penal y penitenciaria que ocurrió en el país en 1971, se planteó sustituir a los Tribunales para menores, y en el año 1973 se dio a conocer la Ley que crea los Consejos Tutelares para menores infractores del Distrito Federal. Aunque la legislación es de una época relativamente reciente, sus conceptos son reflejo de las ideas de política criminal que dominaron en éste y los demás países latinoamericanos en las décadas de los años 20 y 30 (la legislación de Argentina es de 1954, con una nueva redacción de 1976; la de Costa Rica de 1963; la de El Salvador, de 1974; la de Ecuador, de 1976; la de México, de 1973; y la de Venezuela de 1976).

Me corresponde ahora ver cuáles son los supuestos en que el Estado puede intervenir privando de su libertad (por un tiempo corto o largo) a un menor de edad.

A diferencia de lo que establecían los códigos anteriores, que expresamente excluían de responsabilidad y de pena a los menores de determinada edad, la vigente ley indica los casos en que el órgano del Estado puede intervenir y privar de la libertad al menor, y son los siguientes:

- A) Infracción a las leyes penales;
- B) Infracción a los reglamentos de policía y buen gobierno;
- C) Alguna otra conducta que haga presumir una inclinación a causar daños, a sí mismo, a su familia o a la sociedad (artículo 2 de la Ley que crea los Consejos Tutelares para menores infractores del Distrito Federal).

Quiero comenzar por precisar una idea que con frecuencia se repite: “que el menor infractor está fuera del derecho penal”, fincándose la razón de esa salida en su inimputabilidad. No estoy de acuerdo con esto. El origen de esta afirmación viene de

cuando apoyados en una concepción tutelar o proteccionista, se confeccionó una legislación con marcada dosis de paternalismo, que ha llevado a los Consejos Tutelares para menores infractores, a adquirir facultades exclusivas e irrecusables sobre los menores, bajo el pretexto de que actúan en sustitución del padre, y animados por la misma buena fe para proteger al pobre menor. Esta es la legitimación del sistema de justicia de menores: la finalidad del sistema no es reprimir como con los adultos, sino tutelar.

En consecuencia, las medidas que se van a aplicar a los menores deben ser indeterminadas, tanto respecto de las especies como en su duración; el único límite, y cabe advertir que la situación no es uniforme en todo el país, es cuando el menor llega a cumplir dieciocho años.

Los menores no están fuera del derecho penal en cuanto a destinatarios de las normas, ya que para ser destinatario de una norma no se requiere la capacidad de comprender su contenido, sino la capacidad de realizar comportamientos que la puedan transgredir. El menor de edad es capaz de llevar al cabo conductas, conductas prohibidas u ordenadas por una norma penal.

Los menores tienen también obligación de conocer las leyes que rigen en la sociedad en que viven y, por tanto, se les debe exigir su cumplimiento. ¿Quiénes son destinatarios de las normas penales?: todos los seres humanos, individual o grupalmente considerados, en la medida en que pueden transgredirlas realizando u omitiendo la conducta prohibida u ordenada por aquéllas.

Si los menores pueden lesionar o poner en peligro un bien jurídico que está protegido por una norma penal, también a ellos les alcanza la norma, es decir, la prohibición o el mandato.

Para la realización de las conductas no se requiere la capacidad que se exigiría para ser penalmente responsable; no, aquí bastaría una capacidad psíquica mucho más general, en el sentido simplemente de conocer y de querer; es decir, eso que actualmente se ha manejado por gran parte de la doctrina tradicional como imputabilidad, no es otra cosa que la capacidad para realizar acciones.<sup>1</sup>

De lo cual resulta que los menores no son merecedores de las consecuencias jurídico penales.

<sup>1</sup> Moreno Hernández, Moisés. (Versión grabada de la intervención en el Segundo Congreso Nacional sobre el régimen jurídico del menor, que tuvo lugar los días 4, 5, 6 y 7 de mayo de 1987 en la ciudad de México, p. 4.)

