

SOBRE EL RÉGIMEN TUTELAR PARA MENORES INFRACTORES

Por Álvaro BUNSTER

I

Desaparecida del derecho moderno la inmemorial parificación penal del menor al adulto, el régimen que antecede al que se conoce como régimen tutelar es uno que podría denominarse de mitigación penal para el menor. Este régimen penal mitigado tiene precedentes más o menos remotos, y a nuestra vista aparece ya muy claramente en ordenamientos jurídicos decimonónicos de acusado sentido retribucionista. Esto no implica, claro está, su ausencia de legislaciones de signo preventivo general.

En este régimen, la condición del menor que incurre en un hecho calificado de delito por la ley se encuadra *dentro del sistema penal*. Éste empieza por determinar el límite a partir del cual puede venir en consideración su responsabilidad. Originalmente solía ese límite ser muy bajo, pero dejan de causar asombro —dicho sea de paso— los nueve años de edad en que lo fijaba en 1871 el Código de Martínez de Castro si todavía Irlanda lo tiene fijado en siete, y en diez años los países con la estampa del *common law*.¹

El derecho penal no se desentiende en este régimen del menor inimputable de plano. Ya a su respecto asoma la prevención especial, al ordenarse en ciertas circunstancias su ingreso a establecimientos de educación y corrección, medida, diremos, análoga a la que se autoriza respecto del inimputable loco o demente, a quien, según el caso, se puede internar en establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase o entregar a su familia bajo fianza de custodia.

¹ Tiffer Sotomayor, Carlos y Frieder Dünkel, "Das Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung des Jugendrechts und der Sanktionpraxis in Costa Rica", *Auslandsenteil der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1989, p. 208.

Es el derecho penal el que, en seguida, establece el segmento de edad sobre aquel límite mínimo en que cabe examinar el discernimiento del menor incurso en un hecho legalmente tenido por delito, para asimilarlo en caso negativo al inimputable absoluto con los efectos antedichos, o para tenerlo en caso afirmativo por penalmente imputable.

El sistema penal, luego, es quien conmina para el menor imputable una pena inferior como regla a la asignada al adulto por igual delito, y quien decide sobre si debe descontar la pena en las cárceles comunes, o en recintos separados dentro de ellas, o en establecimientos especiales. A la condena (o a la absolución) del menor se llega por la vía jurisdiccional, así sean o no especiales los tribunales para estos menores y exhiba o no peculiaridades el procedimiento a que queda sometido, con las garantías legales.

Importa destacar que semejante régimen, abroquelado en el sistema penal, es un régimen de derecho penal de acto y no de derecho penal de autor, y de acto típico, antijurídico y culpable. En vez de la educación está allí la pena, en el lugar del tratamiento individualizado y a veces sin determinación de tiempo está la reacción proporcionada a la gravedad del hecho, y es a hombres de derecho, en ocasiones con la limitada asesoría de cultores de otras disciplinas, a quienes incumbe imponerla.

II

El *régimen tutelar* no importa, como el anterior, la extensión al menor del mecanismo jurídico penal de responsabilización individual por el singular acto típico, antijurídico y culpable, sino un modo difuso de defensa de la sociedad sobre la base de la prevención especial frente a comportamientos y formas, condiciones y situaciones de vida tenidos por irregulares y entendidas como fruto de un fenómeno de desocialización.

El límite de edad que demarca el universo de personas susceptibles de quedar sujetas a este régimen tutelar, fijado legalmente de un solo trazo —como en México— o en varios niveles —como en otros países—, no separa, pues, de modo necesario a imputables de inimputables sino que deslinda una fracción de la población en algunos de cuyos individuos pueden darse o reconocerse comportamientos, formas, condiciones y situaciones de vida sin-

tomáticos de una desocialización de peculiar peligrosidad, ante la cual la ley quiere reaccionar en forma también peculiar.

