

CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE EL REGIMEN JURÍDICO DE MENORES INFRACTORES

Por Sergio GARCÍA RAMÍREZ *

SUMARIO: 1. *Delincuencia de menores*; 2. *Emplazamiento constitucional*; 3. *Sistemas para la fijación de competencia*; 4. *Supuestos para la actuación de la justicia de menores*; 5. *El problema de la edad de imputabilidad penal*; 6. *Naturaleza de los órganos tutelares y del procedimiento*.

1. *Delincuencia de menores*

Este trabajo pretende aportar un panorama de conjunto sobre el régimen jurídico mexicano referente a los menores infractores. Empero, conviene adelantar algunos comentarios acerca del hecho social de la delincuencia de menores de edad, tema sustantivo de la criminología contemporánea. Reviste especial importancia en nuestro país, una sociedad predominantemente juvenil y urbana, cuyo contingente ha crecido en forma acelerada.

Se dijo que el delito no desaparece sino se transforma, como la energía. Entre los datos de la evolución delictiva figura la precocidad: comisión de delitos en edad cada vez más temprana. Nada tiene de extraño en una sociedad —el mundo entero— que alienta las conductas precoces, la incorporación adelantada a los procesos sociales y, paralela e inevitablemente, a los antisociales, sombra que sigue al cuerpo. Tampoco extraña la presencia de niños, adolescentes y jóvenes en este orden de conductas: son la mayoría de la población y se hallan, a menudo, desocupados; los vacíos en la aplicación creativa del tiempo libre se proyectan en el comportamiento ilícito o desviado.

En otro trabajo, una década atrás, examiné el concepto de la criminalidad de los menores y sus expresiones contemporáneas. Reproduzco lo escrito entonces. A mi juicio, sigue siendo válido.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Hay un concepto oscilante y expansivo de la delincuencia juvenil. No existe una idea universal, fija y precisa, acerca de lo que es la criminalidad o la antisocialidad de menores. La constante y creciente presencia de éstos en el contingente del delito ha fortalecido y afinado los estudios etiológicos. Además, ha traído una propia y distinta tipología; una forma diversa de manifestarse el delito, en contraste con la delincuencia tradicional de los adultos, e inclusive diferente de la que corresponde a éstos hoy día, que también se ha modificado en relación con la fenomenología criminal de hace algunos años.

Cabe agrupar las conductas delictivas, infractoras o peligrosas de los menores en tres grandes grupos, tipos o especies. En primer término se localiza el que pudiera llamarse crimen “gratuito o recreativo”, que se comete sin razón aparente, simplemente “por hacerlo”, para distraerse, divertirse. Es evidente, sin embargo, que estos delitos obedecen a una causa: vienen de ella y pretenden cierto objetivo. Hay, así sea inconscientemente, un propósito que los desencadena y determina. Empero, para una mirada superficial aparecen como hechos gratuitos o recreativo.

La segunda gran especie se podría denominar de “antisocialidad famélica” en el más amplio sentido de la palabra. Es decir: aquella en que caen los niños, los adolescentes y los jóvenes por hambre o, de una manera más general, por necesidad de satisfactores. Las subespecies serían el vagabundaje, la desocupación o subocupación, con su secuela de consecuencias antisociales, particularmente de carácter patrimonial.

Una tercera expresión o grupo de la antisocialidad de los menores, es la que cabría denominar de parasocialidad “evasiva o curiosa”: los menores quieren evadirse de su mundo, y lo hacen al través de caminos fáciles, al alcance de su mano, que otros conocen o que ellos mismos han intentado, alguna vez, con éxito. O bien, se interesan por conocer o tener nuevas experiencias, y por hacerlo —conforme al signo de la época— rápidamente. En este conjunto figuran los paraísos artificiales de las drogas y la conducta sexual promiscua.

2. *Emplazamiento constitucional*

La Constitución de 1917 ha recibido numerosas reformas en cuestiones políticas, sociales y económicas. También hay relevantes

modificaciones en la materia penal, sin alterar, empero, el sistema básico establecido en 1917.

En el orden penal y en asuntos conexos, han sido reformados los siguientes preceptos, además de alguna reubicación de textos: *a)* artículo 10, acerca de posesión y portación de armas; *b)* artículo 18, en lo relativo al sistema nacional de ejecución de penas, la clasificación de reclusos, los menores infractores y la ejecución extraterritorial (internacional) de sanciones; *c)* artículo 20, por lo que toca a la libertad provisional bajo caución, que regula la fracción I; *d)* artículo 21, en lo que corresponde a infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía; y *e)* artículo 22, a propósito del decomiso de bienes en los casos de enriquecimiento ilícito.

Debe ser considerada en este ámbito, asimismo, la nueva redacción del título cuarto, sobre responsabilidades de los servidores públicos en las vertientes política, penal y administrativa.

De los artículos citados, el 18 ha sido modificado en dos ocasiones: una, por iniciativa de 1964; la segunda, por iniciativa de 1976. Aquélla, hasta cierto punto informada por el proyecto constitucional de Carranza, que no prosperó en el Constituyente de 1916-1917, planteó la celebración de convenios entre la Federación y los estados para que los reos sentenciados por delitos del orden común extinguieran sus condenas en establecimientos federales.