El problema de la minoría de edad es frecuentemente asociada con las causas de inimputabilidad, pero de analizar el contenido del artículo 15 de nuestro Código penal, no se deriva que la minoría de edad sea una excluyente de responsabilidad.

¿Cuál es entonces la situación de un joven que realiza uno de los actos sancionados por el Código penal? Como lo que tenemos es una ley especial relativa a menores infractores (llámense códigos de menor o leyes tutelares), además de otras normas aisladas que sólo se refieren parcialmente a aspectos del problema en torno al menor, esta ley no se encarga de describir los delitos que sí cometen los menores, sino que para la comisión de los mismos remite al Código penal. Lo que encontramos en esa ley tutelar es la creación de unos órganos, que se ocupan de conocer exclusivamente de las conductas o situaciones de los menores.

Otro punto de contacto entre el menor y el Código penal lo encontramos cuando el menor, ante la agresión de otro (que puede ser también menor o un mayor de edad), tiene la posibilidad de repeler esa agresión y actuar en legítima defensa, o también de encontrarse en un estado de necesidad. Puede igualmente actuar lesionando otro bien jurídico propio o ajeno, o en virtud de una fuerza física exterior irresistible, en cumplimiento de un deber, en situación de error, y otras circunstancias que hagan que esa conducta que ha lesionado un bien jurídico protegido por una ley penal, no tenga la característica de ser penalmente relevante o contraria a derecho.

En estos casos el menor puede hacer valer en su favor, cuando se encuentre ante un órgano del Estado, estas circunstancias que expresamente regula el artículo 15 del Código penal para el Distrito Federal.

Si nos preguntamos cuál es la razón para que a una menor que cometió un aborto, o a otro menor cuya conducta cae en los supuestos del delito de falsificación de moneda, no se les aplique pena, ella radica en los efectos que producen las consecuencias jurídico penales, particularmente la pena de prisión, porque se ha considerado que tratándose de una persona joven, los efectos serían aún más negativos. Si la pena de prisión no ha resuelto los problemas de la delincuencia de los adultos, no tiene caso utilizarla tratándose de adolescentes. Son razones de política criminal.

Ahora bien, el hecho de que a los menores no se les aplique pena, pero sí se les sancione, no implica que no deban ser merecedores de las diversas garantías que establece nuestra Constitu-

ción para los adultos cuando son sometidos a un procedimiento penal y un tratamiento determinado, cualquiera que sea la finalidad de éstos, ya que el procedimiento que se sigue con los menores implica también una privación de su libertad.

Situémonos de nuevo en los casos en que el órgano del Estado interviene privando de su libertad a un menor: cuando cometió una infracción a las leyes penales, o a los reglamentos de policía y buen gobierno. Sobre esto no hay mayor comentario que lo expresado antes.

La tercera hipótesis es que el menor tiene una conducta que haga presumir una inclinación a causar daños. En este caso el principio de legalidad, principio fundamental en el derecho penal moderno (nadie puede ser castigado por una acción u omisión que en el momento de su comisión no fuera punible según el derecho nacional o internacional; igualmente tampoco puede imponerse una pena más grave que la que tuviera asignada la acción punible en el momento de su comisión), se ve claramente vulnerado y ante el caso de presunción de conductas nos encontramos ante una inseguridad jurídica.

Lo que sucede es que se juzgan, fundamentalmente, autores reales o potenciales, mientras que la calificación jurídica del hecho que revela sus características peligrosas es, en principio, secundaria. Así nos explicamos que algunas de nuestras legislaciones estatales (Puebla y Chiapas) consideren equivalente la situación de un menor abandonado (del que se piensa es un autor potencial) y la del que ha cometido un hecho punible. Ambos son sujetos a la misma medida “tutelar”. Esta equiparación de autores potenciales de ilícitos punibles con los que ya los han cometido, sólo se explica ante la idea central del sistema que es la defensa de la sociedad frente al delito.

