Vacatio legis: Epístola para el buen legislador[1]

Gerardo Saúl Palacios Pámanes[2]

La reforma al artículo 18 constitucional, publicada el 12 de diciembre de 2005, se ha visto más que como un artículo a interpretar, como un problema a resolver. La *vacatio legis* juega una suerte de brebaje estimulante; el lapso perentorio mezquinamente conferido, anima al legislador constituido a ponderarse versado en un tema de prolongado desinterés colectivo: de golpe todos tenemos experticia. El número de verdaderos especialistas que existen en el país quizá no supere la docena; pero la dimensión minúscula de su gremio se ha vuelto en contra suya, condenándolo al silencio que guardan quienes no son convocados al debate.

A su acostumbrado modo algunos eruditos han optado por abrir canales de comunicación, esperando fallidamente encontrar al otro lado de la línea los oídos de quienes tienen a su cargo la grave responsabilidad de reglamentar la libertad de la adolescencia. Quizá buscaron una vía alterna de expresión de antemano reconocida como lastimoso soliloquio, pues los años de postulación les han enseñado una verdad inobjetable: los hacedores de la ley no leen. De esta forma el acto de publicar libros y artículos, con el objeto de defender un punto de vista, se deprecia de diálogo fecundo a catarsis sin alivio.

Quienes no lograron comprender los postulados esenciales del tutelarismo condenaron los excesos que, en su falsa advocación, se cometieron para perjuicio del menor, so pretexto de introducirlo en la esfera protectora del Estado intervensionista. Desatendieron que los consabidos atropellos no fueron resultado de la consecución, a ultranza, del régimen que se bate en retirada, sino producto, precisamente, de su errónea interpretación.

Los garantistas hondean victoriosos la bandera del *lessez faire, lessez passer,* sin saber que el sistema depuesto nunca implicó el desconocimiento de los derechos fundamentales que el artículo 1 del pacto federal otorga a todo individuo.

América Latina tiene 45 millones de menores en situación de calle, y ahora nuestro país se jacta de ser respetuoso del derecho de los niños a vivir en

[1] Carta enviada al Procurador Jurídico Consultivo de la Procuraduría General de Justicia de Nuevo León, a propósito de la iniciativa de ley estatal de justicia para adolescentes, fechada en Monterrey, Nuevo León el 26 de junio de 2006.

[2] Ex Director del Centro de Desarrollo Integral para Menores de la Secretaría de Seguridad Pública Federal, con sede en el Distrito Federal.

una alcantarilla, pues se vislumbra difícil que las instituciones de asistencia social absorban la cantidad de población que antes recogía el sistema tutelar, en uso de la peligrosa fórmula del menor en situación de peligro.

Falsos profetas del garantismo salen de la sombra realizando cortos actos de interpretación. Afirman, con extravío, que el minimalismo largamente anhelado en el Derecho Penal debe sembrarse en palmo minoril. Sostienen también que el novísimo texto contiene la garantía de judicialización, olvidando que la historia mexicana informa, con su hiriente sinceridad, que hace a penas unas décadas la desjudicialización fue precisamente la garantía mayúscula conquistada a favor de quienes eran los súbditos más desvalidos del Derecho represivo.

Por piedad, civilidad y progreso científico el Derecho de Menores Infractores se emancipó de su hermana mayor: el Derecho Penal. Mas esta autonomía siempre fue un sueño del que nunca se despertó. El principio de supletoriedad, previsto en la ley "menor" para colmar sus insuficiencias con las normas penales, abrió un amplio claro por donde se colaron las esporas retributivas, plagando toda la parcela infantojuvenil.

Con los cambios sociales nuevos retos acecharon al Estado-guardián, presionándolo a renovar su arsenal penológico. No bastó elevar la duración de la pena de prisión; su privilegiado empleo con desdén de las sanciones alternativas; tampoco restringir la libertad anticipada por méritos carcelarios para los responsables de cierta clase de delitos. Se incrementó el uso de la prisión preventiva, como forma de anticipar la condena. Y este ímpetu retributivo entró al terreno suplido, a través del licencioso marco de la supletoriedad.

La legislación de menores infractores se puso al día: el consejero determinaría si un menor tendría derecho a la libertad caucional, si por la infracción atribuida merecía ese derecho procesal a la luz de las prescripciones del Código Penal. Con esta clase de disposiciones, la emancipación pronto se volvió sumisión; también atropello, pues el fingido garantismo produjo estática en la hasta entonces límpida frecuencia minoril. Si el adulto sólo sería sujeto a prisión preventiva cuando el delito imputado no admitiera sanción alternativa, ¿por qué razón el adolescente podría ser sometido a proceso en internación, cuando en la ley aplicable todas y cada una de las infracciones admitieron medidas alternativas? Se pasó por alto que la calificación legislativa de un delito como "grave" no era suficiente para negar al menor encausado el derecho a la libertad bajo fianza, pues en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores ninguna conducta, incluyendo la más grave, tuvo prevista medida específica.

No sucedía de otra manera: la aplicación supletoria de la parte especial del Código Penal sólo resultó asequible en lo concerniente al precepto. En ningún caso el consejero podía conocer la medida procedente antes del dictado de su resolución definitiva. Para todas las infracciones correspondieron igual número y naturaleza de medidas. Este garantismo (diseñado para adultos) nunca pudo convivir armoniosamente con la esencia de la materia suplida, pues su nocivo magnetismo atrajo e inmovilizó las partículas de un objeto que sólo podía funcionar a través del movimiento perpetuo.