Recibida en la Cámara de Diputados la iniciativa del 10. de octubre de 1964, se turnó para dictamen a las Comisiones Primera de Puntos Constitucionales, Segunda de Gobernación y Primera de Justicia. Al primer dictamen rendido, que modificó el proyecto en algunos puntos, se acompañó un voto particular. En éste se proponía, entre otras adiciones, la incorporación de un régimen especial para menores, enfermos mentales, toxicómanos, ciegos y sordomudos.

A partir de ese voto particular se elaboró, con el estudio y las precisiones que parecieron convenientes, el cuarto párrafo del artículo 18, sin antecedentes en nuestro derecho constitucional: “La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.”

Fue así como ingresó el tema en la Ley Fundamental. Hasta ese momento, la existencia de órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales destinados a menores infractores se amparaba, solamente, en una interpretación extensiva del artículo 104 constitucional, y en la conexión existente entre la ley civil y la tutelar o correccio-

nal para menores infractores, acerca de la sustitución de las funciones de patria potestad y tutela.

Se ha entendido que la nueva norma constitucional abarca, implícitamente, tanto los organismos de conocimiento de la conducta materialmente delictuosa, infractora o peligrosa, como los procedimientos que en aquéllos se siguen y las instituciones de ejecución de medidas aplicables y aplicadas a los menores.

En este punto aparece, por otra parte, una forma específica de jurisdicción (o atribución, si no se desea hablar de poderes jurisdiccionales) concurrente, o mejor aún: absorbente o atractiva, en favor del ámbito de atribución local. Esto, no en función de la coexistencia de dos conductas sancionables, una bajo el fuero común y la otra bajo el fuero federal, como sucede en la justicia penal, sino en virtud de la existencia de un órgano (tribunal o consejo) local, que desplaza al federal, *ope legis*. En efecto, los órganos locales para menores infractores (así, el Consejo Tutelar del Distrito Federal y sus equivalentes en los estados, más los centros de tratamiento) se ocupan asimismo de los supuestos de infracción a normas federales. A esta conclusión lleva una interpretación rigurosamente gramatical del artículo 18, apoyada por la legislación secundaria.

Efectivamente, en el caso de ejecución de penas, el segundo párrafo del artículo 18 manifiesta que los gobiernos federal y estatales organizarán el sistema penal “en sus respectivas jurisdicciones” —lo que afirma los principios de territorialidad y especialidad ejecutivas—, y el tercer párrafo estatuye la posibilidad de convenios para ejecución de penas. El párrafo destinado a los menores no contiene, en cambio, la reserva sobre las “respectivas jurisdicciones” (esto es, ámbitos de validez de las normas correspondientes). Sólo así puede explicarse la intervención que las leyes federales otorgan a los órganos locales en la materia que aquí se examina. En esta hipótesis, la actuación de los juzgados de distrito, eje de los tribunales federales para menores, es en rigor supletoria o subsidiaria, de derecho y de hecho.

También se ha de considerar el sentido que da el artículo 18 a las atribuciones del Estado en cuanto a menores infractores. Distingue conceptualmente entre adultos para fines de derecho penal (verbigracia “acusados” en juicios del orden criminal, según el encabezado del artículo 20, o “delincuentes”, conforme al texto del propio artículo 18) y menores infractores. En este caso, las instituciones especiales, que evidentemente excluyen a las generales para

adultos (en la extensión arriba mencionada: órganos de conocimiento, procedimientos y órganos de ejecución) se dirigen al “tratamiento”. No se reciben aquí expresiones características del sistema de adultos en el lenguaje constitucional, como “sistema penal”, “pena”, “condena”, etcétera.

Me refiero, desde luego, al sentido del artículo 18, tomando en cuenta el contexto constitucional y los datos que el intérprete localiza en el proceso de reformas de 1964-1965. Hay otras opiniones en torno a este asunto. Permanece abierto el debate.

3. *Sistemas para la fijación de competencia*

Independientemente de la naturaleza que se atribuya a los órganos de conocimiento en la hipótesis de menores infractores, y del carácter que, en tal virtud, se asigne a sus determinaciones, vale precisar los sistemas existentes para la fijación de competencia en esta materia.

En un trabajo anterior presenté la relación de estos sistemas, como sigue:

a) concurrencia entre tribunales ordinarios y especiales sobre infracciones cometidas por menores, caso en el que otro órgano, persecutorio (p. ej., el Ministerio Público), elige al que deba intervenir en cada supuesto;

b) limitación de los tribunales para menores al conocimiento de conductas reputadas delictuosas;

c) extensión de la competencia de aquéllos al conocimiento de situaciones de peligro y a la disposición de medidas con respecto a menores no delinquentes que necesitan protección;

d) división de competencia entre los tribunales ordinarios y los de menores, en orden a la persona, cuando el menor ha codelinquido con adultos, sea que la separación ocurra *ope legis*, sea que la propongan o dispongan ciertos funcionarios (el acusador, el juzgador);

e) unidad de conocimiento, en los mismos casos de condelinuencia, ante el juzgador ordinario o ante el especial;

f) extensión de la competencia del tribunal para menores al conocimiento de infracciones cometidas por adultos en perjuicio de menores, y aun a materias extrapenales que afecten a éstos, y

g) sustracción a la competencia del tribunal especializado de ciertas contravenciones y delitos cometidos por menores.