El hecho cometido, por lo tanto, no retiene la función sustentadora de la responsabilidad que le cabía en el régimen que hemos denominado de mitigación penal, pues pierde o ve disminuido el valor que en sí mismo le correspondía conforme a ese régimen para adquirir un valor indiciario de desocialización y, por ende, sintomático de la peligrosidad de quien lo ejecuta. Y en el régimen tutelar no cabe sólo ese cometido al hecho que infringe las leyes penales sino también —como dispone paradigmáticamente el texto que instituye en el Distrito Federal los Consejos Tutelares para menores— el que contraviene los reglamentos de policía y buen gobierno. No resuena, pues, en este régimen el apotegma *nullum crimen sine lege*.

Hasta aquí el régimen tutelar tiene a hechos, aunque no siempre penales, por presupuestos de las medidas que serán su consecuencia. El régimen, empero, va más allá y rige también respecto de menores que “manifiestan otra forma de conducta que haga presumir fundadamente —según previene la ley mexicana que estamos invocando como paradigma— una inclinación a causar daños a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten, por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo” (artículo 2º). Aquí aparece palmariamente la imputación por la conducta de la vida, el derecho penal de autor y no ya de acto, y la presunción de inclinación a actos dañinos, vale decir, el juicio de alta probabilidad de comisión de delitos futuros, que no otra cosa es la peligrosidad, y en este caso la peligrosidad sin delito. Ese menor, a quien se presume peligroso para sí mismo y su familia, en verdad lo es, en el espíritu del régimen tutelar, para la sociedad. Tal antecedente basta para abrir el expediente que puede culminar en la aplicación de alguna de las medidas previstas por la ley.

¿Cuáles son estas medidas? Aparte la amonestación, son, en términos generales, la libertad vigilada y la internación. A través de ella se ejerce la *tutela* sobre el menor en un régimen cuyo objeto es promover su readaptación mediante el estudio de su personalidad, que se inicia por especialistas ya desde que el afectado (¿o favorecido?) es puesto a disposición de la autoridad correspondiente, y dura por todo el curso del tratamiento, en su caso.

La libertad en que se deja al menor que se trata de readaptar a través de ella es, casi sin excepción en los regímenes tutelares, una libertad vigilada, sea por quienes ejercen la patria potestad, o la

tutela, o el cuidado en el hogar a que se ha asignado al menor desde la resolución inicial de la autoridad respecto de su situación, o desde el día de ser liberado de la internación.

Por lo que hace a esta última, tiene ella lugar en instituciones que se quiere adecuadas para el tratamiento del menor, considerando, como dice la ley mexicana, “la personalidad de éste y las demás circunstancias que concurran en el caso”. Las instituciones abiertas representan en este respecto la idealidad. Regularmente los establecimientos para la internación de menores son proveídos, dependen y se manejan por autoridades carcelarias del régimen de reclusión de adultos, que, por cierto, es de adscripción administrativa y no jurisdiccional.

El procedimiento conducente a la imposición de las medidas sobredichas procura escapar de los moldes de la justicia penal y acusa un alto grado de discrecionalidad. A despecho de la presencia real y continuada del defensor o procurador de menores, autorizado para actuar *motu proprio* en todos los sentidos que parezcan adecuados a los intereses de aquellos, se procura que él, en el marco de la ley respectiva, no encarne la defensa frente a la autoridad y que en ésta tampoco se reconozca el órgano de acusación. Suele traerse a cuento en este punto el autorizado aserto de un participante en esta reunión por el que el derecho procesal mexicano de menores ha venido a caracterizarse como un proceso “tutelar-inquisitivo” en que “en modo alguno existe contradicción de intereses; no hay litigio”, por lo que “carecen de razón de ser los actos de acusación y defensa y, por ende, las figuras del actor y el defensor”.²

Ya se ha puesto de realce la importancia que en el régimen tutelar se acuerda a la personalidad del menor por sobre el acto cometido. Se comprende, entonces, el valor que en el procedimiento adquiere la observación de la personalidad y los dictámenes periciales que sobre ella recaen.³ Las conclusiones de esos dictámenes pueden, llegado el caso, contrarrestar la débil prueba de los hechos.⁴

² García Ramírez, Sergio, “Los principios inquisitivo y acusatorio en el enjuiciamiento especial de menores infractores”, *Derecho penal contemporáneo*, México, 34 (1969), p. 34.