Ahora se alumbra un Derecho de acto, no de autor, cuya sustancia no puede ser destilada a través del poroso manto del principio del interés superlativo del menor. Se pretende colar lo que es indiviso, con el costo de romperlo para hacerlo pasar por cedazo de extravagante manufactura. El criterio será objetivo: la sanción habrá de ser proporcional al resultado causal. He aquí la semilla del Derecho de acto que el legislador secundario hará germinar en árbol de tenebroso follaje. Quienes hacen apología de un garantismo ilimitado no reflexionan que la proporcionalidad de la sanción significa la muerte del joven Derecho que dicen revitalizar.

Si la sanción será proporcional a la gravedad de la conducta, ¿qué justificará la imposición de un castigo menor para el adolescente, comparado con la pena que corresponderá a su copartícipe adulto; o al mayor de edad que de manera unipersonal cometa igual conducta? ¿La edad? El garantista que así se pronuncie se descubrirá hablando como tutelarista. Mirar la edad del encausado, para matizar la intensidad del daño a infligirle, es profesar el Derecho de autor que discursivamente se pretende negar.

Si el garantismo otorga derechos procesales que el régimen tuitivo desconoció, y éste tenía por esencia proteger al menor en situación irregular, ¿cuál fue la diferencia que los volvió caras opuestas de una misma moneda, dividiendo al foro en dos gremios irreconciliables? Una respuesta tentativa podría ser que el tutelarismo concedió derechos sustantivos, negando algunas prerrogativas procesales; mientras que el garantismo otorga por igual derechos sustantivos y adjetivos.

Cometen un error quienes ven en el sistema victorioso la suma de lo mejor que ofrecen dos ideologías distintas. Pero cometen un yerro más grave los que afirman que garantismo es introducir en la materia el procedimiento penal, aplicando sanciones menores.

El principio de “debido proceso” es faro de costa en este tema; su luz podrá reorientarnos hacia el puerto avistado por el Poder Constituyente Permanente.

La Cámara de Senadores devolvió la Minuta Proyecto Decreto con una observación fundamental: eliminar de la frase "sistema integral de justicia penal para adolescentes" la palabra "penal". Esto debe ser significativo; y bitácora de navegación para quienes capitanean el acto legislativo reflejo. Garantismo no es penalización, de la misma forma que debido proceso no es división de poderes.

Hace poco coincidimos, por segunda ocasión en seis meses, con la Licenciada Doña Alejandra Vélez, Presidenta del Consejo de Menores de la Secretaría de Seguridad Pública Federal. En la mesa de discusión afirmó que "debido proceso" significa división de poderes. Igual error contiene la iniciativa del Ejecutivo del Estado Nuevo León. Nosotros respondimos lo que a continuación se expone.

Además de tomar en cuenta la deliberada eliminación del vocablo "penal", debe estudiarse el origen de la controvertida garantía.

Transcurría el año 1908 cuando el entonces Secretario de Gobernación, Don Ramón Corral, solicitó a los preclaros juristas Don Miguel S. Macedo y Don Victoriano Pimentel, la redacción de un dictamen sobre la conveniencia de extraer al menor de la esfera del Derecho penal. No fue sino hasta 1912 (por el estallido de la revolución mexicana) que el estudio pudo ser entregado. En ese documento recomendaron dejar fuera del Código Penal a los menores de 18 años, proponiendo además investigar a la persona y el ambiente del menor, su escuela, su familia; y establecer la libertad vigilada, dando escasa importancia al hecho en sí mismo.[3] No olvidemos que el Código Penal Federal de 1871 (Código Martínez de Castro) no establecía la edad penal en 18 años, como sí lo hizo el Código de 1931 (de Pascual Ortiz Rubio).

En Inglaterra corrían los primeros años del siglo XX cuando dos niños de 12 años fueron condenados al patíbulo y ejecutados por el delito menor de "raterías"; es decir, por haber cometido pequeños robos no violentos de mercancía en pequeños establecimientos comerciales. Para esas fechas en territorio mexicano aún se practicaban cuerdas (traslados) de menores a la Colonia Penal Federal "Islas Marías", donde no tenían más remedio que efectuar trabajos forzados.[4]

En Lecumberri menores y adultos convivían indiscriminadamente, siendo por la piedad de los custodios que los niños y adolescentes fueron separados físicamente de los mayores, debido a las constantes vejaciones que sufrían. Los colocaron en celdas específicas, vistiéndolos con

[3] *Cfr.* SALDAÑA Guerrero, José Antonio. *El Diagnóstico Criminológico del Menor Infractor.* Memoria del Primer Congreso Nacional de Criminología. Universidad Autónoma de Nuevo León. 1983. p. 155.
[4] Uno de esos menores de edad respondió al nombre de José Revueltas.

camisolas verdes para distinguirlos. Así nacería el mote tristemente célebre de "los pericos verdes de Lecumberri". [5]

A propósito de la reforma constitucional, voces oportunistas se hacen escuchar para proponer la elevación de la sanción de internamiento, de 5 a 15 años. También para que el individuo que cumpla 18 años durante su cautiverio sea trasladado a un centro de readaptación social.[6] ¿Tanta agua impura brota de tan lacónico texto?

La reforma es para la adolescencia, no para los adultos. Algunos funcionarios en turno de diversas latitudes ven en la modificación constitucional una oportunidad para desembarazarse del "problema" que representa administrar al mismo tiempo reclusorios de adultos y centros de menores. Por esa razón no oponen resistencia a la idea de judicializar. Quienes encuentran experticia en la opinión de estos panegiristas, no advierten la comodidad que detrás de su postura se esconde.

En el marco del Primer Congreso Nacional de Criminología, celebrado en nuestro Estado el año 1983, José Antonio Saldaña Guerrero expresó:[7]

> (Afirmamos) ...con beneplácito que los menores infractores han salido ya del Derecho penal...