En la legislación mexicana son conocidos, hoy, dos sistemas fundamentales. El primero y dominante atribuye a órganos especializados, con exclusión absoluta de los ordinarios, la competencia para conocer de la conducta de menores que apareja intervención tutelar del Estado. Es el caso del Consejo Tutelar del Distrito Federal y de las instituciones, numerosas, que siguen este modelo.

El segundo sistema previene la intervención de órganos de justicia ordinaria, cuya estructura se modifica y amplía, bajo criterios y conforme a procedimientos que no son ya, sin embargo, los de dicha justicia ordinaria. Es el caso, aquí, de los tribunales federales para menores, conforme a los artículos 500 a 502 del código federal de procedimientos penales y 73 a 78 de la Ley orgánica del Poder Judicial de la Federación. Como antes indiqué, esta figura judicial ha cedido completamente el lugar (o lo ha cedido en gran medida) a los órganos locales, en virtud de la citada concurrencia de atribuciones o jurisdicción, que también tiene apoyo en la legislación secundaria: artículo 500 del Código federal.

En nuestro régimen, la justicia para menores no extiende jamás su competencia a los adultos. Tampoco puede ejercer discrecionalmente la que tiene sobre menores, como sucedería si se revisara el tema de la imputabilidad en la forma que menciona este trabajo. A su vez, los órganos de enjuiciamiento de adultos no tienen, en ningún caso, competencia para el conocimiento de la conducta de menores, ni en lo que toca a infracción de leyes penales, ni en lo que corresponde a faltas. Sobre esto último es terminante el artículo 6º de la Ley de justicia en materia de faltas de policía y buen gobierno del Distrito Federal, de 1983. Otra cosa ocurriría si cambiara, como aquí se sugiere, la regulación de la imputabilidad penal, con sus consecuencias procesales.

Es claro que la diversidad de jurisdicciones, sin correspondencia de fondo entre ambas, abre la posibilidad de que se quebrante la continencia de la causa. En efecto, cuando existe participación de adultos y menores en conductas o hechos delictuosos, las diligencias y los pronunciamientos de un órgano no son vinculantes para el otro, aunque nada impide, por supuesto, que los tome en cuenta. La diferencia (y la eventual discrepancia) resulta, sobre todo, de la diversa perspectiva (y de las distintas atribuciones) con que cada uno examina y resuelve.

La justicia para adultos debe establecer, como *conditio sine qua non* de la condena, la existencia del delito (conformidad de la conducta a la descripción típica legal) y la participación delictuosa del

inculpado, sin perjuicio de los efectos que tienen las excluyentes de incriminación y las causas extintivas de la pretensión punitiva. Aquí, pues, los problemas de la personalidad del delincuente y su repercusión en la individualización de la pena entran a la escena en segundo término, condicionados.

Bajo el sistema vigente en México, ocurre o puede ocurrir otra cosa en la justicia de menores. En ella, sustraída al dogma de la tipicidad penal de la conducta, la consideración de hechos, participación y personalidad se produce al mismo tiempo. Este último dato —la personalidad— tiene para un consejo tutelar la misma importancia que los otros, de los que es o puede ser independiente. Así, cabe que haya absolución del real o supuesto participante adulto, y aplicación de medida, sin embargo, al menor asociado. También es factible la solución inversa.

4. *Supuestos para la actuación de la justicia de menores*

Los órganos de la justicia de menores, tribunales o consejos (cortes juveniles, etcétera), se hallan instituidos para actuar frente a ciertos supuestos de comportamiento que las leyes sustantivas determinan: trátense de las penales (el código de la materia y las normas punitivas en leyes de otras especialidades), de las administrativas o, finalmente, de las secciones de carácter sustantivo en los ordenamientos reservados a menores infractores. En el conjunto se aloja, pues, el “concepto jurídico” correspondiente a la “idea social” acerca de la delincuencia o antisocialidad de menores.

En el ámbito de los menores, más todavía que en el de los adultos, la “idea social” sobre la delincuencia o, más ampliamente, sobre la conducta ilícita punible, no corresponde al “concepto jurídico” que la ley penal recoge bajo forma de tipos. Existe, así, una antisocialidad difusa o muy extensa. La comunidad demanda atención a estas conductas: preventiva de ellas o consecutiva. Esta solicitud de defensa social no se plantea —o rara vez lo hace— el tema de la legalidad penal bajo la fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*, y las consecuencias de que el poder público (cualquiera que sea la forma que adopte) se despliegue incluso en ausencia de figura típica.

En este orden de cosas sucede lo mismo, prácticamente, que cuando se ejerce la función correctiva paterna: no hay tipos de conducta infractora que la promueva, ni tiene límite la calidad y la cantidad de medidas que puede poner en juego la potestad paterna o su

equivalente tutelar de derecho común, salvo las fronteras que resultan de las prevenciones generales acerca del ejercicio de un derecho (en la hipótesis, el *jus corrigendi*), que puede excederse o extraviarse, y constituir, a su vez, conducta punible.