El derecho de menores, dice Enrique Bacigalupo, es un “derecho de medidas, dirigido a un tipo de autores, antes que a hechos punibles concretos, que no distingue, en principio entre autores potenciales y autores reales, con un procedimiento en el que predominan los poderes discrecionales del juez y en el que el principio de legalidad sufre considerables restricciones.”<sup>2</sup>

Las medidas, a diferencia de las penas son un bien para el menor; se le puede privar de su libertad indefinidamente, con la

<sup>2</sup> Bacigalupo, Enrique, “Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la ley penal”, *Ilanud*, San José, Costa Rica, año 6, núms. 17-18, 1983, p. 59.

finalidad de readaptarlo, y esta característica de beneficio justifica lo que en los adultos es llamado un derecho penal de autor, principio rechazado por las legislaciones penales más modernas.

Una clara nota la vemos, por ejemplo, en las legislaciones de Puebla, Hidalgo y Veracruz, que facultan al organismo tutelar a intervenir cuando se presume una inclinación del menor a causar daños a sí mismo, a su familia o a la sociedad, con lo que cualquier infracción reglamentaria o situación que a juicio de un policía preventivo, a quien le parezca presumir que se trata de un delincuente le permita detener al menor.

En el derecho penal de autor, el hecho cometido sólo tiene el carácter de un síntoma de peligrosidad del menor. La culpabilidad, fundamento y límite de las penas, es un diagnóstico con proyección al pasado; la peligrosidad, en cambio, es un pronóstico con proyección hacia el futuro.

Se ha definido en criminología el pronóstico como “una afirmación sobre la futura conducta de un individuo o de un grupo, referida a la observancia de la ley”.<sup>3</sup> Consiste en predecir si ese individuo cometerá delitos en el futuro, y ese pronóstico únicamente podrá expresar un grado de probabilidad. ¿Nos parecería suficiente para privar a alguien de su libertad? Aquí entramos de lleno en un principio derivado del de la legalidad, que es la certeza del derecho.

¿Qué tan fiable es ese pronóstico? Romeo Casabona, nos dice que

dos son los factores de incerteza, en primer lugar la fiabilidad de los métodos utilizados para la averiguación y comprobación de los síntomas de peligrosidad, así como la validez de los síntomas mismos; y en segundo lugar, que la probabilidad es, por su propia naturaleza, incierta; no deja de ser una mera hipótesis de trabajo, pues no puede haber una certeza matemática (dados nuestros limitados conocimientos actuales sobre los cursos causales, en general y el conocimiento del comportamiento humano, en particular) de que el individuo sometido a examen cometerá un delito en el futuro. En esto radica la vulnerabilidad de esta premisa en que consiste la peligrosidad, pues de ella depende la imposición de una medida de seguridad, es decir, en último extremo, de algo incierto.<sup>4</sup>

Por último, si se insiste en tomar en cuenta a la peligrosidad, debe tenerse presente:

<sup>3</sup> Goppinger, Hans, *Criminología*, Madrid, Edit. Reus, 1975, p. 284.

<sup>4</sup> Romeo Casabona, Carlos, *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1986, p. 32.

Primero, atender al periodo de inmadurez del sujeto en razón de su edad, es decir, averiguar si es peligroso en cuanto a que es menor y, por tanto, susceptible de corregirse con el transcurso del tiempo, y segundo, proyectar el análisis más allá del periodo de inmadurez, para comprobar si esa peligrosidad existe sin un estricto condicionamiento de la edad, y que con probabilidad se mantendrá aun con el paso de los años. Si la respuesta a esta segunda hipótesis es afirmativa, se requerirán medidas tendentes a corregir la anomalía síquica del menor. En el otro caso sólo requerirá las que aseguren un normal desarrollo de su personalidad.

