

MENORES INFRACTORES REALIDAD FÁCTICA Y FICCIÓN JURÍDICA

Dr. Luis Rodríguez Manzanera *

Para Ruth Villanueva
*Indiscutible Líder en la
Justicia para menores.*

INTRODUCCIÓN

Hace ya algunos años, en 1982, apareció en español el libro de Anthony Platte titulado “Los Salvadores del niño o la invención de la delincuencia” (México, Siglo XXI), que tuvo un peculiar impacto, pues hacía una despiadada crítica al sistema de Justicia Minoril en los Estados Unidos de Norteamérica.

Como los tribunales para Menores Norteamericanos habían sido ejemplo para el establecimiento de sus similares en muchos países, la crítica llegó con fuerza a nuestros lares, y se basaba en afirmar que era en mito que el movimiento pro- salvación del niño había tenido éxito en la humanización del sistema de justicia penal, y que había rescatado a los niños de cárceles y prisiones.

Llamaba “ salvadores del niño” a los reformadores “ desinteresados” que veían su causa como caso de conciencia y moral y, por lo tanto, descubrían nuevas categorías de malos comportamientos, trataban a los menores como objetos, recortando libertades civiles y vida privada, y en

realidad lo que hacían era incluir valores de clase media y destreza de clase baja.

Platt menosprecia aún los avances en cuestión de derechos de los niños en el

juicio, que impuso la célebre sentencia “in re Gault” pero, al igual que algunos criminólogos críticos de la época, no ofrece alguna solución práctica. (En 1967, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos reconoció que a G.F Gault, un menor de Arizona, se le habían negado derechos básicos que toda persona debe tener un juicio, como notificación, asistencia legal, careo, no declarar, etc., por parte del Tribunal de Menores).

Hago esta referencia porque, ante la “nueva” y desafortunada reforma en materia de justicia de menores (ahora “adolescentes”), me he preguntado:

- ¿Estamos ante los verdaderos “salvadores del niño”?
- ¿Es ahora cuando realmente se inventa la delincuencia?

Entiendo que una buena respuesta a estas dos interrogantes podría resolver el tema de un foro que organizó el CETYS en Mexicali: “El menor infractor: Víctima o delincuente...”, sin embargo, por razones de espacio y tiempo, solamente esbozaré algunas ideas.

Ante la primera pregunta, debo aclarar de entrada que tuve el privilegio de conocer a nuestros primeros “salvadores del niño”, y ninguno de ellos coincide con la figura perversa y malintencionada que nos

presenta Platt (aunque en algunos momentos les da el beneficio de la duda).

Así, recuerdo en la primera etapa a Lavallo Urbina, Buentello, Roberto Solís Quiroga, Bolaños Cacho, Tornero, en el Tribunal para Menores, en la segunda, para el Consejo de Menores, a Héctor Solís Quiroga, Roberto Tocavén, Hernández Palacios, y, en la tercera, ya con la “Ley para el Tratamiento”, a Ruth Villanueva.

No conozco bien a los nuevos “salvadores del niño”, a algunos le oí la frase de “lo que importan son los derechos del niño, no el niño”, sin embargo, al contrario de Platt, en ningún momento tengo la impresión de mala intención o de intereses ocultos de estas personas.

Es claro el deseo de proteger los derechos de los menores, esto no es nuevo, yo mismo lo expresé claramente en la primera edición de mi libro sobre justicia Minoril, que data de 1971, y lo plasmé en la Ley de 1992, al formar parte de la comisión redactora.

Antes de la reforma constitucional de 2006, siempre se habló de menores infractores, pero, a partir de esa fecha y sobre todo en las leyes que siguieron, el sistema se convierte en un aparato penal, es decir, se inventó la delincuencia, los que antes eran menores infractores ahora son delincuentes adolescentes.

Lógicamente, al inventar la delincuencia, todo para al sistema penal y

deja de tener sentido un sistema minoril leyes penales, jueces penales, penas en lugar de medidas, proceso similar al penal, ya no instituciones de tratamiento, sino oficinas de “reinserción, delitos “graves” y, desde luego, aumento de punibilidades.