Esta feliz afirmación nunca dejó de correr riesgos, pues jamás faltó el político cándido que arrojadamente decidiera aventurarse a andar los caminos desandados de la parcela minoril.

En nuestro país tuvo que ser hasta 1927 cuando se pusiera en marcha el Tribunal para Menores de la ciudad de México. Con la promulgación del Código Penal de 1931, donde, como hemos dicho, se estableció la edad penal en 18 años, parecía que todo lo posterior sería progreso y procuración de la doctrina de la protección integral del menor. Setenta y ocho años después se anuncia con júbilo una innovación involucionada, sobre la cual Don Antonio Sánchez Galindo reflexiona:[8]

> Innovación, con frecuencia, significa regresión. En el espejo de la historia, como si fueran los recuerdos del porvenir, el pasado se nos incorpora: es la rueca:

---

[5] Puede verse: AZAOLA, Elena. *La Institución Correccional en México. Una Mirada Extraviada.* 3ª ed. Siglo Veintiuno Editores. México. 1990.

[6] El proyecto de iniciativa de Ley del Estado Coahuila de Zaragoza está redactado en estos términos.

[7] *Cfr.* Primer Congreso Nacional de Criminología. Universidad Autónoma de Nuevo León. México. 1983.

[8] SÁNCHEZ Galindo, Antonio. 2005. *La Restauración y la Mediación en la Justicia de Menores.* Criminalia. Academia Nacional de Ciencias Penales. Septiembre-diciembre. Año LXXI. No. 3. p. 149.

> mitología que se monta en tecnología. Llega la sociedad a un momento de enfrentamiento mural. No puede ir más allá y da la vuelta al pasado. Esto ha sucedido –está sucediendo- en la justicia, especialmente la de menores.

Aquello que ayer fue razón de protección, ahora se ofrece como protección misma. Reconocer a favor del menor la garantía de la judicialización es desconocer la historia.

¿Qué es garantismo?

El garantismo es una sustancia ideológica que debe fluir por toda la corteza del árbol penal, con el objeto de legitimar la intervención estatal y el uso de la violencia formal, en advocación de la libertad. Mas esta protección a la libertad tiene límites; esos límites están orientados por la idea de la libertad misma. El garantismo desestima cualquier intento azaroso por proteger la libertad coartándola. Abjura los abusos del gobernante, cuyo poder tiene frente a sí el derrotero de su propia razón de ser: proteger la libertad de los consocios. El máximo exponente del garantismo contemporáneo lo explica como sigue:[9]

> En un plano epistemológico (el garantismo) se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva en garantía de los derechos de los ciudadanos.

El garantismo penal es para un régimen democrático lo que la redondez para el círculo. El tema de los derechos humanos es la extremidad donde la comunidad internacional toma el pulso al grado democrático de un Estado; el grado de garantismo lo que distingue a un Derecho Penal orientado hacia la ruta del minimalismo. Minimalismo penal constituye la senda que deberá conducirnos, eventualmente, hacia un Derecho represivo excepcional, en el que la prisión (como sanción perteneciente a un elenco con tendencia expansionista) tienda a convertirse en el último recurso que el Estado emplee para la defensa de la libertad.

Sería desproporcionado reconocer sólo como garantista a un Derecho Penal mínimo; también un error, pues el garantismo, como ideología, conduce al minimalismo sin serlo. Derecho criminal garantista no es aquel que, en irresponsable pasividad, abandona al ciudadano común a su suerte

[9] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal.* 7ª ed. Trad. IBÁÑEZ, Andrés Perfecto y otros. Prol. BOBBIO, Norberto. Editorial Trotta. España. 2005. pp. 851-852.

protegiendo la libertad con el abstencionismo. Derecho criminal garantista es aquel que, aún lejano, marcha ya hacia el horizonte de la *ultima ratio.*

¿Será minimalista la decisión, no fundada en mandato constitucional, de penalizar la conducta minoril? Si el nuevo régimen no aspira a penalizar el quehacer de la adolescencia, ¿por qué disponer el ingreso del leviatán judicial a la casa del adolescente? Al parecer la respuesta se localiza en la primera oración del artículo 21 del pacto federal.

Quienes alzan la voz clamando mayores castigos para las personas de dieciocho años incumplidos, intentan persuadir al irresoluto utilizando ejemplos de alto impacto social. Cada vez que un adolescente participa en la comisión de conductas que generan estupor en la comunidad, le brinda un argumento más a quienes, sin meditación profunda, se pronuncian a favor de la penalización.

Decía que actualmente la comunidad internacional estima elemento esencial de toda democracia el respeto a los derechos humanos. La idea de situar a los derechos "fundamentales" en la base de las instituciones sociales está inspirada en el anhelo de lograr que se vuelvan raíz del tronco institucional, cuya savia fluya por toda la corteza, alimentando cada ramificación de la vida gregaria, reverdeciendo el follaje social. La democracia no es flor de un día, es un árbol cuya benefactora sombra nos convoca a la reunión, al encuentro y al respecto irrestricto de la individualidad, en homenaje perseverante a la colectividad.

Si las prerrogativas "individuales" son la base de las instituciones sociales, el fundamento de la solidaridad social es la suma de cada persona y no cada persona sobre la suma. Es un estilo de vida que venera la libertad protegiéndola de los excesos, guardándose de no incurrir en excesos al protegerla, en cuanto la extralimitación de la protección de la libertad se vuelve ataque contra ese encumbrado bien. Y siendo imposible encontrar el justo equilibrio que satisfaga a todos: electores y elegidos, ha de ser preferible, entre dos males diferentes, quedarse corto en el ímpetu con el que se limpia un frágil cristal, so pena de quebrarlo en beneficio de nadie.

