

Los derechos humanos de los menores: el menor frente al derecho penal

Alicia Azzolini Bincaz*

Sumario: 1. Los derechos humanos de los menores. / 2. Los menores frente al derecho penal. / 3. El menor en la legislación penal mexicana.

1. Los derechos humanos de los menores

La fundamentación de los derechos humanos ha dado lugar a la propuesta de distintos modelos filosóficos. El primero de ellos es el iusnaturalista -en el que se creó el concepto de derechos humanos- que los concibe como derechos (individuales) subjetivos. El modelo historicista, por su parte, entiende a los derechos humanos como recursos val oratorios contingentes, históricamente variables, condicionados en su vigencia, enumeración y graduación por los factores que modelan las sociedades. Un tercer modelo hace hincapié en el hombre como entidad biológica compleja, productora de un comportamiento social peculiar y elaborado, en este contexto los derechos humanos son la objetivación de las necesidades básicas y vitales de los seres humanos.¹ La diversidad de los modelos existentes, que excede en mucho a los tres que acabamos de mencionar, nos permite afirmar que la fundamentación de los derechos humanos representa un lugar común de controversia. Sin embargo, en las últimas décadas - y después de la producción del fenómeno de los

derechos humanos-² la discusión se ha desplazado de la fundamentación a la vigencia, de su concepción teórica a su aplicación práctica.

Si revisamos el proceso histórico en el que se ha ido consolidando el reconocimiento legislativo de los derechos humanos, es posible distinguir al menos tres fases: la primera de ellas está dada por las teorías filosóficas del iusnaturalismo moderno del siglo XVII, como la de Locke, que sostiene que el hombre tiene, en cuanto tal, derechos que por naturaleza nadie, ni siquiera el Estado, le puede sustraer y que ni él mismo puede enajenar.

La segunda fase se configura un siglo después, cuando el legislador -en la *Declaración de derechos del Estado de Virginia de 1776*, en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793* y en las constituciones que en ellas se inspiraron- afirma y reconoce esos derechos en las distintas legislaciones nacionales.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de las Naciones Unidas, de 1948, marca el comienzo de la tercera fase en la que la afirmación de estos derechos es universal y positiva. Los derechos humanos dejan de ser un ideal filosófico o el contenido de normas vigentes en algunos países aislados para convertirse en prescripciones obligatorias para todos los Estados miembros de la organización.

Norberto Bobbio al describir este proceso lo sintetiza en la siguiente frase:

* Profesora-investigadora de la UAM Azcapotzalco.

1. Un análisis esquemático pero acabado de estos modelos puede verse en el artículo de Eduardo RABOSI "La fundamentación de los derechos humanos: algunas reflexiones críticas", en VALDIVIA, Lourdes y Enrique VILLANUEVA (comp.), *Filosofía del lenguaje, de la ciencia, de los derechos humanos y problemas de su enseñanza*, UNAM, México, 1987, pp. 147-156.

2. *Ibidem*, RABOSI atribuye la expresión *fenómenos de los derechos humanos* al experto de las Naciones Unidas Karel VASAK.

Ha sido, precisamente, el reconocimiento universal de los derechos humanos, su positivización, lo que ha dejado en un segundo plano el tema de la conceptualización.

... los derechos humanos nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares, para encontrar al fin su plena realización como derechos positivos universales.³

Ha sido, precisamente, el reconocimiento universal de los derechos humanos, su positivización, lo que ha dejado en un segundo plano el tema de la conceptualización. El documento de la ONU es prueba de que existe un consenso sobre los derechos allí reconocidos, que expresan un ideal común de la humanidad. Sean esos derechos inherentes a la naturaleza humana o producto del devenir histórico, lo cierto es que en la actualidad los llamados *derechos humanos* están reconocidos para todos los seres humanos.⁴

A lo largo de la trayectoria esbozada fue cambiando la denotación del concepto *derechos humanos*: se denomina derechos de la primera generación a los reconocidos en los documentos de los siglos XVIII y XIX, que comprenden los derechos individuales; los derechos de la segunda generación, de principios del siglo XX, incluyen a los derechos económicos y sociales, y la tercera generación, de mitad del siglo XX, está compuesta por derechos supraindividuales o colectivos, como el de la preservación del medio ambiente.⁵