De la idea y la experiencia sociales a propósito del mal comportamiento de los menores y de sus consecuencias de costumbre y de derecho común (civil familiar) se pasa, insensiblemente, a una idea y una experiencia semejantes, o acaso idénticas, en orden a la costumbre y a las providencias del derecho especial (ya no común, sino público, o por lo menos mixto o social) referente a menores infractores. En tal virtud, “se percibe” que el Estado tutelar puede ir tan lejos como el padre o el tutor, que no se rige por la tipicidad del comportamiento de su hijo o pupilo.

En el régimen para adultos, éstas y otras consideraciones desembocan en la teoría y la práctica de la peligrosidad sin delito, que acarrea ciertas medidas de carácter preventivo. No es éste el lugar para discutir dicho régimen, tan debatible y debatido. Ahora bien, los problemas han parecido menos severos y las soluciones más aceptables en el caso de los menores, cuyos derechos de ejercicio (el *ius libertatis*, en su amplia proyección) se hallan restringidos o excluidos legalmente mientras persista la minoridad.

En suma: el estatuto especial de los menores, genéricamente, facilita la asunción de un estatuto correccional igualmente especial para esos menores cuando devienen infractores, en una lata aceptación de la palabra. No sucede lo mismo con el estatuto del adulto delincuente, que apareja una modificación radical del aplicable a ese mismo adulto en condiciones corrientes.

No hago, con lo que antecede, el elogio del actual sistema de actuación sobre el menor infractor. Sólo procuro establecer, en una forma muy sintética, el probable sustento social que esa actuación jurídica tiene. Su consecuencia es el gradual abandono del principio de tipicidad de la conducta, reafirmado, en cambio, en el derecho penal para adultos imputables.

Ese abandono parece irreversible: existe más bien la tendencia a ampliar el ámbito de la antisocialidad penalmente atípica, que aguarda acción preventiva-correctiva del Estado. Un ejemplo sería el de los jóvenes usuarios de psicotrópicos y estupefacientes. Adelante podría ocurrir la recuperación de la tipicidad mediante la ampliación de los tipos penales: la incorporación de nuevas figuras al código penal, tomadas de esa zona que antes llamamos de antisocialidad difusa. Por otro lado, y en contraste, pudiera llegar a este cam-

po cierto énfasis en garantías procesales, que así operaría como factor de equilibrio frente a la extensión material de las atribuciones de los tribunales o consejos, que define el ámbito de vigencia objetiva y subjetiva del derecho tutelar de menores infractores.

En México, la norma más frecuentemente seguida presenta las tres hipótesis que son ya tradicionales, esto es:

- a) infracción de leyes penales;
- b) infracción de reglamentos de policía y buen gobierno; y
- c) otras formas de conducta que hagan presumir, fundadamente, una inclinación del menor a causar daños, a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y que ameriten, por lo tanto, la actuación preventiva del órgano de conocimiento. Este es el concepto que ofrece el artículo 2º de la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal.

La iniciativa conducente a esa ley, de 1973, planteaba la tercera hipótesis en otros términos, a saber: “conducta peligrosa o antisocial”. En el Senado, que fue Cámara de origen para el proceso legislativo, se adoptó la fórmula vigente.

Los estados de la Unión han seguido, mayoritariamente la orientación que aportó la ley del Distrito. Algunos mantienen referencias a supuestos específicos, conforme a una antigua terminología, verbigracia: abandono, perversión o peligro de perversión. Algún otro se refiere a “traumas físicos o psicológicos” producidos por el “núcleo familiar” (Estado de México). Además, hay casos en que se conserva el criterio de legalidad penal (Oaxaca, Tamaulipas).

Sobre las estipulaciones contenidas en la Ley que crea el Consejo Tutelar y, a su turno, en los ordenamientos que en ella se inspiran, conviene observar la estrechez de una y la amplitud de otra. Ésta, la referente a las formas de conducta (ni delictuosas ni infractoras, que serían otros supuestos) que hagan “presumir fundadamente” la inclinación a causar daños. La presunción referida no es de carácter legal, pues no existe ninguna norma que la establezca, *juris et de jure* o *juris tantum*. Se trata, pues, de la llamada “presunción humana” (en rigor, una inferencia, un “pronóstico” de conducta ilícita, bajo las pretensiones de prognosis criminal exploradas por algunos cultivadores de la criminología y vinculadas al tema de menores infractores y a las aplicaciones de la condena condicional y las medidas reductoras de la pena legal y judicialmente determinada). Esa presunción corresponde a los integrantes del órgano tutelar, los consejeros. Habría control acerca de la “racionalidad” de la presunción, a su vez determinante de la “legitimidad” de la actuación del

consejo, si la procedencia de tal actuación quedara sujeta al juicio de amparo.

En otro caso parece muy estrecha la estipulación del artículo 2º que aquí comentamos. Se refiere a infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno. Estos ordenamientos y las violaciones correspondientes se hallan regulados, en el más alto nivel normativo, por los artículos 21 y 115, fracción II, párrafo segundo, de la Constitución de la República.

No hay duda sobre la existencia de otros reglamentos, distintos de los de policía y buen gobierno, y no la hay, obviamente, sobre la posibilidad de violaciones administrativas que pudieran resultar más dañinas o peligrosas (en resumen: más trascendentes) que las contraídas a los reglamentos o bandos de policía y buen gobierno. La materia queda excluida del derecho tutelar de los menores infractores, sin embargo, a no ser que se piense que puede ingresar por la amplísima vía que brinda la tercera hipótesis del artículo 2º.