A quienes invocan hechos altamente reprobables en los que existe la participación de un menor, para pedir la criminalización de la parcela infantojuvenil, debe responderse que, por elemental técnica legislativa, de casos excepcionales no pueden derivarse normas generales.

¿La garantía de debido proceso entraña división de poderes?

Due process of law es el nombre que recibe esta garantía anglosajona.[10] Si bien fue tomada del *common law* inglés, el constituyente de 1916 se inspiró en la Constitución de los Estados Unidos de América. La V Enmienda a la Constitución Norteamericana (1971) establece:[11]

> *No person shall... be deprived of life, liberty or property wuithout due process of law.*

Siguiendo la opinión dominante, la iniciativa de ley de Nuevo León responde en sentido afirmativo a la pregunta que da nombre a este epígrafe. No nos venzamos a la inercia inconsulta de hacer lo que aparece ante nuestros ojos como una "tendencia" mundial, continental o nacional. (Los errores ajenos no justifican los propios). Se trata de responder a una pregunta que sirve de vector en este tema: ¿Qué clase de sociedad queremos en Nuevo León, independientemente de lo que al respecto decidieron o decidirán en otras latitudes?

A continuación pretendo demostrar que "debido proceso" y "división de poderes" no son continente y contenido.

La garantía mexicana de "debido proceso" tiene su norma fundante en el artículo 14 constitucional. A diferencia de la parte conducente del artículo 16, el debido proceso gravita en torno al derecho de audiencia: ser oído y vencido en juicio es la esencia de esta prerrogativa. Además el juicio debe respetar las formalidades esenciales del procedimiento. Si "esencia" (siguiendo a Dilthey) es lo que hace que la cosa sea lo que es y no otra cosa, formalidades esenciales son aquellas sin cuya concurrencia el procedimiento no podría reputarse como tal. El artículo 16 prohíja la garantía de legalidad; se distingue por ordenar que todo acto de autoridad esté fundado en una ley expedida con anterior al hecho (que rija *post facto*); y motivado, es decir, que en el caso concreto se actualice la hipótesis normativa condicionante.

Si se admite que la garantía de debido proceso entraña división de poderes, se admitirá también que su observancia no es obligatoria para los tribunales de justicia administrativa. Veamos que dice, resumidamente, el artículo 159 de la Ley de Amparo:

> En los juicios seguidos ante Tribunales Civiles, <u>Administrativos o del Trabajo</u>, se considerarán <u>violadas</u>

[10] Artículo 39 de la Constitución de los EEUU: *"No free man shall be seized or imprisoned or autlawed, or in any way destroyed; excepting by the legal judgment of his peers, or by the laws of the land".*

[11] *Cfr.* ZAMORA-PIERCE, Jesús. *Garantías y Proceso Penal.* 8ª ed. Porrúa. México. 1996. p. 474.

> las leyes del procedimiento y que afectan las defensas del quejoso:
> I Cuando no se le cite al juicio o se le cite en forma distinta de la prevenida por la ley;
> II Cuando el quejoso haya sido mala o falsamente representado en el juicio de que se trate;
> III Cuando no se le reciban las pruebas que legalmente haya ofrecido, o cuando no se reciban conforme a la ley;
> IV Cuando se declare ilegalmente confeso al quejoso, a su representante o apoderado...

Si se reconoce que este artículo prevé la procedencia del juicio de amparo directo contra actos violatorios de las formalidades esenciales del procedimiento, que afectan la defensa del quejoso, tendremos la respuesta correcta a la pregunta formulada al inicio de este apartado.

Si los tribunales administrativos y los del trabajo pueden violar formalidades esenciales del procedimiento, entonces tienen el deber de observar la garantía de debido proceso. Y si los tribunales ajenos al Poder Judicial deben respetar esta prerrogativa, entonces "debido proceso" no entraña división de poderes.

En igual sentido se expresa Don Juventino V. Castro y Castro, cuando afirma:[12]

> ...este concepto a que se refiere el artículo 14 a los cuales anuncia como "previamente establecidos" no es más que una ratificación de lo dispuesto por el artículo 13 constitucional en el sentido de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales. Por lo tanto es una referencia a los tribunales generales creados no para juzgar un caso o casos concretos, y que desaparecen al llenar las funciones específicas tenidas en cuenta al establecerse, o sea los tribunales judiciales en general o que reciban su competencia de un texto expreso de la Constitución.

La garantía de debido proceso desemboca en el principio *nulla poena sine judicio;* y las posibilidades de su acatamiento no escapan, de modo alguno, de las manos de las autoridades formalmente administrativas, materialmente jurisdiccionales, por el sólo hecho orgánico de no formar parte del Poder Judicial.

[12] CASTRO y Castro, Juventino V. *Garantías y Amparo.* 9ª ed. Porrúa. México. 1996. p. 232.

Además debe cavilarse que de haber sido voluntad del legislador introducir la doctrina de la división de poderes en el ámbito minoril, así lo hubiere dicho expresamente.

Puede argumentarse que la judicialización se vuelve necesaria a partir que la reforma llama "sanción" a lo que antes se denominaba "medida". También que la sanción de internamiento es asimilable como pena, para los efectos del artículo 21 constitucional, que otorga el monopolio del *ius puniendi* al Poder Judicial, y por ello no puede retenerse un consejo de menores en la esfera ejecutiva. Pero estas razones están viciadas de extravío epistemológico, que procedo a demostrar.