Este gran proceso de reconocimiento y expansión se ha cimentado en el supuesto que todos los seres humanos son titulares de estos derechos. En las diversas declaraciones de derechos humanos, desde la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1793 hasta la *Declaración universal de derechos humanos* de 1948, no se hace distinción

de raza, sexo, religión ni, mucho menos, de edad; los derechos en ellas reconocidos son aplicables a todos los seres humanos. Sin embargo, igual que en el caso de las mujeres, las violaciones reiteradas que se daban en la práctica a los derechos de los niños, así como las especificidades propias de su condición, hicieron necesario que las Naciones Unidas emitiera normas, principios y directrices particulares sobre los derechos de los menores y, en especial, sobre la legislación penal de menores. Este universo de preceptos se integra por la *Declaración de los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1959; la *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989; las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)*, aprobadas por la Asamblea General el 29 de noviembre de 1985; las *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)*, adoptadas por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1990, y las *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad*, adoptadas por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1990. En estos instrumentos los Estados Parte reconocen los derechos de los niños y se comprometen a actuar teniendo en cuenta *el interés superior del menor*.

Tres de los cinco documentos señalados se relacionan con el ámbito penal. Es indudable que los derechos de los menores van mucho más allá del campo punitivo: tienen derecho, por ejemplo, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; a la educación; al juego y al esparcimiento, y a ser amados y tratados con afecto. Pero los Estados, aunque quieran, no pueden brindar a un niño todo aquello que necesita para ser feliz y, en todo caso, incurrirán en una omisión cuando no les faciliten las condiciones básicas de subsistencia y educación. En cambio, hay situaciones en las que la actividad de las autoridades puede violar los derechos de los menores: el ámbito penal es una de ellas.

3. BOBBIO, Norberto, "Presente y porvenir de los derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, Madrid, enero de 1981, p. 14. El desarrollo de las distintas fases también puede verse con detalle en este artículo.
4. En este punto coinciden tanto RABOSSÍ como BOBBIO, véanse los artículos citados.
5. Cfr. BrDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, UNAM, México, 1989, pp. 196-197.

2. Los menores frente al derecho penal

Los menores son tratados en el campo del derecho penal en forma distinta que los adultos. Desde la antigüedad han existido normas previendo penas atenuadas para los menores: en Roma se distinguía entre los infantes -menores de 7 años quienes eran considerados plenamente irresponsables, de los impúberes -de 7 a 12 años en las mujeres y a los 14 en los hombres- a quienes, para sancionarlos, se exigía prueba de su discernimiento y, en todo caso, eran sujetos a una pena atenuada; en el derecho germánico se admitía la irresponsabilidad absoluta hasta los 12 años; en el derecho azteca la responsabilidad penal se iniciaba a los 10 años, aunque entre esa edad y los 15 años las penas eran atenuadas.⁶ Así, podríamos seguir mencionando ejemplos -de formaciones sociales que a lo largo de la historia han reconocido que quienes están en los primeros años de la vida merecen ser tratados con más indulgencias que aquellos otros, que habiendo vivido más, tienen mayor autonomía de decisión. En cambio, el concepto de *delincuencia de menores*, como algo distinto a la delincuencia de adultos, comienza a utilizarse en 1899,

cuando se crea en Chicago el primer tribunal de menores del mundo.⁷ Esta institución surge en el contexto de las

corrientes filantrópicas y humanitarias de fines

del siglo XIX que, preocupadas por el trato inhumano inflingido a los menores -tanto trabajadores como delincuentes- propusieron sacar al menor del derecho



penal y separarlo totalmente del adulto. La experiencia americana es imitada en la mayoría de los países occidentales que, poco a poco, van creando sus propios tribunales de menores. El presupuesto teórico de estas primeras instituciones queda claramente expresado en la *Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño* de 1924, que fue la base de la declaración de 1959. En ella se afirma que:

Los jóvenes forman un grupo aparte, viviendo en un mundo que les es propio y por ende sus miembros carecen del grado de madurez necesaria para comprender la naturaleza de los actos criminales por ellos cometidos y tienen en consecuencia necesidad de asistencia y protección.⁸

6. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminalidad de menores*, Porrúa, México, 1982, p. 5.