Todo lo anterior representa un choque entre la realidad fáctica y la ficción jurídica, del que intentaremos dar algunos ejemplos

LA VISIÓN DE LA ONU

En el XII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal, celebrando en Salvador, Bahía (Brasil), en abril de 2010. Se dedicó el tema 3 a los niños, los jóvenes y la delincuencia.

El tema no es nuevo para la ONU, pero se ha planteado en vista de que, en el momento actual, muchos niños y jóvenes se ven inmersos en la delincuencia, incluso en delitos violentos o graves, como autores, víctimas o testigos, sea directamente o por la participación de la familia o la situación en la misma comunidad, que se ve envuelta en situaciones de inseguridad y de violencia.

Desde el primer Congreso (1955), la ONU demostró su preocupación por la participación de niños y jóvenes en actividades criminales, analizando en los siguientes congresos el origen, prevención y tratamiento, para pasar a la elaboración de normas en materia de administración de justicia de menores, privación de libertad y

prevención del delito, principalmente el urbano y violento.

Son abundantes las normas, recomendaciones, instructivos, instrumentos y manuales que se han elaborado y aprobado y, en general, los países los han adoptado y llevado a sus diversas legislaciones, principalmente la “Convención de los Derechos del Niño”, pero aún falta mucho para su cabal cumplimiento.

Es decir que, desde el punto de vista jurídico, el problema está notablemente bien cubierto, las normas son claras y de aplicación universal y abarcan los aspectos más diversos en materia de prevención (Riad), juicio (Beijing), privación de libertad (Res. 45/112), medidas en libertad (Tokio), víctimas y testigos (Res. 2005/20). Además, tenemos todos los demás instrumentos en lo referente a Derechos Humanos, que deben aplicarse en lo conducente a los menores.

A pesar de los esfuerzos, y aunque parece haber conciencia del problema, los trabajos realizados, por lo general no están a la altura ni en concordancia con las disposiciones y normas internacionales sobre la materia.

De entrada, el documento presentado en el XII Congreso, reafirma que por niño se entiende a “toda persona menor de 18 años”, no hay duda ninguna.

Un punto a resaltar es que, en las diversas legislaciones del mundo, de los 10 derechos

básicos que reconoce la ONU EN MATERIA DE JUSTICIA DE MENORES, “el derecho a recibir asistencia para la reinserción y la rehabilitación, parecía ser el menos afianzado en los marcos jurídicos nacionales”. Son pocos los países que reportan programas de esta índole.

Digo que es un punto a resaltar pues en México se ha dado un paso atrás, preocupante ya que la Ley para el tratamiento de menores infractores, vigente a partir de 1992 y que ponía peculiar énfasis en la readaptación, se ve substituida por leyes que en realidad son códigos de procedimientos de corte penal para “adolescentes”.

En el informe de la ONU, se consigna con preocupación que en la realidad hay un cuadro sombrío sobre la situación de los niños y niñas a cargo de las instituciones judiciales y de tutela, con una gran violencia en los centros de privación de libertad.

En algunos países todavía las leyes permiten explícitamente castigos corporales, como golpes y latigazos, como medida disciplinaria en los centros de reclusión de menores.

El cálculo es que hay 1'100,000 niños privados de su libertad, lo más grave es que la mayoría están acusados o condenados por delitos leves y la mayoría son infractores sin antecedentes.

La cifra de 1.1 millones menores reclusos (cifra de la UNICEF y del reporte de la

ONU) es considerada subestimada, ya que no incluye niños detenidos con sus padres o en poder de la policía, en muchos casos tampoco cuentan los que están en procesos, los 44 países que sí hacen un reporte completo, tiene el 59% de internos sin sentencia.