La figura de "menor en estado de peligro", que patrocinaba la doctrina del menor en situación irregular, daba licencia al Estado intervencionista para acoger en su seno a un adolescente, aún ante la ausencia de conducta típica. Bastó que el sano desarrollo de la personalidad del expósito se encontrara en riesgo para disponer su internamiento. Como ejemplo de situaciones peligrosas podemos referir: gamberrismo; drogadicción; deserción escolar; orfandad. Si bien debe admitirse que este escudo protector degeneró en espada de Damocles, tal variación no obedeció a los errores epistemológicos del régimen tuitivo, como a los excesos de los operadores del Derecho, improvisados en altos puestos públicos sin la especialización que la materia exige. La *ratio legis* fue siempre extraer al menor vulnerable del entorno criminógeno. El abuso fue siempre de hecho, no de derecho: para egresarlo del entorno social criminógeno se le introdujo en un centro de diagnóstico, ubicándolo indiscriminadamente con adolescentes sujetos a procedimiento en internación, obligándole a vivir bajo un régimen de libertad suspendida.

Si vemos esta clase de actos a través del cristal del Derecho Penal (ante la incapacidad de dejar a un lado nuestra formación penalista) para reconocer en el Derecho de Menores una rama autónoma y diferente, siempre afirmaremos que el sistema tutelar fue monstruoso. Pero sólo quienes han practicado el Derecho de Menores Infractores saben escoger el espesor adecuado del cristal con el cual ver la materia. Utilizar la lupa penal para visualizar el tema minoril produce un efecto deformador que termina por incendiar los buenos oficios del legislador mejor intencionado. Y son tales deformaciones las que generan que el novel espectador piense que la judicialización es, en efecto, la inmunización exacta.

No obsta que el dictamen del día jueves 22 de abril de 2004, emitido por las Comisiones unidas de Puntos Constitucionales, contenga argumentaciones a favor de la judicialización. Pues tal dictamen fue modificado en fecha ulterior, eliminándose, como he dicho, el vocablo "penal" de la frase "justicia penal para adolescentes". Este dictamen de discusión basó la tesis de judicialización en la primera oración del artículo 21 del código político

fundamental, que otorga potestad exclusiva al Poder Judicial para imponer penas. Pero como en fecha posterior se eliminó el mencionado vocablo, la noción de pena quedó fuera del prohijado sistema integral de justicia. El documento legislativo dice en su parte conducente:[13]

> …el proyecto Decreto prevé expresamente la observancia de un sistema procesal acusatorio, con lo que se deja claro la separación que debe existir entre las funciones y atribuciones que desempeñan la autoridad investigadora, la cual tiene carácter administrativo, y el órgano de decisión, el cual necesariamente debe ser una autoridad judicial. Con ello, se garantiza la independencia e imparcialidad de las instituciones, órganos y autoridades encargadas de la aplicación de la justicia penal para adolescentes, ajustando el nuevo sistema a la distribución de facultades establecidas en el artículo 21 de la propia Constitución, de acuerdo con el cual, la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial…

Para judicializar una materia "despenalizada", se necesita más que un dictamen en donde se presuma un supuesto (judicialización), que sin embargo escapó al sentido lingüístico de la redacción definitiva. Si bien el diario de debates, los dictámenes y otros registros legislativos pueden ser utilizados en el acto de interpretación, tales antecedentes parlamentarios no extienden, restringen, reforman o derogan la ley. Tampoco autorizan al operador del Derecho a alejarse de su sentido, valiéndose de opiniones vertidas sobre una reforma que cronológicamente era entonces inexistente. Si se busca aquello que, sin conceder, el legislador quiso decir (judicializar) para suplir lo que sin embargo dijo (independencia entre las autoridades), no se estará interpretando, sino violentando la Constitución.

Confróntese el texto propuesto originalmente por las Comisiones unidas, con el definitivo:[14]

> La Federación, los Estados y el Distrito Federal, establecerán un sistema integral de justicia penal para adolescentes, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquéllos derechos específicos que por

[13] Dictamen de las Comisiones unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; y de Estudios Legislativos, segunda, el que contiene Proyecto de Decreto por el que se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto, sexto y séptimo, recorriéndose en su orden los restantes del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. p. 7.
[14] *Ibidem.* pp. 8-9.

> su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos.
>
> El sistema será aplicable únicamente a las personas mayores de 12 y menores de 18 años de edad, acusadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales. Las personas menores de 12 años de edad, quedan exentas de responsabilidad penal; en caso de ser acusadas por la comisión de un delito, únicamente podrán ser sujetos de rehabilitación y asistencia social.
>
> La aplicación del sistema estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializadas, previamente establecidas, específicamente previstas para la procuración e impartición de la justicia penal para adolescentes, así como para la ejecución de las sanciones, de acuerdo con los lineamientos establecidos por esta Constitución y las leyes que al efecto se expidan. Dichas instancias deberán actuar de conformidad con el interés superior y la protección integral del adolescente. Las formas alternativas al juzgamiento deberán observarse en la aplicación de la justicia penal para adolescentes, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del **debido proceso legal y el sistema procesal acusatorio.** Las sanciones deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente. La privación de la libertad se utilizará sólo como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda.

Ahora véase el texto definitivo:

> La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tenga entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de persona en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

> Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, **así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas.** Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Como resulta diáfano, se eliminan la palabra "penal" y la frase "sistema procesal acusatorio", entre otras cosas. Si el proyecto nunca hubiera incluido las palabras y frases deliberadamente extraídas, la no inclusión de tales institutos jurídicos se catalogaría como "omisión voluntaria del legislador". Pero en el caso que nos ocupa estamos más que ante una omisión voluntaria, frente a una acción deliberada: Se eliminó de la redacción original todo lo que implicó judicializar y penalizar. Por lo tanto las sensibles diferencias que distinguen y separan al primer proyecto del definitivo, son más útiles para demostrar lo que el legislador no quiso, que lo realmente deseado. Lo que el artífice deseó puede leerse en el artículo 18; lo que rechazó, en los dictámenes.