³ Bacigalupo, Enrique, “Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la ley penal”, en *ILANUD*, San José de Costa Rica, año 6, núm. 17 y 18, 1984.

⁴ *Idem*, p. 63.

Parece superfluo afirmar que el procedimiento en el régimen tutelar, al alejarse de la ritualidad procesal formal, no concede a la idea del debido proceso y al sistema de garantías que apareja, una gravitación digna de nota.

Por lo que concierne finalmente a la ejecución de las medidas en el régimen tutelar, hemos ya anticipado que, como regla, es la administración la que se hace cargo de ese menester. Y como quiera que la internación es, entre las pocas medidas que el régimen consulta, la de mayor significado, es allí donde la presencia de la administración se hace patente. La ley mexicana no deja dudas al respecto: conforme a su artículo 43,

“la ejecución de las medidas impuestas por el Consejo Tutelar corresponde a la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, la que no podrá modificar la naturaleza de aquéllas. La misma Dirección informará al Consejo sobre los resultados del tratamiento y formulará la instancia y las recomendaciones que estime pertinentes para los fines de la revisión.

Esta revisión, hacedera cada tres meses, procede —conforme al artículo 55— por recomendación fundada emitida por la susodicha Dirección.

III

Hemos procurado reseñar el sentido de estos dos regímenes con objetividad, no exenta de un esquematismo inevitable. Esos regímenes no se dan en parte alguna con entera pureza, pero son los dos polos sobre los que gira la preocupación por la delincuencia de menores. El régimen tutelar, entendido por espacio de algunos decenios como superación del que lo precediera, aparece puesto hoy en entredicho, y bien vale la pena recorrer las líneas gruesas de la crítica que se le dirige.

Cabría tal vez introducir a esa crítica expresando que ella reproduce en el plano que nos ocupa la que recae sobre todo sistema penal basado en la defensa social y ceñido a la peligrosidad, en una época en que por el recrudecimiento de la delincuencia de adultos, por el fracaso de todo intento de readaptación a través del tratamiento, y por la reafirmación impetuosa de los derechos del hombre, se cree poder orientar la justicia penal por derroteros más realistas y más humanos. Esto tiene una repercusión

sión inevitable en la clase de respuesta que cabe dar a la delincuencia de menores, respuesta fortalecida, además, por datos de realidad un tanto desoladores y de que no es el caso intentar dar cuenta aquí.

Primeramente, la censura al *fundamento* del régimen tutelar es el repudio a la peligrosidad sin delito, al derecho penal de autor, a la incriminación por la conducta de la vida y al desconocimiento del apoteoga *nullum crimen sine lege*. En todo ello divisan los críticos un modo de reacción que importa una represión intolerable y un atropello a derechos humanos fundamentales de individuos que, imputables o no imputables, han de responder de una conducta que suele no significar transgresión no sólo a una norma penal, sino a norma alguna de convivencia.

La desaprobación a las medidas aplicables corre más o menos por los mismos cauces. Se encubre con el nombre de medidas —se dice— a verdaderas penas que, como la internación, representan una invasión grave a la esfera de derechos del individuo. Esto se torna aun más reprobable si se atiende a que tales medidas se imponen con duración indeterminada, a que en el hecho pueden durar largos años y a que no se extinguen sino con la mayoría de edad. El tratamiento y los resultados que con él se pretenden y que nunca se obtienen hacen a la esencia de este mito tutelar, paternalista y supuestamente humanizador de la justicia.

Con esta justicia, o mejor, con el procedimiento a través del cual llegan a imponerse las medidas, no son los críticos menos indulgentes. Ven en él un cuidadoso disfraz del proceso penal ordinario, pero sin sus garantías. En el defensor o promotor no reconocen el celo de un abogado, en la investigación inquisitiva divisan un proceso inquisitorial, en el instructor vislumbran un acusador disfrazado. Censurar la parquedad de recursos de impugnación, el lenguaje velado y elusivo de la ley en esta materia y la reaparición, sin nombrarla, de la policía y sus agentes desde el momento mismo de la comparecencia no espontánea del menor ante la autoridad.