7. SÁNCHEZ OBREGÓN, Laura, *Menores infractores y derecho penal*, Porrúa, México, 1995, p. 21.

8. Este texto lo transcribe SÁNCHEZ OBREGÓN en la página 20 del texto ya citado.

La delincuencia juvenil fue entendida en sentido amplio, desde el marco explicativo de las teorías psicológicas y sociológicas, que se apoyaban en los conceptos de inadaptación, hogar destruido, conflicto. Este fue el pensamiento dominante en la materia hasta la década de los años sesentas. En este contexto, los legisladores y especialistas de los diversos países sostuvieron que no debía hacerse ninguna distinción entre los jóvenes delincuentes y los vagabundos o los menores en circunstancias que exigían medidas de protección o programas de reeducación. Quienes apoyaban esta postura teórica, afirmaban que proveyendo de asistencia y protección a los menores se llegaría a prevenir la delincuencia juvenil. Se proponía un sistema de tipo tutelar en vez de penal.

De esta manera se excluyó a los menores del ámbito penal bajo el argumento de que eran *inimputables*, o sea que no tenían la capacidad de comprender la ilicitud o de conducirse de acuerdo a esa comprensión. Pero el argumento de la inimputabilidad de los menores no resistió las críticas a que fue sometido. Si el universo de los menores de edad abarca a todos aquellos sujetos que tengan hasta 18 años, es evidente que, al igual que en el caso de los adultos, ni todos serán capaces e imputables ni todos incapaces e inimputables. Esto llevó a Zaffaroni a afirmar que:

La inimputabilidad del menor es en realidad no una presunción, sino una ficción, ya que la presunción se establece con lo que generalmente acontece y no sucede que un menor, después de su cumpleaños -en nuestro caso, de 18 años- amanece con capacidad de culpabilidad⁹

La afirmación de que todos los menores carecen de la madurez necesaria para entender los actos criminales no resiste la menor constatación empírica. Como acertadamente señaló López Rey, *es evidente que el menor de nuestro tiempo es maduro para, asignarle un papel en la colectividad, papel que significa responsabilidad.*¹⁰

El reconocimiento de que hay menores penalmente imputables y, por lo tanto, responsables, vuelve inviable el concepto amplio de delincuencia juvenil: no es lo mismo un menor necesitado de protección que un menor que ha cometido conductas previstas en el código penal.

Esta realidad se impone necesariamente en el análisis dogmático. Las normas penales describen los eventos antisociales de todos los sujetos: adultos imputables, adultos inimputables permanentes, menores imputables y menores inimputables permanentes. Esto es así porque, en primer lugar, son antisociales tanto las conductas de los adultos (imputables o inimputables permanentes) como las de los menores (imputables o inimputables permanentes) y, en segundo lugar, son represivas tanto las normas que se refieren a los adultos como las que se refieren a los menores, y son represivas porque unas y otras, en su culminación ejecutiva, se traducen en la privación o restricción coactiva de algún determinado bien del sujeto (esto último es aplicable también a las normas previstas en sistemas de tipo tutelar).¹¹

Quienes defienden el sistema tutelar se ven obligados a reconocer que no todos los menores son inimputables. García Ramírez afirma que los menores 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. Había, según este autor, una negativa radical -esta afirmación debe entenderse en el marco de la legislación mexicana anterior a 1992, que era de tipo tutelar-, una suerte de *jure et de jure* implícita, que no tiene que ver con cada individuo en concreto, sino con una categoría cronológica de población. La razón para ello es política criminal.¹²

A pesar de las voces que se dejaron oír en defensa del sistema tutelar, éste cada vez fue más criticado. Las causas del rechazo no fueron tanto las consideraciones de tipo dogmático mencionadas sino que, en la práctica, el sistema tutelar implicaba violación de los derechos humanos de los menores, quienes al no ser sometidos a un *proceso penal* no gozaban de las garantías reconocidas para los adultos delincuentes, aunque, finalmente, la actuación estatal se tradujera para ellos en privación de bienes. Además, el concepto amplio de delincuencia juvenil hacía que el Estado interviniera en ciertas formas *benignas* de mala conducta o de inadaptación de los menores, que no darían lugar a persecución de tratarse de adultos.

La corriente que pugnó por un concepto restringido de delincuencia juvenil y, en cierto sentido, por el regreso de los menores al ámbito penal se impuso en el seno de las Naciones Unidas e impulsó la

9. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal*, Parte General, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1980, p. 231.