NIÑOS VÍCTIMAS Y TESTIGOS

Anualmente, de 500 a 1,500 millones de niños son víctimas de actos de violencia a nivel mundial (UNICEF), la mayoría de los victimarios son personas conocidas por los niños, desde familiares cercanos hasta maestros, desde compañeros de escuela hasta su propia pareja, 275 millones de niños son testigos de la violencia (UNICEF), en todas sus formas, principalmente en el hogar.

Naciones Unidas ha puesto especial cuidado en este fenómeno, por lo que ha aprobado las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (2005), y se ha producido una serie de documentos, recomendaciones, y un manual para profesionales relacionados con menores víctimas y testigos.

Además, se ha aprobado una serie de Protocolos sobre delitos que afectan muy peculiarmente a los niños, como trata, prostitución, explotación, venta, pornografía, cibercrimen, etc., lo que demuestra el aumento de atención sobre estas situaciones, más aún teniendo en cuenta

que en muchos países no siempre se consideran esos actos de violencia como actos delictivos y, en la mayor parte de los que sí los contemplan como delitos, no llegan a la justicia penal, y cuando llegan, el sistema no está preparado para las peculiares necesidades de los menores.

NIÑOS Y JÓVENES: REALIDAD Y PERCEPCIÓN

La ONU encuentra una marcada discrepancia entre la realidad, obtenida de la investigación, los estudios criminológicos y las estadísticas, y la percepción producto de los medios de difusión, que se tiene de niños y jóvenes en su relación con la delincuencia.

La inexactitud de los informes en los medios de información, en lo referente a la actuación antisocial de los jóvenes y niños, crea una imagen distorsionada, aún en personas de cierta instrucción, que tienden a creer que son los menores de capas sociales desfavorecidas los autores de la criminalidad, cuando lo más frecuente es que sean las víctimas.

Lo más preocupante del fenómeno es que repercuten estas creencias y temores del público hacia los políticos y los legisladores, que se ven inclinados hacia la represión de cualquier conducta juvenil que sea captada como desviada y amenazante a la colectividad.

Esto es un mucho el origen de las últimas reformas jurídicas en nuestro país y del

discurso político, que disfraza en un supuesto “garantismo” la invención de la delincuencia.

Mencionemos algunos de los mitos más comunes en materia de menores, muchos de ellos reconocidos a nivel internacional.

El primero es que hay que reprimir toda manifestación de oposición a la norma por parte de los menores de edad, de lo contrario se continuará en el camino del mal. La verdad es que por lo general se trata de síntomas pasajeros de autoafirmación, por demás comunes en la adolescencia en su tránsito a la edad adulta.

Los mayores que hacen estas afirmaciones denotan simplemente una falta de memoria: ya olvidaron todas las trastadas que hicieron en su primera juventud o las travesuras de su niñez.

El segundo mito es el “alarmante aumento” de la criminalidad infanto-juvenil, la realidad es la alarmante disminución en la criminalidad de menores (lo verdaderamente inquietante es lo difícil de explicar el fenómeno, o nuestra incapacidad para hacerlo).

Por ejemplo, en números absolutos, en nuestro país (nos referimos siempre al Distrito Federal), al inaugurarse el sistema para menores (Ley Villamichel, 1928), ingresaron, en 1929, 808 menores. En 1941, con la Ley de Tribunales, ingresaron 3,417. En 1974, cuando inician los Consejos, ingresaron 4,208. En 1992, con la

Ley para el Tratamiento, baja a 2,720. Ya con los Juzgados de Justicia para Adolescentes, en su primer año (2009) ingresaron 3,496 expedientes (303 de transición).

Es decir que en 2009 ingresaron casi los mismos menores que en 1941, que son los mismos que en 1969 (3,541), o sea que en estos últimos 40 años el número de ingresos no ha variado, aunque la población sí ya que para 1969 el D.F. tenía 6.8 millones de habitantes, para 2009 son 8.9 (la zona metropolitana rebasa los 20 millones), lo que quiere decir que la criminalidad infanto-juvenil en realidad está bajando en comparación con la población.