Es cierto que las cosas se definen por lo que son, no por lo que no son; sin embargo las eliminaciones mencionadas permiten aproximarnos al objeto de estudio valiéndonos de la técnica de exclusión. Ese acto epistémico (aproximación) podría representarse con la siguiente pregunta: ¿Qué naturaleza jurídica debe tener el sistema de justicia para adolescentes? La supresión de la palabra "penal" y de la frase "sistema procesal acusatorio" nos ha informado qué clase de sistema no puede ser: (1) judicial; (2) penal.

La iniciativa de Nuevo León define, indebidamente, lo que debe entenderse por "interés superior del adolescente". La exposición de motivos dice al respecto:[15]

> En este orden de ideas por interés superior se entiende el principio dirigido a asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos y garantías del adolescente. Dado que se trata de un principio que tiene contornos muy generales, se establecieron criterios para determinar sus alcances concretos, entre los que figuran la opinión del

[15] Proyecto de Ley de Justicia para Adolescentes Infractores del Estado de Nuevo León. Exposición de Motivos. p. 27.

> adolescente; la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de éste y sus deberes, las exigencias del bien común, los derechos de terceros y la condición específica del adolescente como persona que está en proceso de desarrollo.

Esta afirmación contiene varias falsedades:

"Por interés superior se entiende el principio dirigido a asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos y garantías del adolescente".

Si el objeto a definir es "interés superior" la definición omite considerar el elemento esencial: "superior". El empleo del vocablo "superior" implica el establecimiento de una escala de derechos, así como que dentro de esa escala, el derecho del adolescente es lo más encumbrado. Al respecto debe decirse: (1) el principio del interés superior envuelve a niños y adolescentes; de lo contrario los derechos del adolescente serían colocados por encima de aquéllos.[16] (2) Por lógica elemental la superioridad de un derecho significa la improcedencia de su equilibrio con los derechos de terceros, a no ser que el tercero sea también menor de edad, pues en tal caso la superioridad se anula, dejando los derechos litigiosos en un plano de igualdad. No es posible equilibrar dos derechos de diferente jerarquía, del mismo modo que ningún balance puede resultar de colocar plomo y corcho, respectivamente, en cada plato de la balanza.

El principio del interés superlativo es una excepción a la garantía de igualdad jurídica. Lo que da lugar a un caso extremo complicado en la praxis minoril. Actualmente el menor detenido tiene supeditado su derecho a la libertad provisional bajo caución a la condición de garantizar la reparación del daño, a favor del ofendido. Y en estos casos nunca se resuelve a favor de lo que más convenga al sano desarrollo de la personalidad del adolescente, sino a lo que más favorezca los intereses del agraviado. El principio del interés superior obligaría a otorgar la libertad provisional aún sin garantizar el monto del daño. Contra esta afirmación no cabe argumentar que la libertad provisional bajo caución está, efectivamente, supeditada al otorgamiento de caución, pues esa figura es excéntrica al estar prevista en la ley penal. Si bien su aplicación es factible en el caso concreto por virtud del principio de supletoriedad, tal supletoriedad no implica colmar lagunas a cambio del alto costo de anular la esencia distintiva de la rama suplida. La aplicación de normas extrañas al sistema incompleto tiene por objeto permitir a éste la consecución de su razón: de la razón que justifica su existencia autónoma. Suplir no es suplantar; es coadyuvar.

[16] *Cfr.* Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Si alguien opina de manera diferente a lo que recién he expuesto, puede obedecer a dos motivos: (1) no sabe calibrar el grosor del cristal con el cual ver el problema (sigue utilizando los anteojos del Derecho Penal); (2) No ha leído el artículo 3, número 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prescribe:

> En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

¿Qué equilibrio cabe buscar cuando la norma dice: En todas las medidas… los tribunales considerarán primordialmente el interés superior del niño?

El Constituyente Permanente no concedió al legislador constituido la facultad de definir "principio del interés superior del niño". Sólo cuando el rebelde definidor amplifica derechos a través de su acto legislativo, éste puede reputarse lícito. Pero cuando sucede a la inversa, la norma definitoria secundaria se vuelve inconstitucional; de lo contrario permitiríamos que lo dado por el Poder Constituyente fuera quitado por el constituido.

Teoría de la culpabilidad.

Como en el Derecho de Menores Infractores se considera un sacrilegio hablar de "culpabilidad", el legislador secundario federal sorteó el tabú jurídico generando en la praxis y la doctrina una franja nebulosa. El Código Penal Federal establece, en su Libro Primero, título Primero, Capítulo I los lineamientos de la responsabilidad penal (entre los que se encuentran las formas de culpabilidad); pero la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores nada dice al respecto. Establece el marco de edad minoril (12 años cumplidos a 18 incumplidos), pero guarda silencio en lo que concierne a la culpabilidad. Tampoco ofrece reglas precisas para la individualización de la medida, como sí lo hacen los artículos 51 y 52 de la codificación punitiva federal.

El artículo 59 de la Ley para el Tratamiento prescribe en su lapidaria fracción V:

> La resolución definitiva, deberá reunir los siguientes requisitos:
> V. Los puntos resolutivos, en los cuales se determinará si quedo (sic) o no acreditada la existencia de la infracción y la plena participación del menor en su comisión, en cuyo caso se individualizará la aplicación de las medidas conducentes a la adaptación social del menor…

En el afán de eludir el escabroso tema de la culpabilidad minoril, se introdujo al adolescente en la anacrónica sinrazón del *versari in re illicita.* En efecto, para aplicar una medida este artículo no exige más que la existencia del resultado material; pues la frase "plena participación" no significa la exigibilidad de acreditar que el agente ha obrado culpablemente. Este artículo sirve de ejemplo para demostrar el estado de inmadurez que presenta todavía el Derecho de Menores, sin que sea lícito abrevar sin recato de la teoría de la culpabilidad desarrollada en ámbito foráneo.