Se desconfía, en fin, sobre la base de elocuentes datos de realidad, de los establecimientos de internación y sus condiciones, de la gravitación asignada a los dictámenes de los técnicos y del espíritu humanitario del personal de vigilancia.

Se percibe que los parámetros en que la crítica se desenvuelve son los del derecho penal, pues para los detractores del régimen

tutelar la protección del menor no es más que una ficción tras la que se oculta un sistema penal deshumanizado y regresivo.

Construir es siempre inconmensurablemente más difícil que demoler. Y en esta materia construir presupone, a nuestro juicio, desestimar la premisa de que la respuesta a los delitos de los menores debe serlo a la vez al fenómeno *global* de su desocialización y a las situaciones *individuales* de abandono moral y material y de peligro para sí y para la sociedad en que pueden hallarse. A los delitos de los menores debe responder el Estado con el régimen jurídico de una justicia especial; a su desocialización y a las situaciones irregulares singulares debe hacerlo con iniciativas conducentes: 1) a remover las causas de diverso orden que provocan el fenómeno general de desocialización juvenil, y 2) a prestar asistencia a los individuos menores en estado de abandono, de peligro o de potencial desviación de conducta.

Esta segunda respuesta, que entendemos proyectada a un plano general y a uno individual, corresponde a una función no normativa que es, por cierto, inherente al Estado, sobre todo si pretende ser un Estado social y democrático de derecho. Y no se divisa en verdad por qué, en cuanto se refiere a individuos, ha de verse arrastrada a regirse por el régimen jurídico que debe aplicarse a los delitos de los menores.

La jurisdicción especial de menores debe conocer de hechos calificados de delitos por la ley, y sólo de ellos.

Los Estados garantizarán en particular —dice el artículo 40.2 a) del proyecto de convención sobre derechos del niño, de aprobación inminente por la Asamblea General de las Naciones Unidas— que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes internacionales en el momento en que se cometieron.

El principio *nullum crimen sine lege* aparece una vez más como exigencia ineludible del derecho conformado por la comunidad de naciones, y debe hallarse en la base de una jurisdicción nacional de menores. No ha de haber lugar, pues, a medida alguna contra ellos fundada en hechos transgresores de reglamentos o en conductas no típicas que hagan presumir inclinaciones a causar daño, etcétera.

Este régimen de justicia penal para el menor, en seguida, debe concebirse como parte del sistema penal general de justicia, y no

como un aparato adscrito a la administración. Quienes decidan sobre las medidas aplicables al menor infractor deben ser necesariamente jueces, y no funcionarios administrativos o especialistas, sin perjuicio, claro está, de la ilustración que al juez aporten con los datos de su ciencia pedagogos, psicólogos, antropólogos, médicos, criminólogos, etcétera. La magistratura, es también evidente, ha de ser por su parte una magistratura especializada.

Se han deslizado más de una vez en este texto expresiones como las de “menor delincuente”, “delitos cometidos por menores”, “delincuencia juvenil”. No se trata, en verdad, de un desliz si empezamos por recordar que el régimen tutelar, al menos el mexicano, separa —y lo hace de un solo trazo— el universo de personas (los menores de dieciocho años) que quedan regidas por él *sin ser declaradas inimputables*. De esto se sigue que quienes entre ellas ejecuten un hecho penado por la ley como delito en condiciones de madurez propias de la imputabilidad, cometen, en verdad, un delito, aun siendo menores o jóvenes.

Cuando dejan de tenerse en cuenta criterios tutelares y se postula una jurisdicción para menores que hayan cometido hechos legalmente previstos como delitos, recobra su vigencia el concepto de imputabilidad y se torna especialmente ineludible precisar el límite uniforme y general de edad bajo el cual se presume *iuris et de iure* la inmadurez y, por tanto, la inimputabilidad. Si es claro, como lo reclama una concepción humanista del derecho penal, que el menor de aquella edad, por difícil de establecer que sea, no puede jamás ser tenido por delincuente, no es tan claro tener lisa y llanamente por delincuente adulto a quien la ha sobrepasado. Nos preocupa que este menor o joven, a quien pueden separarlo algunos años de la adultez, sea tenido como responsable por la ley y por el juez sin consideración a que a esas alturas de la vida su desarrollo individual tal vez no lo haya dotado aún de la madurez que le franquee la comprensión de la ilicitud, tanto jurídica como material, del hecho, y una capacidad de autodominio. No parece, en suma, que en un derecho penal alternativo de menores deba pervivir la separación tajante entre menores y mayores como sinónimo del límite entre inimputables e imputables.