10. LÓPEZ REY Y ARROJO, Manuel, *Criminología*, tomo I, Ed. Aguilar,

11. Madrid, 1985, p. 285.

12. RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, "Fuentes reales de las normas penales", en *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 1, año 1, México, 1983, p. 31.

13. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Consideración general sobre el régimen jurídico de menores infractores", en *Derechos de la niñez*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1990, p. 119.

aprobación, en 1985, de las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores*, mejor conocidas como *Reglas de Beijing*. En ellas se define al menor delincuente como *todo joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito* y, en cuanto a los derechos de los menores, establecen que se les respetarán las garantías procesales básicas en todas las etapas del proceso, como la de presunción de inocencia, el derecho a no responder, el derecho a asesoramiento... Se recomienda expresamente evitar *criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no cause graves perjuicios a su desarrollo ni perjudique a los demás*.

En el mismo tenor se pronuncia la *Convención sobre los derechos del niño*. La Convención entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en

virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. En lo relativo al trato que se brinda a los menores en cuestiones penales, establece la prohibición de la tortura; la prohibición de que sean privados de su libertad ilegalmente y la exigencia de que el encarcelamiento sea utilizado como medida de último recurso; la obligación, por parte del Estado, de que todo niño que sea privado de su libertad sea tratado con humanidad y respeto y de que tenga acceso a una pronta asistencia jurídica. La Convención, al igual que las *Reglas de Beijing*, circunscribe la actuación estatal a los menores que hayan infringido las leyes penales. Los criterios ético jurídicos reconocidos por la comunidad internacional para los menores infractores, destacan la necesidad de adecuar la justicia de menores a los fundamentos del Estado de derecho. El reconocimiento de que, inevitablemente, la intervención forzosa del Estado en relación con los menores infractores es de naturaleza punitiva, hace necesario que la actuación estatal se apegue al sistema de garantías que ha de regir para toda persona involucrada en la comisión de delitos. De esta manera, en las postrimerías del siglo XX se reconoce a los menores los derechos humanos de la primera generación. Aunque no todos los países han acatado estas nuevas propuestas, la tendencia es en el sentido de penalizar la delincuencia de menores.

3* menor en la legislación penal mexicana

La legislación mexicana sobre menores infractores ha seguido los vaivenes de las directrices impuestas por la comunidad internacional. Hasta principios del siglo XX los menores fueron, en México, sujetos de derecho penal. No obstante, bajo la idea de que no merecían ser tratados tan rígidamente como los adultos, tuvieron privilegios en relación al trato dado a los mayores. En el derecho azteca existieron tribunales de menores y en el derecho maya se aplicaba a los menores penas un poco menos severas. Durante la Colonia se consideró irresponsables a los menores de 10 años, y a los que tenían entre esa edad y los 17 años se les aplicaban penas más benignas. Ya en el México independiente, el Código Penal de 1871 reconoció la total irresponsabilidad penal de los menores de 9 años y de los menores entre 9 y 14 años, si el

acusador no probaba que el acusado había obrado con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción. Para el menor entre 14 y 18 años que era cuando se alcanzaba la mayoría de edad, se preveía una pena disminuida. Siguiendo la trayectoria inaugurada por el Tribunal de Chicago, en 1923 se crea el Primer Tribunal para Menores en San Luis Potosí y en 1927 comienza a funcionar el Tribunal para Menores en el Distrito Federal. El Código Penal de 1931, por su parte, estableció la mayoría de

edad penal a los 18 años y sustrajo de manera definitiva del ámbito de validez personal de la ley penal a los menores infractores, al establecer que los menores de 18 años que cometieran infracción a las leyes penales serían internados todo el tiempo que fuera necesario para su corrección educativa. Las medidas aplicables a los menores eran indeterminadas en su duración y variaban desde reclusión en un domicilio hasta en establecimientos de educación correccional. A su vez, los tribunales para menores, que hasta entonces dependían del gobierno local del Distrito Federal, pasaron a depender desde 1934 del Gobierno Federal, en particular, de la Secretaría de Gobernación.

Los menores son tratados en el campo del derecho penal en forma distinta que los adultos.