El derecho de menores infractores es un derecho eminentemente de autor y no de acto, es decir, atiende más a lo que él es, a su situación o estado, a su personalidad, que a lo que hace, por lo que también es un derecho de peligrosidad. Ambos criterios no resultan ser compatibles con las exigencias de un derecho protector y respetuoso de los derechos humanos, sino de uno que permite su violación, en virtud de que posibilita la arbitrariedad estatal, al prever medidas de tratamiento en relación al estado de peligrosidad del menor.<sup>5</sup>

### *Revisión de la legislación estatal en cuanto a los supuestos de intervención de los órganos estatales*

La situación no varía mucho de la ley del Distrito Federal, aunque sí encontramos algunas particularidades. Veamos.

1. Estado de Veracruz. Su Ley de adaptación social y de los Consejos Tutelares para menores infractores, en su artículo 4, indica que el Consejo Tutelar intervendrá

cuando los menores de 18 años infrinjan las leyes penales, cuando los reglamentos de policía y buen gobierno (sic) o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundamentalmente, una inclinación a causar daños a sí mismos, a su familia o a la sociedad (reformado el 20 de enero de 1983).

2. En el estado de Jalisco la Ley de readaptación juvenil (reformada el 31 de octubre de 1981), define a los menores infrac-

<sup>5</sup> Moreno Hernández, Moisés, "Sistemas legales, garantías procesales y derechos humanos". (Ponencia presentada en el Seminario sobre derechos humanos del menor frente al sistema de justicia juvenil, INACIPE/ILANUD, México, 1987, p. 27.)

tores como, “los que teniendo menos de 18 años de edad, cometan una acción u omisión que las leyes penales sancionen” (reforma publicada en el periódico oficial de 31 de octubre de 1981).

3. La Ley de normas mínimas para menores infractores del estado de Baja California Sur indica, en el artículo tercero, que se entiende por menor infractor a todo individuo que tenga menos de 18 años de edad que infrinja las leyes penales, los reglamentos de policía y buen gobierno o cause grave daño a la sociedad (B.O. de 28 de abril de 1988).

4. Encontramos que la Ley del Consejo tutelar para menores infractores del Estado Libre y Soberano de Puebla (P.O. 12 de junio de 1981) tiene por objeto

- la protección y readaptación social de los menores de 16 años que:
- I. Hayan infringido las Leyes Penales o de Defensa Social, o los reglamentos de Policía y Buen Gobierno;
  - II. Manifiesten una forma de conducta que haga presumir, fundamentalmente, una inclinación a causar daños a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y
  - III. Se encuentren en estado de peligro social, por estar moralmente abandonados, pervertidos o en trance de serlo.

5. La legislación del Estado de Chiapas (6 de agosto de 1980) dispone, en su artículo 12, que

los menores de 18 años que ejecuten conductas definidas legalmente como delitos o que sin efectuar las que se encuentran moralmente abandonados, pervertidos o en trance de serlo, quedan bajo la protección del Estado el que previa observación, investigación y estudios necesarios, dictará por medio de los Consejos Tutelares para menores, las medidas conducentes para su adaptación social.

6. La ley de rehabilitación para menores del Estado de México (14 de septiembre de 1987), no los define, pero dispone que

la conducta del menor será estimada susceptible de atención, cuando se encuentre en condiciones sociales que hagan presumir, fundamentalmente, el peligro de incurrir en acciones antisociales; cuando el núcleo familiar en el que se desenvuelva pudiera ocasionarle traumas físicos o psicológicos; o cuando de cualquier modo, se relacione con situaciones sociales, económicas y morales que pudieran causarle un daño en su personalidad (artículo 6).

7. El artículo 2 de la Ley que crea el Consejo Tutelar para menores infractores del Estado de Querétaro (29 de junio de 1978), faculta al Consejo Tutelar para intervenir en los términos de la presente ley, cuando los menores se coloquen en los supuestos de las leyes penales o infrinjan los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños a sí mismo (sic), a su familia o la sociedad (sic) y ameriten, por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo.