A esta cuestión se liga la de la procedencia, respecto del no adulto penalmente responsable, de la pena y de la medida. Son muchos los países, y algunos de muy larga e ilustre tradición de convivencia en sólidos marcos jurídicos, que consultan penas para algunos de estos delinquentes no adultos. Parecería que la con-

ciencia social latinoamericana no repudiara esta posibilidad al aceptar tácitamente la aplicación de medidas que en verdad merecen el nombre de penas, y, además, de duración indeterminada.⁵ Pero sea lo uno o lo otro, esto importa, en verdad, empezar por la cúspide, esto es, por lo que conviene en llamarse “institucionalización”, que la tendencia contemporánea en esta materia tiende a admitir sólo para casos muy difíciles, y rodeada de numerosos resguardos, entre ellos uno especialmente importante: su *determinación* en el tiempo. Las graves reservas frente a ella no se derivan ni de la inimputabilidad del afectado, que de hecho puede no darse; ni de la carencia en nuestros países de la infraestructura adecuada para que pueda surtir los efectos que se persiguen; ni del escepticismo sobre el éxito de una readaptación a la sociedad que se intenta fuera de la sociedad; ni del fracaso grave del tratamiento socializador, sino de la especial vulnerabilidad psíquica, afectiva, anímica, o como quiera llamarse, que el menor, aun adulto, exhibe frente al detrimento de su personalidad y al desarrollo ulterior de ella que la institucionalización representa.

No es éste el sitio ni la oportunidad para proponer un elenco de medidas, materia que requiere mucha meditación y auxilio técnico, sino sólo para postular, aparte lo que se ha dejado dicho sobre la llamada “institucionalización”, que las medidas han de inspirarse, desde luego, en la idea de no erradicar al menor del ámbito social en que ha crecido, manteniendo a su respecto discretos sistemas de control y apoyo;⁶ traducirse, cuando lo anterior no sea posible, en la destinación del menor a hogares sustitutos, en la perspectiva de la adopción, y propender, en cuanto sea practicable, a la subsistencia de los vínculos del menor con la que es su familia natural. En esto, repetimos, ha de verse mucho más el rudimento de un programa que una proposición de medidas concretas.

En lo atinente al procedimiento, el proyecto de convención sobre los derechos del niño formula los principios en que debe encuadrarse, de manera difícilmente superable. Su artículo 37 alude primeramente a las garantías que deben consagrarse para el menor en el sentido de no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; de no ser privado

⁵ *Idem*, p. 66.

⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Los derechos humanos y los sistemas penales en América Latina”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 2, vol. IV, abril-junio de 1986, p. 264.

de su libertad ilegal o arbitrariamente; de ser tratado con humanidad y respeto, y de tener, en fin, pronto acceso a la asistencia jurídica y derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente independiente e imparcial. El artículo 40, puesto en la situación del niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haberlas infringido, proclama —como se recordó— el principio *nullum crimen sine lege*, y consagra las garantías de presumírsele inocente mientras no se compruebe legalmente su culpabilidad, de conocer él oportuna y directamente los cargos para preparar con asistencia jurídica su defensa, de que su causa sea dirimida por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial; de no ser obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, de poder recurrir en su caso a un órgano judicial superior competente, etcétera. Esto nos exime de ulteriores asertos que no sean el del apreciable grado de discrecionalidad, supuestas las anteriores garantías, que deben hacer posible las formas procesales en que desenvuelva su acción ese aparato especializado de justicia penal para menores.

Hasta aquí estas consideraciones, discurridas y emitidas en un espíritu y una dimensión que nos han parecido adecuados a un coloquio, e inspiradas en buena medida por el proyecto de Convención que ha sido uno de los principales estímulos a su celebración