Es indudable que los derechos de los menores van mucho más allá del campo punitivo: tienen derecho, por ejemplo, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; a la educación; al juego y al esparcimiento, y a ser amados y tratados con afecto.

En ese mismo año, si promulgarse el Código Federal de Procedimientos Penales, se concedió a los tribunales de menores la competencia para conocer de las infracciones del orden federal cometidas por los menores de edad. Estos tribunales adquirieron, así, competencia para conocer de delitos de orden común y federal, más los hechos peligrosos y no delictuosos cometidos por los menores contra sí mismos o contra la sociedad. Sin embargo, en 1941, se emite la *Ley Orgánica de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito Federal y Territorios Federales*, en la que se dejan atrás los criterios proteccionistas y el concepto amplio de delincuencia juvenil, al limitarse su ámbito de aplicación a los menores que hubieran violado la ley penal.¹³ En 1974 se aprueba la *Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal*, que adopta un modelo de justicia proteccionista, en su sentido más vasto. Esta es la primera ley en México que estableció -de manera coordinada- normas y organismos especializados para el tratamiento de menores con base en el ideal de readaptación de todo menor de conducta irregular.¹⁴ La Ley del Consejo Tutelar adoptó un concepto amplio de delincuencia juvenil, por lo que preveía que el Consejo intervendría cuando los menores infringieran las normas penales o los reglamentos de policía o buen gobierno, o manifestasen otra forma de conducta que hiciera presumir una inclinación a causarse daño a sí mismos, a su familia, o a la sociedad.

En el entendimiento de que los menores debían quedar excluidos totalmente del ámbito penal, se creó un organismo no jurisdiccional sino administrativo, el Consejo Tutelar, para que se encargara de la protección y corrección de los menores. El procedimiento que se diseñó era breve, expedito y distinto, hasta donde era factible y conveniente -según los legisladores- del de los adultos delincuentes; en él no se reconocían las garantías constitucionales a los menores. Esto era considerado no sólo innecesario sino absurdo: ¿por qué habría que proteger al menor de un organismo que no buscaba castigarlo sino ayudarlo?

Las medidas aplicables eran de duración indeterminada y podían consistir en tratamiento en libertad, que siempre sería vigilado, y en atención institucional del sujeto.

No obstante el ideal humanizador de los autores de esta ley, la doctrina mexicana -que se hizo de eco de muchas de las objeciones formuladas a nivel internacional- no tardó en dejar oír sus críticas contra el sistema tutelar.

En primer lugar, se criticó el mito de que con la creación del sistema tutelar se había humanizado la justicia de menores; no podía hablarse de humanización toda vez que los menores seguían siendo sometidos a castigos, que muchas veces *no sólo eran arbitrarios sino degradantes*¹⁵ En segundo término, tal como se señaló en el apartado anterior, constituye una falacia la afirmación de que el menor está fuera del derecho penal porque las medidas que se les imponen no son penas. Como acertadamente señaló en su momento Luis de la Barreda:

Esta cantinela parte de un prejuicio estrecho, encerrados en el cual los juristas creen que decir que al menor no se le castiga sólo se le tutela es suficiente para proponer una alternativa, y les pasa inadvertida la circunstancia de que los cambios de lenguaje distan de ser eficaces para transformar la realidad, y sí en cambio contribuyen a la creación de fantasmas sin posibilidad de concreción.¹⁶

Como tercera cuestión se criticó que la ley se enmarcara dentro del derecho penal de autor. Al permitir la imposición de medidas indeterminadas para

13. SÁNCHEZ OBREGÓN, *op. cit.*, pp. 34-44.

14. IBÍDEM, P. 44.

15. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, "Realidad y ficción en materia il justicia de menores", en *Cuadernos del Instituto de Investigación Jurídica*, año IV, núm. 10, México, enero-abril 1989, p. 195.

16. DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis, "El menor ante el derecho penal", en *Revista de la División de Ciencias Sociales y Humanidades*, vol. III, núm. 5, UAM- Azcapotzalco, México, enero-abril 1982, p. 110.

el estado peligroso -menores que representen un peligro para sí mismos, para su familia o para la sociedad-, la ley violaba e¹ principio de legalidad consagrado en el artículo 14 constitucional, que impide la legitimidad de cualquier sanción penal sin la previa comisión de una conducta exactamente descrita en la Ley. Además, el castigar a alguien por su peligrosidad significaba enfrentar dos obstáculos: por un lado, el inconveniente de definir qué es la peligrosidad y, por el otro, la dificultad de emitir juicios hipotéticos orientados a predecir el futuro.¹⁷

Finalmente, se señalaron todos los puntos relativos a los derechos procesales del menor que no eran, para nada, cuestiones despreciables: la función judicial se atribuía a un cuerpo colegiado compuesto por un abogado, un médico y un maestro, cuando la facultad decisoria debe corresponder a un jurista; el promotor hacía las veces de Ministerio Público y de defensor, reunía dos funciones incompatibles entre sí; se violaba el principio de acto, ya que se tenía en cuenta la personalidad del menor por encima de la conducta cometida; se violaba el principio de inocencia, ya que el menor podía ser considerado merecedor de tratamiento hubiera o no ejecutado la acción; no se reconocía el derecho del menor a nombrar defensor ni a aportar pruebas. En fin, la evidente que el procedimiento diseñado por la Ley del Consejo Tutelar distaba mucho de cumplir con los requisitos del debido proceso legal consagrado en nuestra Constitución.

A las críticas señaladas se sumó el hecho de que México suscribió las *Reglas de Beijing* y la *Convención de los derechos del niño* de 1989, documentos que, como dijimos, proponen un sistema garantista para los menores. Estos factores influyeron para que en diciembre de 1991 se publicara la *Ley para el Tratamiento de Menores Infractores*, que entró en vigor en marzo de 1992. La nueva ley, aún vigente, significó un cambio en la política estatal hacia los menores infractores. Ella recogió, aunque en forma incompleta, las propuestas de la doctrina y de los instrumentos internacionales en relación con la naturaleza, objetivos y procedimientos de una adecuada administración de justicia para menores.

Según lo establecido en el dictamen de la Cámara de Diputados conforme al cual fue aprobada, la ley

pretende proporcionarle a los menores infractores una auténtica justicia, tomando en cuenta el respeto a las garantías a las que tienen derecho, y adecuar el

procedimiento a los nuevos tiempos, buscando en todo momento su adaptación a la sociedad.¹⁸

El primer punto que marca un cambio fundamental con respecto a la legislación anterior es el de la competencia del Consejo, el cual conocerá de las conductas de las personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad, tipificadas por las leyes penales. Con esto se deja de lado la definición amplia de delincuencia juvenil y se ajusta la actuación del Estado al principio de legalidad. Asimismo, se establece una edad mínima que no estaba prevista anteriormente; con lo que se asegura la total irresponsabilidad penal de los menores de 11 años.

La afirmación de que todos los menores carecen de la madurez necesaria para entender los actos criminales no resiste la menor constatación empírica. Como acertadamente señaló López Rey, es evidente que el menor de nuestro tiempo es maduro para asignarle un papel en la colectividad, papel que significa responsabilidad

La Ley establece que en su aplicación se deberá garantizar el irrestricto respeto a los derechos consagrados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales. Para ello reconoce al menor, en el procedimiento ante el Consejo, ciertas garantías mínimas: la presunción de inocencia; el derecho a nombrar defensor y, en caso de que no lo haga, a que le sea nombrado uno de oficio (para lo que se crea la Unidad de Defensa de Menores); el derecho a saber quién lo acusa y el porqué de la acusación; el derecho a no declarar en su contra; el derecho a aportar pruebas, presentar testigos, recabar todos aquellos elementos que le ayuden en su defensa; el derecho a ser careado con la persona o personas que hayan declarado en su contra, y a no permanecer detenido por más de 48 horas sin que medie resolución que así lo justifique. Asimismo, se establecen distintas

17. *Ibidem*, o. 112.

18. *Dictamen de la Cámara de Diputados sobre la Iniciativa de Ley para el tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal*, p. XII.

etapas del procedimiento, en las que se intenta una secuencia similar a la seguida en el de adultos.