5. El problema de la edad de imputabilidad penal

Una de las cuestiones más interesantes y debatidas a propósito de los menores infractores, es la edad de imputabilidad penal. Se sostiene con frecuencia que la imputabilidad (caracterizada de diversa manera: como capacidad penal, o presupuesto del delito, o presupuesto de la culpabilidad) es la capacidad de entender y de querer.

Esa formulación italiana puede ser reelaborada para precisar su alcance. Así ocurrió en la nueva redacción de la fracción II del artículo 15 de nuestro Código penal, según las reformas de 1983. Se trata de la capacidad de “comprender el carácter ilícito del hecho (y), conducirse de acuerdo con esa comprensión”. Se supone, entonces, aptitud de entendimiento ético, en la forma y medida comunes en cierta sociedad, y aptitud de gobernar el comportamiento, desplegado como lo exija o permita la idea de licitud que prevalezca, regularmente, en dicha sociedad. Como se advierte, el giro actual se halla estrechamente ligado con la vieja regla del discernimiento, cuya ponderación permitía, en los textos clásicos, conocer el grado de imputabilidad y regular el castigo.

Si el legislador (es decir, el Estado y la sociedad; mejor: los individuos-factores de opinión que generan la ley y permiten su vigencia

y positividad) estimasen suficiente la fórmula de la imputabilidad (en sus versiones positiva o negativa, y siempre con la salvedad de la acción libre en su causa) no habría necesidad de otras estipulaciones, que sólo serían ejemplificativas o redundantes, para precisar los casos y los límites de la imputabilidad y, por ende, de la inimputabilidad que impide la imposición de pena (pero no de medidas que tienen, en forma y fondo, mayor o menor “carácter penal”). No ha sido así, sin embargo. Por razones de técnica legislativa, asociada necesariamente al imperio de la *praxis*, se expresan los factores de la inimputabilidad: trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que acarrea la incapacidad de comprender o de querer (artículo 15, fracción II, del Código penal).

En el caso de los menores de seis años, a quienes se reconoce como inimputables penalmente (por ello, no son sujetos de derecho penal; han salido de este orden jurídico, como enseña un sector de la doctrina y como se dijo en el proceso de reforma de 1964-1965 al artículo 18 constitucional), ya no se pretende siquiera juzgar sobre la capacidad, en concreto, de entender y de querer. Se excluye de plano, en uso de la que se ha denominado fórmula “biológica pura”. Esto se desprende del artículo 27, fracción XXVI de la Ley orgánica de la Administración Pública Federal. Tampoco son sujetos de derecho penal los individuos de entre seis y dieciocho años. A éstos se aplica el derecho tutelar especial, que opera a partir de las atribuciones conferidas a diversas autoridades, principalmente los tribunales para menores o consejos tutelares.

Es diferente la aplicación del concepto de inimputabilidad a los enfermos mentales o a los sordomudos, por ejemplo, pues en estos casos resulta necesario practicar los exámenes conducentes a comprobar o desacreditar, puntualmente, la capacidad de culpabilidad.

Así las cosas, los menores de edad no son inimputables penalmente, esto es, incapaces de derecho penal, porque carezcan de capacidad de entender o de querer, sino porque se niega que la tengan. Hay una negativa radical, una suerte de presunción *juris et du jure* implícita, que no tiene que ver con cada individuo concreto, sino con una categoría cronológica de la población. La razón para ello (como para la ponderación de la imputabilidad, en otros supuestos) es política-penal. Se funda en la mayor o menor incidencia y gravedad de conductas antisociales de menores, presencia de éstos en la estructura demográfica y en los procesos sociales, conveniencia de utilizar, en su caso, el aparato persecutorio y punitivo empleado para los adultos, etcétera.

No emprenderé aquí la historia sobre las diversas edades tomadas en cuenta por la legislación penal para fijar el inicio de la edad de imputabilidad o capacidad de derecho penal, con fines punitivos. Baste decir que, en términos generales, se han elevado en el curso del tiempo, hasta fecha reciente. Por lo que toca a México, es ilustrativo recordar que el Código penal de 1871 contuvo un sistema de inimputabilidad, por motivo de edad, en dos peldaños. El menor de 9 años se hallaba cubierto por una presunción *juris et de jure* de falta de discernimiento. El mayor de esa edad, pero menor de 14, quedaba sujeto a una presunción *juris tantum* —relativa, pues, y por ello superable— de haber delinquido sin el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción.

En la legislación penal de 1931 se estableció la frontera de edad en los 18 años. Esta fue la previsión dominante en nuestro país. Sin embargo, en los últimos tiempos ha aparecido y prosperado la tendencia a disminuir la edad. Corrientes similares hay en otros ámbitos del derecho: el familiar y el político, por ejemplo. Pero ha de observarse que en el caso del derecho político, donde lo que viene a cuenta es la edad para el sufragio activo y pasivo, la evolución no tiene que ver tanto o solamente con la edad —como ocurre en materia penal—, sino con otros factores de fondo en las reformas electorales: verbigracia, el paso del voto capacitario o censitario al sufragio universal.