Recordemos lo que Raúl Eugenio Zaffaroni dice al respecto: [17]

> El principio de culpabilidad o de exclusión de la imputación por la mera causación del resultado en el plano de la tipicidad significa que no hay conducta típica que no se subsuma bajo la forma de dolo o –al menos- de culpa. La violación de este principio… es el llamado *versari in re illicita.*

A partir que la reforma constitucional habla de "sanciones", la noción de imputabilidad cobra carta de naturalización en nuestra materia. Si habrá sanciones para imputables, deberá forzosamente concebirse la existencia de un juicio de reproche, basado en la exigibilidad de otra conducta. La instauración de un juicio de reproche sólo es posible dentro de un marco legal que prevea lineamientos específicos de culpabilidad. De esta manera imputabilidad y culpabilidad son frutos que, aún cuando brotaron del árbol punitivo, requerirán distinto tratamiento cuando se les traslade a la parcela de nuestro cultivo.

Si bien la materia que nos ocupa puede valerse de los avances de la dogmática penal para, a partir de éstos, construir su propia teoría de la culpabilidad, no podemos rendirnos a la inercia de sembrarla, indiscriminadamente, en el campo minoril, pues la teoría de la culpabilidad del Derecho criminal no es capaz de responder cuestionamientos elementales de nuestra rama jurídica. No nos responderá si en todas las infracciones cometidas a título de culpa por olvido, al menor le será exigible otra conducta. Tampoco nos permitirá resolver los casos donde se encuentren involucrados tipos penales cuyos elementos constitutivos exigen la concurrencia de ciertas características en el sujeto pasivo para su configuración, por ejemplo la edad, según sucede en el estupro.

La tónica del estupro es proteger la disparidad de edades, desarrollo psicológico y experiencia de vida que existe entre el activo y la pasivo, en la medida que tal desproporción vuelve a la victima presa fácil de las

[17] ZAFARRONI, Raúl y otros. *Derecho Penal Parte General.* Porrúa. México. 2001. p. 538.

intenciones deshonestas del varón. Un menor de edad podrá consumar todos los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal de estupro, habida cuenta que su precepto no exige la mayoría de edad en el agente. No la exige, en efecto, porque la parte general del Código Penal contiene un artículo que de antemano fija la edad mínima para ser sujeto de culpabilidad y pena. La inopinada aplicación supletoria de la parte especial del Código Penal podría conducirnos a la creencia errónea de que los menores tienen capacidad para cometer este ilícito, instados por la inercia de aplicar supletoriamente las normas penales, con el reflejo de un simple autómata de la ley.

Igual problema emerge a la vista cuando analizamos, abstractamente, la factibilidad de un juicio de reproche enderezado contra un menor por la integración de un tipo penal de contenido artificial. En el fondo de estos tipos penales no encontramos sedimentado ningún bien jurídico que resulte relevante para la convivencia social, sino la protección penal de los intereses del Estado. Ante esta clase de conductas resulta cuestionable si al menor le será exigible otra conducta, amén que la introyección de normas y valores generales de convivencia no puede significarle, a la luz de su especial condición de persona en vías de desarrollo, la aprehensión (durante ese largo y espinoso proceso de aprendizaje de vida) de conocimientos especializados de Derecho criminal.

Ministerio Público.

Quienes hayan practicado el Derecho de Menores Infractores no me dejarán mentir cuando afirmo que el comisionado reniega su condición "minoril" frente al agente del ministerio público. El consejero anhela ser juez penal, para dejar de ser un "juez menor". Este prejuicio contaminante ha provocado en la vida diaria de nuestras instituciones la interpretación indebida de las leyes especiales: comisionado y consejero son autoridades minoriles que, sin embargo, actúan mimetizadas por una aspiración malograda.

Si la figura de comisionado habrá de ser absorbida por la Procuraduría General de Justicia, y la del consejero por el Poder Judicial, será absoluto el acto reflejo de imitar a quien envidian: los vecinos compartirán una misma casa, desapareciendo el muro medianero que los dividía. La ley no será suficiente distinción entre los dos predios. Si no lo fue en su etapa "administrativa", menos en su nueva época "judicial".

La anunciada evolución es realmente involución. Si el Derecho de Menores se emancipó del Derecho Penal hace pocos años, evolución sólo puede ser progreso. Y siendo el progreso una marcha hacia delante, el retorno de nuestra materia al manantial del cual brotó significa un lamentable retraso. Presentar un regreso como progreso equivaldría en la medicina a considerar

evolutivo el abandono de la anestesia general, para volver al sólo suministro oral de alcohol; o en astronomía, volver a la teoría geocéntrica, en sustitución de la heliocéntrica, ignorando la revolución copernicana. ¿Cuándo se ha visto que el progreso científico de otras disciplinas implique ignorar los yerros ya cometidos?

Todo lo aquí dicho se circunscribe en el marco del novísimo texto constitucional, pues su contenido no implica judicializar, tampoco penalizar.

Sería estéril dedicar tantas líneas a la crítica de un artículo que ya es norma suprema. Mi intención es simplemente que el acto legislativo ordinario se ciña a la norma fundante. Por lo demás garantizar la plena independencia entre la autoridad que remite y la que juzga, puede lograrse en la sola esfera ejecutiva, como sucede en el Gobierno Federal.