Se acusa a niños y jóvenes de ser responsables de los delitos violentos. En realidad la criminalidad de menores representa tan sólo una pequeña proporción de la criminalidad en general (6% según el Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, ICESI), y sigue siendo representativa principalmente de delitos contra la propiedad, así en 2009, en el Distrito Federal, el 76.75% de los juicios ha sido por robo, 3.5% por homicidio y 1.7% por abuso sexual y violación.

Se dice que los menores en conflicto con la ley Penal son cada vez más jóvenes. Falso, en 1993 el promedio de edad era 15.8 años, diez años después era de 16, en 2010 el promedio de menores privados de libertad es de 17 años, en realidad hay un envejecimiento.

Se afirma que el número de mujeres que participan en la “delincuencia” de adolescentes ha aumentado. Falso, en 1993 eran el 10%, diez años después bajó a 8%, y en 2009, en averiguaciones previas, representan el 7.5% del total. Los centros de tratamiento femeniles disminuyen en población.

El mito del aumento de participación femenina en las bandas juveniles, tanto en pandillas formadas únicamente por chicas, como en pandillas anteriormente de integración puramente masculina, ha crecido en tal forma que el tema fue tratado en el último congreso de la ONU (el XII, en 2010), llegándose a la conclusión de que, fuera de algún caso anecdótico, no hay datos ni pruebas de este fenómeno, aunque si hay indicios de que en ocasiones la integración a la pandilla puede ser la única o la mejor estrategia a la que recurren para asegurarse protección contra la violencia, especialmente la sexual, que los miembros de las pandillas ejercen contra la comunidad.

Ya que mencionamos las pandillas juveniles, es sin duda uno de los temas que más preocupan a la opinión pública, que más ha movilizado a las autoridades y también donde hay más mitos y leyendas urbanas.

No hay, en lo internacional, una definición común, y las denominaciones al fenómeno son múltiples y representan contextos y realidades diferentes, los términos banda, pandilla, gang, grupo callejero, asociación

delictuosa, maras, y aún delincuencia organizada, se intercambian y hasta se utilizan como sinónimos, lo que dificultan un estudio comparado.

Es indudable que existen grupos juveniles altamente peligrosos, y que algunos han sido cooptados por el crimen organizado nacional e internacional, pero no pueden ni debe generalizarse, y compartimos con Naciones Unidas el temor a lo que se denomina “ampliación de la red”, que implica la aprobación de legislación para combatir las bandas criminales, pero que se extiende a todos los grupos de jóvenes en general.

Otro interesante y muy generalizado mito es que el Derecho Penal previene, y que hay una correlación entre el aumento de pena y la disminución de delito.

Imposible detenerme aquí en los estudios criminológicos sobre la prevención general y la ineficacia de la amenaza en una gran cantidad de casos, hago referencia a todos los grandes clásicos (de Moro a Beccaria, de Ferri a Carnelutti), que están de acuerdo en que el aumento en la dureza, la duración y la severidad de las penas, no tiene el efecto que se supone sobre la delincuencia.

Pero del mito del aumento en las penas para disminuir el delito, se sigue la más peligrosa creencia de que aplicando penas a los menores de edad, en lugar de las medidas de tratamiento, se resolverá el problema de la “delincuencia de adolescentes”, y ya oímos voces que, con peculiar inocencia, proponen los aumentos de los máximos de

privación de libertad a los niños en 10, 20, 30 ó mas años.

Un error que implica una falsa apreciación, es que el problema de la Justicia Minoril radica principalmente en el proceso, y que otorgando todas las garantías ya no habría de que preocuparse.

El verdadero problema está en el tratamiento y la aplicación o ejecución de las medidas; nadie, en el momento actual, está ya en desacuerdo con las garantías procesales y el debido proceso, por el que hemos luchado desde nuestros primeros estudios, pero, como mencionamos al principio, en concordancia con la ONU, es en el campo de la readaptación donde se encuentran las mayores deficiencias.