Hasta 1988, año de cierre de una investigación realizada por la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, la mayoría de las entidades federativas, incluido el Distrito Federal, aún conservaba la edad de 18 años como inicio de la imputabilidad penal (o capacidad de derecho penal). Empero, un número casi igual de entidades había disminuido esa edad a 16 años, y una (Tabasco) la fijaba en 17.

Es explicable el movimiento de opinión tendente a reducir la edad de imputabilidad: consecuencia de problemas crecientes de inseguridad pública, en los que menores de edad —de entre 15 y 18 años— figuran de manera importante. Este hecho, aunado a la consideración —difícilmente controvertible— de que las condiciones de la vida moderna permiten a los jóvenes un conocimiento más temprano de la licitud o ilicitud de su conducta, influye para que la edad de imputabilidad penal se reduzca.

Sin embargo, el debate rara vez toma en cuenta, como debiera hacerlo, las características de la estructura demográfica mexicana, una “sociedad juvenil”, cuya mayoría se integra por niños, adoles-

centes y jóvenes adultos; las repercusiones de la disminución de edad sobre la procuración y la administración de justicia, ya excesivamente presionadas; el impacto de dicha reducción cronológica en menores de 18 años que incurrir en conductas de ilicitud muy relativa, o acaso “justificables”, en función de su edad; los resultados de la reducción donde ésta se ha introducido y la paradoja de que la imputabilidad penal se obtenga antes que la capacidad civil y el derecho al sufragio activo.

Piénsese —como en otras ocasiones he mencionado— que el número de mexicanos de entre 16 y 18 años es de 4.5-5 millones de individuos, aproximadamente; en la ciudad de México, entre cuatrocientos mil y cuatrocientos cincuenta mil. En este número se incrementaría el “universo” de los capaces de derecho penal, en el fuero federal (porque para los fueros locales ya hay un elevado número de capaces, mayores de 16 años). Ciertos comportamientos, que ahora son faltas leves, o quizás ni eso, pasarían a ser delitos (verbigracia: daños en propiedad ajena, consecuencia de juego en las vías públicas; lesiones de escasa entidad, resultado de peleas entre adolescentes; atentados al pudor en el trato entre muchachos de uno y otro sexo; delitos contra la salud, por posesión de algún psicotrópico, etcétera).

Esta “penalización” de la conducta implicaría una gran carga de trabajo para los servicios de justicia, y repercutiría en la ya agobiante sobrepoblación de las prisiones.

Siempre queda pendiente de respuesta persuasiva, o simplemente de respuesta, la pregunta: la disminución de 18 a 16 años, ¿ha contribuido a prevenir o reducir la delincuencia en las entidades que la han admitido?

La necesidad de satisfacer necesidades claras de defensa social, contra o frente a conductas ilícitas graves perpetradas por menores que revelan un alto grado de peligrosidad (palabra combatida, pero común y realista en la experiencia general), sin crear problemas aún más severos que los que se trata de resolver, lleva a soluciones diferentes. Una de ellas, que en distintas ocasiones he propuesto, sería el retorno relativo al sistema de imputabilidad condicionada, por excepción, sin abandono de la inimputabilidad a los 18 años como regla.

En los términos de esa sugerencia, continuarían conociendo de las conductas delictivas, infractoras o peligrosas de menores de 18 años, los órganos tutelares que actualmente intervienen, no los tribunales penales. Serían esos órganos tutelares los depositarios de la

atribución de turnar el caso al conocimiento de los órganos comunes, cuando resultase procedente, para juzgamiento ordinario y aplicación de las penas respectivas. Por otra parte, este régimen permitiría resolver el problema —hasta hoy sin solución— que se presenta cuando el menor alcanza la mayoría de edad y se halla todavía sujeto a conocimiento por parte del consejo tutelar o a tratamiento dispuesto por éste, que no debe cesar.

6. *Naturaleza de los órganos tutelares y del procedimiento*

En el curso de los trabajos de la comisión que elaboró el Código penal de 1931, los comisionados se plantearon el problema de los menores infractores. En la base “h” del conjunto de principios en que se inspiró la redacción de ese ordenamiento, se estipula: “Dejar a los niños completamente al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa”.

Empero, la comisión debió atender complejos puntos de constitucionalidad que se suscitan por la aplicación de medidas a los menores en forma diversa de la prevista para la imposición de penas a los adultos. Las interrogantes que esa comisión tuvo en cuenta fueron formuladas en estos términos: “¿Es posible restringir la libertad a los menores infractores, aplicando medidas de distinta forma de la prevenida por los artículos 16, 19 y 21 de la Constitución, no considerando a dichos menores como ‘procesados’ ni objeto de una acción penal? ¿Las medidas que dicte el tribunal afectan a las garantías individuales de la persona del menor?”

Los autores del Código confiaron en que la jurisprudencia habría de aportar la respuesta a esas preguntas y permitir, por ello, la buena marcha de la justicia de menores infractores. A este respecto, tuvo notable importancia, en su momento, la ejecutoria dictada por la Suprema Corte de Justicia en el caso del menor Ezequiel Castañeda, cuya orientación fue decisiva para la materia que aquí se examina. En esa sentencia, se afirmó que la acción del Estado frente a los menores infractores no es autoritaria, en estricto sentido, sino reviste carácter social. El Estado no obra como autoridad, cuyos actos quebranten, en su caso, las garantías individuales, y sean, por lo mismo, susceptibles de impugnación en amparo. Sólo se sustituye a los encargados del menor, para cumplir una misión social respecto a éste.