Popper da cuenta de dos mejoras logradas por la humanidad, que a lo largo de su vida él ha podido atestiguar:[18]

> La más importante es que hoy ha desaparecido la terrible pobreza masiva que aún existía en mi niñez y mi juventud... la segunda es nuestra reforma de la legislación penal. Al principio pudimos haber esperado que si se reducían los castigos, también disminuiría la criminalidad. Cuando las cosas no resultaron así, decidimos no obstante que preferíamos sufrir los efectos del crimen, la corrupción, el asesinato, el espionaje y el terrorismo a dar el muy dudoso paso de intentar erradicar estas cosas por medio de la violencia, y correr el riesgo de convertir en víctimas a personas inocentes... quizás al tomar esta decisión hayamos elegido otros valores. Quizás hayamos aplicado, inconscientemente, la maravillosa enseñanza de Sócrates de que es mejor sufrir la injusticia que cometerla.

¿Qué tan lejos estaremos de elegir esos valores?

Definición de Derecho de Menores.

Alyrio Cavallieri define el Derecho de Menores como: [19]

[18] POPPER, Karl. *En Busca de un Mundo Mejor.* Trad. VIGIL Rubio, Jorge. Editorial Piadós. España. 1994. pp. 11-12.
[19] *APUD.* SAJÓN, Rafael. *Derecho de Menores.* Editorial Abeledo-Perrot. Argentina. 1995. p. 63.

> El conjunto de normas jurídicas relativas a definir la situación irregular del menor, su tratamiento y prevención.

Esta definición contiene varios elementos de los cuales deseo destacar:

a) Conjunto de normas relativas a definir la situación irregular del menor.

Este elemento se refiere al objeto del Derecho de Menores. La ley misma habrá de aclarar qué debe entenderse por situación irregular pues tal estado de cosas (o de personas) será el objeto de esta rama del Derecho Público.

b) Conjunto de normas relativas a definir… su tratamiento y prevención.

Este elemento establece no el objeto sino la acción, que tiene por fin subsanar esa situación irregular.

Esta definición advierte que el Derecho de Menores tiene por fin único la protección de los niños y adolescentes sin importar que el régimen sea tuitivo o garantista. Yo lo invito a buscar más definiciones (modernas) aportadas por autores de la talla de Cavallieri, pero no creo que encuentre por ninguna parte de la doctrina occidental una sola que permita el asomo de una postura estatal represiva.

La verdadera naturaleza de la vulnerabilidad de la infancia no radica en su aparente debilidad, sino en su especial situación jurídica, ya que los niños y las niñas no pueden asociarse, no tienen voz, no votan, no cuentan.[20]

Decálogo de Derechos básicos universales de la infancia.

En la doctrina se han recogido, a manera de decálogo, los principales derechos básicos universales de la infancia, deducidos del espíritu de la Convención de los Derechos del Niño. Ese decálogo es el siguiente:

a) Principio de máxima prioridad.

b) Derecho a un entorno en el que el niño encuentre amor, seguridad, disfrute y estímulo.

c) Acceso a la educación básica adecuada a su cultura, religión y necesidades.

[20] *Cfr.* De SENILLOSA, Ignacio. *El Derecho a ser Niño.* Actualizado por TORELLÓ, Montse. Documentos Intermon. Fundación para el tercer mundo. *s.d.* 1999. p. 18.

d) Acceso fácil a fuentes de agua potable.

e) Derecho a un medio ambiente saludable.

f) Alimentación cualitativa y cuantitativamente necesaria para su normal desarrollo, incluida la lactancia materna.

g) Acceso a la inmunización y otros servicios básicos de salud.
h) Acceso a vivienda digna.

i) Permanencia del niño con su familia y en su comunidad.

j) Protección de los niños más vulnerables.

¿Cuántos de estos derechos básicos son una tarea cumplida en nuestro país, y cuántos se lograrán con un proyecto de ley represiva?

Cuando algunos hablan de castigar al adolescente que cometa una infracción lo hacen presuponiendo que a ese individuo le es reprochable su conducta porque a pesar que pudo haber optado en la vida entre el camino de la legalidad y el de la ilegalidad, se inclinó sin embargo por el segundo. Esto es lo que llamo una mera lógica formal que significa pretender que el sistema sociopolítico mexicano realmente funciona. Mirar con ojos ciegos la distancia que existe entre el Derecho y la realidad; la distancia que media entre el Derecho y el hecho es lo que los primer mundistas llaman "vías de desarrollo".

Haciendo una interpretación sistémica de los postulados rectores del Derecho Internacional de Menores, concluyo sin temor a equivocarme que la doctrina de la protección integral del menor se traduce en permitirle que siga siendo niño o adolescente, dejando que el sólo transcurso del tiempo disponga lo contrario. Su fin es evitar a toda costa que el menor se convierta a fuerza de las circunstancias en un adulto precoz, esto es, en un adulto antes de tiempo. Si se aprueba una ley represiva contra el adolescente se le estará concibiendo como un adulto precoz, que es precisamente lo que con todo encono pretende evitar el dogma minoril.

Si el menor tiene responsabilidad por su conducta, porque cuenta con el grado de madurez elemental para afrontar las consecuencias de sus decisiones, ¿por qué no se ha escuchado su opinión en este proceso legislativo? Seguimos decidiendo por el menor, a pesar de haber determinado que él también puede decidir.

Al adolescente se le obligará a comportarse como adulto, repitiendo patrones de conducta, mimetizado, automatizado; a actuar del modo deseado por quienes toman las decisiones, siendo de esta manera como cobra vigencia la frase de Juan José Arreola: "Cada vez que un

niño repite en su conducta el esquema del mundo de los adultos, la humanidad pierde una oportunidad de mejorarse[21].

Yo le propongo que no perdamos esa oportunidad.

[21] *Cfr.* ARREOLA, Juan José. *La Palabra Educación/Y ahora la mujer…* Editorial Imagen. México. 2003.