El Consejo de Menores, pilar del sistema, es un organismo colegiado, de carácter administrativo, desconcentrado de la Secretaría de Gobernación. Además de la Sala Superior del Consejo, que tiene funciones de tribunal de alzada, existen consejeros unitarios ante los cuales se lleva a cabo el procedimiento. No deja de llamar la atención la decisión del legislador de dejar dentro de la esfera administrativa a los *tribunales de menores* en virtud de que: la imposición de las penas, según lo establece el artículo 21 constitucional, es propia del poder Judicial; no se garantiza la distinción entre acusación, defensa y decisión, ya que el Comisionado -órgano acusador- depende también de la Secretaría de Gobernación; la *Convención de los Derechos del Niño* -que conforme al artículo 133 constitucional es ley suprema de la nación- establece que las causas contra menores sean dirimidas por la autoridad *judicial competente*, y el que el Consejo sea de carácter administrativo no garantiza un trato más humanitario, menos formalista ni más expedito hacia los menores.

El Consejo puede aplicar diversas medidas, la Ley prevé una amplia gama de medidas de orientación y protección que le da al juzgador múltiples oportunidades para escoger la más adecuada al caso concreto, y al ejecutor de encontrar elementos útiles de apoyo para lograr la adaptación social del menor. Las medidas de tratamiento pueden ser de tratamiento en libertad, con una duración máxima de 1 año, o de tratamiento interno, con una duración máxima de 5 años, ellas no se interrumpen aunque el menor cumpla 18 años. Es un gran mérito de la Ley el haber previsto medidas alternativas, dejando la privación de libertad para casos extremos. Pero, por otro lado, es criticable que la Ley no tenga en cuenta los principios de proporcionalidad y de culpabilidad para la imposición de medidas. El principio de proporcionalidad obliga a imponer la sanción en función de la gravedad del hecho, valorada a la luz del bien jurídico lesionado. La falta de proporcionalidad da lugar a graves consecuencias de inequidad como, por ejemplo, que un menor que cometió un robo pueda ser privado de la libertad por más tiempo que un homicida, lo que, además de ser grave, resulta incongruente. Asimismo, la sanción debe tener como límite máximo la culpabilidad del sujeto, la sanción no debe sobrepasar el radio de reproche que se puede formular al acusado.¹⁹

La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores representa la apertura de una nueva etapa en la justicia de menores en México, al limitar la competencia del Consejo a la infracción de las leyes penales, al otorgar la facultad decisoria a personas con función de *jueces* y al reconocer al menor garantías procesales como el derecho a la defensa y a la aportación de pruebas. Sin embargo, se mantiene la concepción errónea de ubicar a los menores fuera del derecho penal, sometiéndolos a una jurisdicción administrativa. Esto se refleja en la falta de criterios racionales para la aplicación de las medidas en los casos concretos.

En el último año ha habido intentos por parte de organismos de derechos humanos y de menores de profundizar la transformación del sistema -en cumplimiento de las propuestas contenidas en las *Reglas de Beijing* y de la *Convención de los Derechos del Niño*- instaurando una jurisdicción de menores y ampliando el marco de las garantías aplicables. Pero estas acciones no se han materializado en una propuesta concreta.

Paralelamente, el Ejecutivo ha enviado recientemente a las Cámaras la *Iniciativa de Ley contra la Delincuencia Organizada* en la que se prevé que, para los casos en ella regulados, la edad penal se fijará en 16 años. Esto ha generado una amplia discusión en sectores académicos, en los medios de comunicación y en las organizaciones, gubernamentales y no gubernamentales, de derechos humanos.

En primer lugar, los autores de la propuesta parecen olvidar que la *Convención de los Derechos del Niño*, que es ley suprema en nuestro país, fija en 18 años, salvo que con *anterioridad se hubiera establecido otra edad, el límite de la minoría de edad*, *Es evidente que si a los 18 años se adquiere la capacidad jurídica plena, por debajo de esa edad deben ser tratados, incluso en el ámbito penal, como menores.*

En segundo lugar, se han dejado influenciar por las críticas infundadas de algunos medios de comunicación de que en nuestro país los menores de edad son impunes, cometen los delitos más graves y al otro día están en su casa.

La mejor manera de contrarrestar estas propuestas oportunistas es instaurando un régimen penal para menores, en el que se les respeten todas sus garantías y en el que se les apliquen sanciones que, aunque menos graves que las previstas para los adultos, sean proporcionales al daño cometido y a la culpabilidad del autor.

19. Cfr. SÁNCHEZ OBREGÓN, *op. cit.*, pp. 114-117.