El criterio jurisprudencial operó en la misma dirección aportada por las normas civiles familiares. En efecto, el artículo 413 del Có-

digo Civil puntualiza, acerca de la patria potestad que se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos: “Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal”. Este ordenamiento, llamado “Ley Villa Michel”, fue de 1928. Lo sustituyó la Ley orgánica y normas de procedimiento de los tribunales de menores y sus instituciones auxiliares en el Distrito y territorios federales, de 1941, a su vez relevada por la Ley que crea el Consejo Tutelar para menores infractores del Distrito Federal, de 1973, publicada en el *Diario Oficial* del 2 de agosto de 1974.

Igualmente, es preciso considerar la norma que contiene el artículo 449 del Código civil, con respecto a la tutela: “Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413”, antes transcrita.

De lo que antecede se colige, como lo sostiene la opinión dominante (ciertamente no la única) desde 1931:

a) los órganos tutelares para menores infractores no son verdaderos tribunales que ejerzan sobre éstos una jurisdicción penal paralela o igual a la que poseen los tribunales comunes sobre los adultos delinquentes;

b) se trata de órganos de guarda y educación de los menores, que sustituyen, en las hipótesis previstas por la ley, a los individuos titulares de los derechos de patria potestad y tutela;

c) dado que los menores no delinquen —en el sentido jurídico estricto de la palabra— y en virtud de que las medidas aplicables a ellos no son penas, el procedimiento especial seguido por los tribunales para menores y los consejos tutelares no es un juicio del orden penal, en el que deban observarse las garantías del procedimiento estipuladas por la Constitución;

d) en estos casos, pues, el *ius puniendi* del Estado se transforma en *ius corrigendi*, de la misma naturaleza que el atribuido a padres y tutores, y de aquí resulta un “Estado tutor”, figura distinta, inclusive, del “Estado readaptador” que se pretende para la ejecución de penas consecutiva a la sentencia penal de condena;

e) la actividad del Estado tutor no es susceptible del control de amparo que se dirige a los actos de autoridad, como no lo es la tarea del padre o del tutor; y

f) por mandato de ley, el ejercicio de la patria potestad y de la tutela se halla originariamente condicionado o limitado por las prevenciones acerca de tutela estatal de menores infractores, y en tal virtud el desempeño de ésta no esté supeditado a que el padre o el tutor sean vencidos en juicio; la hipótesis de juicio (audiencia y defensa) sólo se actualizaría en caso de que el Estado pretendiese privar a los particulares de su derecho (como sanción, por ejemplo) por razones y en forma distintas de las contempladas en la legislación tutelar de menores infractores.

No hay hasta ahora jurisprudencia uniforme y persistente sobre la materia que en este punto comentamos.

A continuación presento un panorama resumido de pronunciamientos sobre la materia, tomados del *Semanario Judicial de la Federación* y de los *Informes* del presidente de la Suprema Corte de Justicia:

Las restricciones a la libertad impuestas por los padres o tutores y por el Estado, como auxiliar de aquéllos, no constituyen violación de garantías y el amparo es improcedente contra ellas. El Estado no realiza en este caso actos de autoridad. En razón del interés social de preparar a las generaciones futuras, el poder público se sustituye, por medio de los tribunales para menores, a quien debe ejercer la patria potestad cuando éste falta o no puede ejercerla (t. L, 18 de noviembre de 1936, Hernández René).

Si bien es verdad que tratándose de menores infractores no rigen las garantías del artículo 20 constitucional, porque no se les instruye proceso como delincuentes, sino se toman medidas de protección en su favor, ello no quita que se conceda a los menores todas las garantías individuales de la Constitución, por lo que debe concederse el amparo si los tribunales para menores, el Departamento de Prevención Social o los directores de los planteles de corrección violan alguna de esas garantías (t. LXXX, 10 de mayo de 1944, Sánchez Moreno Carmen).

El procedimiento ante los tribunales para menores no tiene carácter judicial, ni aquéllos poseen jurisdicción en sentido propio (t. CXIII, 14 de febrero de 1955, Martínez Viveros Enrique).

Los actos del presidente del tribunal para menores no son de autoridad, sino medidas tutelares. Contra ellas es improcedente el amparo (Inf. 75, Col. 10° Cto., R. 14/75, Ricardo García Salgado).

El tribunal para menores de Chihuahua es autoridad, porque puede disponer de la fuerza pública (Inf. 77, Col. 8° Cto., T. 465/77, Héctor Couto Armendáriz Lara).

Los actos de los tribunales para menores no son de autoridad y contra ellos no procede el amparo (Inf. 78, Col. 6° Cto., A.R. 345/78, Julio López Hernández).

El tribunal para menores de Yucatán tiene el carácter de autoridad, y por ello sus actos pueden ser revisados a través del juicio de amparo (Inf. 80, Col. 10° Cto. 361/80, Carlos Antonio Garrido Gutiérrez).