LAS FICCIONES JURÍDICAS

Mencionemos ahora, con la brevedad que requiere este ensayo, algunas de las más comunes creencias jurídicas, muchas de ellas consecuencia de las falsas percepciones que se tienen del fenómeno de la antisocialidad de menores de edad, y de los conflictos que pueden surgir con la ley penal.

La primera, y una de las más delicadas, es la ficción de que los menores son inimputables.

Todo parte del concepto de la imputabilidad como la “capacidad de entender y de querer”, en la realidad, en el mundo fáctico,

nos encontramos con que hay menores de edad que entienden y quieren, y hay otros que no (éstos serían algo así como mega-inimputables, si seguimos la ficción).

En algún momento se identificó a los menores con los “locos, idiotas, imbéciles, débiles mentales y sordomudos”, lo que a todas luces es un error que todavía parece flotar en el ambiente.

Esto se desprende de la idea de que la dogmática penal es aplicable al Derecho Minoril, cuando el Derecho de Menores debe construir su propia dogmática, al igual que el Derecho Civil o el Laboral, el Victimal o el Agrario.

Y es que el Derecho Penal tiene otros fines, otras funciones, otros principios, fue construido para algo diferente al Derecho de Menores, está regido por el principio del “interés superior del niño”, además de la protección integral y la especificidad del sistema.

Así, para un Derecho Minoril, el menor es imputable (aunque pueda haber, desde luego, inimputables), ya que la imputabilidad es un presupuesto de culpabilidad (considerada ésta como una garantía), lo que marca la diferencia es que el menor no es punible, no hay el concepto de “castigo”, no puede aplicarse una pena sino una medida, de acuerdo a su interés superior.

Esto nos lleva a contemplar el mito de que por “debido proceso” debe entenderse “debido proceso penal”, y no es así, debe

construirse (y más bien deberíamos decir reconstruirse) un “debido proceso minoril”, acorde a la realidad y a los principios que rige el Derecho de Menores; a nadie sorprende que haya un debido proceso civil, o fiscal, o administrativo, que no pueden seguir las reglas de un debido proceso penal.

Como puede desprenderse de lo anterior, captamos que la incompatibilidad entre “tutelarismo” y “garantismo” es un mito; se trata de un pseudo-problema, lo que en el mundo real es incompatible es el Derecho Minoril con el derecho punitivo.

Finalmente, me permito mencionar el mito del derecho penal de acto aplicado al Derecho Minoril.

Entendemos, de entrada, que no estamos ya hablando de Derecho Penal, y que puede ser un desacierto hablar de derecho minoril de acto, en el sentido de que no debe tomarse en cuenta en el momento de juzgar nada fuera de la conducta realizada.

El concepto de proporcionalidad, consignado en la Constitución, no debe interpretarse en forma primitiva talionaria (ojo por ojo...), sino en su verdadera acepción en cuanto la medida impuesta no puede ir más allá de lo que el sujeto hizo (o dejó de hacer), pero sí

puede ser inferior; es decir, la proporcionalidad es un límite superior para la reacción jurídica, siempre de acuerdo con el juicio de reproche.

Va quedando claro, entonces, que el derecho de acto puro es un mito, ya que siempre se está juzgando a un autor, a un hombre, a una mujer, a un extranjero, a un incapaz, a un anciano, a un menor de edad.

En otra forma, así como alguna vez se habló de “jueces sin rostro”, tendríamos “acusados sin rostro”, para que la personalidad no influyera lo más mínimo y sólo se juzgara el acto realizado.

Si ya con el nuevo proceso penal presencial, oral, acusatorio, público, se tendrá que ver y oír directamente al acusado adulto (en lugar de al expediente), en el proceso minoril (como ha sido siempre), se tendrá muy en cuenta al autor y a su entorno, a mayor razón si la medida tiene como fin la reintegración social y familiar, y el pleno desarrollo de la persona y sus capacidades.

Termino afirmando la necesidad de personal especializado, de Criminólogos, de personal técnico que permita alejarnos de los mitos y acercarnos a la realidad, aunque no coincida con nuestras creencias, aunque no siempre nos guste.