8. La Ley de los Consejos Tutelares para menores del Estado de Hidalgo (publicada el 8 de febrero de 1979) dispone, en su artículo segundo, que el Consejo Tutelar intervendrá, cuando los menores infrinjan las leyes penales o los reglamentos de Policía y Buen Gobierno.

Actuará preventivamente cuando los menores manifiesten alguna forma de conducta que haga presumir objetiva y fundadamente una inclinación a causar daños, a sí mismo, a su familia o a la sociedad.

### *Revisión de la legislación estatal en cuanto a la duración de la medida*

1. La ley que crea el Consejo Tutelar para menores del Estado de Sonora (reformas en el *Boletín Oficial* de 19 de mayo de 1986) faculta al Consejo Tutelar para determinar si un menor que cumpla 18 años y que se encuentre a su disposición, y que continúe a su disposición, sometido al procedimiento hasta lograr la readaptación del infractor, pueda ser internado en un centro de tratamiento intermedio para jóvenes-adultos, de carácter no penitenciario (artículo 42).

2. La Ley del Consejo Tutelar para menores infractores del Estado de Guerrero remite en su artículo I para saber cuándo interviene el Consejo, al artículo 98 del Código del menor.

3. La Ley de normas mínimas para menores infractores del Estado de Baja California Sur, en su artículo 26 dispone que “el menor no podrá ser externado hasta que cumpla de manera satisfactoria los objetivos de su tratamiento, al finalizar el mismo se le extenderá la constancia de aprobación correspondiente”.

4. La Ley de adaptación social y de los Consejos Tutelares para menores infractores del Estado de Veracruz (*Gaceta Oficial* de 30 de septiembre de 1980), indica en el artículo 73 que “cuando el

menor alcance la mayoría de edad y la medida que se le aplicó aún no termine, sólo será el Consejo Tutelar que haya conocido del caso quien determinará si ésta debe cesar”.

5. En iguales términos el artículo 21 de la Ley del Consejo Tutelar para menores infractores del Estado Libre y Soberano de Puebla dispone: “los menores que durante el procedimiento tutelar cumplan 16 años, continuarán sujetos a la autoridad del Consejo o Delegación correspondiente, los que deberán seguir conociendo del caso hasta que se cumpla la medida tutelar que se hubiese acordado” (P.O. 12 de junio de 1981).

6. En el Estado de Chiapas, indica el artículo 59 que:

Para hacer cumplir sus determinaciones, los Consejos Tutelares para Menores y el Director del Centro de Observación y Orientación para Menores podrán hacer uso de los medios de apremio siguientes:

- I. Multa de \$100 a \$1000.
- II Auxilio de la fuerza pública.
- III. Arresto hasta por 15 días.

Y el artículo 79 que “durante el tiempo de su permanencia en el Centro de Observación y Orientación para Menores, el menor estará obligado a trabajar de acuerdo con sus facultades”. Afortunadamente, al cumplir el menor los 18 años las medidas se extinguen (artículo 94).

7. En el Estado de México encontramos que

cuando se cometa la conducta antisocial por una persona menor de edad, y cumpla su mayoría estando a disposición del Consejo Tutelar, seguirá permaneciendo en la Escuela de Rehabilitación en tratamiento respectivo (sic), salvo que revele alto grado de peligrosidad; manifiesta resistencia al tratamiento o cometa infracciones graves a los reglamentos internos, en cuyo caso será ubicado en un establecimiento especial adecuado para su tratamiento (artículo 41).

Además, el artículo 66 regula que “el 30% del producto del trabajo remunerado que desempeñen los menores en la institución de tratamiento, servirá para contribuir a su sostenimiento”.

8. La Ley que crea el Consejo Tutelar en el Estado de Querétaro también dispone (artículo 55) que la medida tendrá duración indeterminada.

9. La Ley de los Consejos Tutelares para menores en el Estado de Hidalgo, en el segundo párrafo del artículo 64, dispone que la medida tendrá duración indeterminada, y quedará sujeta a la revisión que la Sala del mismo Consejo lleva al cabo regularmente.