Puede recurrirse en amparo la resolución del consejo tutelar, porque afecta la libertad del menor, aunque no se considere como imposición de pena (Inf. 84, Pleno, C. 279/82).

El consejo tutelar para menores es autoridad para efectos de amparo, porque dispone de la fuerza pública (Inf. 85, 1er. Col. 3er. Cto., Improcedencia 89/83, Altagracia Enciso de Flores).

El tribunal para menores es autoridad para efectos de amparo (Inf. 86, Col. 5° Cto., A.R. 93/85, Álvaro González Braceda).

Es improcedente el amparo contra actos de consejos tutelares, que son medidas de carácter tutelar y no punitivo. Las resoluciones de consejos tutelares no son actos de autoridad (Inf. 86, 2° Col. 1er. Cto., A.R. 216/85, Karen Castillo Delgado).

Debe agotarse el recurso de inconformidad en el procedimiento para menores, antes de recurrir al amparo (Inf. 86, 2° Col. 1er. Cto., A.R. 92/86, Óscar Pérez Sánchez).

Las medidas dispuestas por un consejo tutelar para menores, organismo que se halla fuera de la órbita punitiva característica de los tribunales comunes, no entrañan la aplicación de una sanción penal (Inf. 88, Col. 14° Cto., A.D. 237/88, Johan Alejandro Ucán Mena).

Sea lo que fuere de la tesis general predominante en el derecho mexicano sobre menores infractores, y de los diferentes criterios jurisprudenciales, es pertinente favorecer y fortalecer las garantías procesales del menor sujeto a procedimiento y, en la medida que corresponda, de los encargados legales o naturales de la guarda y educación del menor (titulares de la patria potestad y la tutela; otros custodios legitimados para actuar en la guarda y educación del menor).

Esa conveniencia fue advertida en los trabajos de redacción de la Ley que crea el Consejo Tutelar para el Distrito Federal, elaborada conforme a los lineamientos presentados por la Secretaría de Gobernación, entonces, ante el Primer Congreso Nacional sobre el Régimen Jurídico del Menor (México, 1973). La Cuarta Comisión de dicho Congreso estimó: "Debe ser sustituida la actual legisla-

ción para menores infractores (se trataba de la ley de 1941), recomendándose una reforma legislativa integral sobre las bases propuestas en la ponencia de la Secretaría de Gobernación”.

La ley de 1973 optó por incorporar al procedimiento tutelar de menores diversas medidas o instituciones que en su propio ámbito reproducen elementos del enjuiciamiento penal de adultos. Las concordancias o equivalencias son, aproximadamente, las siguientes:

a) resolución base del procedimiento (artículos 35 y 36), que se adopta dentro de las 48 horas siguientes a la presentación del menor ante el consejo, corresponde a los autos de formal prisión, sujeción a proceso, libertad por falta de méritos o de elementos para proceder, además de, en su caso, libertad provisional;

b) información al menor y a los encargados de éste acerca de las causas del procedimiento (artículo 37), corresponde a actos relacionados con la declaración preparatoria y, en general, la defensa del enjuiciado;

c) orden de presentación ante el consejo, escrita, motivada y fundada (artículo 38), corresponde a las órdenes de aprehensión o comparecencia;

d) normas sobre plazos procedimentales, recepción de pruebas y declaraciones diversas, así como audiencia para conocimiento y resolución por parte de la sala (artículos 39 a 42), corresponden a prevenciones sobre instrucción y juicio, así como a plazos para realización o conclusión de aquéllos;

e) promotoría de menores (artículos 14 y 15 esp.), corresponde a la defensoría de adultos; y

f) impugnación de las resoluciones de la sala que impongan una medida diversa de la amonestación, por medio del recurso de inconformidad (artículos 56 a 60), corresponde a la impugnación mediante apelación.

Existe, y debiera consolidarse, una corriente favorable a la exigencia de responsabilidad a los encargados de los menores que descuiden o abandonen su función, o bien la ejerzan en forma irregular o ilícita. No es deseable que esos encargados legales y naturales se sustraigan, como suele ocurrir, a las consecuencias de su conducta activa. De ahí la pertinencia de que el Consejo tutelar oriente a las víctimas del ilícito de un menor acerca de la reclamación de daños y perjuicios, por la vía común, cuando aquélla venga al caso.

De ahí, asimismo, el conocimiento que debe darse al Ministerio Público sobre los casos en que el encargado incurra en delito (violación de los deberes de asistencia familiar, corrupción de menores,

lesiones en el pretendido ejercicio del derecho de castigar, etcétera). Sería útil revisar la ley penal para precisar si hoy día atiende con suficiencia los casos de responsabilidad (penal, de *lege ferenda*) de padres, tutores y otras personas que comprometen gravemente, con su conducta, el comportamiento de los menores a su cargo.

En cuanto a la responsabilidad civil, ésta se halla prevista por los artículos 1911 a 1922 del Código civil. El deber de resarcimiento a cargo de personas diferentes del inculpado, por la conducta ilícita de éste, se encuentra igualmente estipulado en el artículo 32 del Código penal. Como el menor no queda sometido a enjuiciamiento penal, la reparación de daños y perjuicios ha de ser reclamada por la vía civil.