



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México  
México

García Ramírez, Sergio

Reseña de "Los menores infractores en México" de Ruth Villanueva

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XL, núm. 119, mayo-agosto, 2007, pp. 647-660

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42711912>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

VILLANUEVA, Ruth, *Los menores infractores en México*, México, Porrúa, 247 pp.

La presencia de los menores en el contingente de la criminalidad —una presencia anunciada como creciente y virulenta— se anunció desde hace muchos años. Hubo primero una extensa literatura sobre la participación de los niños y los adolescentes en las filas de los delincuentes, sea a título de autores —se trataba de niños “adelantados”—, sea a título de colaboradores —instrumentos más o menos dóciles del designio criminal adulto. Después se examinó el tema con otros ojos: mirada de criminólogos que creyeron posible construir una ley de la evolución criminal a partir de la precocidad delictiva. Cada vez sería más frecuente la concurrencia de los menores de edad en el mundo de la “mala vida”, que se decía: tan relevante y numerosa como lo era la concurrencia de los jóvenes en otros procesos de la vida social. Si se anticipaba la hora del trabajo, también se anticiparía la hora del delito.

En *La transformación del delito en la sociedad moderna*, pequeña obra aleccionadora que tradujo al español don Constancio Bernaldo de Quirós, el celebrado criminólogo Alfredo Niceforo sentenció: “La sociedad moderna no sólo transforma el delito, sino también al delincuente, sustituyendo el adulto con el joven y al varón con la hembra. La sociedad moderna tiende, por consiguiente, a aumentar la delincuencia de los jóvenes y de las mujeres”. Por supuesto, el tratadista se refería al mundo del futuro desde la perspectiva de 1900. Y explicaba que “la delincuencia de los menores aumenta, porque en el febril movimiento, cada vez más acelerado, de nuestras sociedades, el individuo se hace hombre con mayor prontitud que en sociedades y siglos pasados. A los quince años, el muchacho es hoy un hombre”.<sup>1</sup>

En consecuencia, ya no tendríamos a la vista los lazarillos de la picaresca, sino delincuentes de otro carácter, que poblarían las prisiones después de hacer su tránsito por los tribunales. Los criminalistas, en su turno, se dieron también a la tarea de captar los rasgos de los

<sup>1</sup> *La transformación del delito en la sociedad moderna*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Madrid, Lib. Gral de Victoriano Suárez, 1902, pp. 56, 62 y 63.

nuevos infractores y plantear la descripción de este ejército del crimen al lado de la legión tradicional de los adultos. En México, don Carlos Roumagnac, autor de *Los criminales en México*, hizo ahí su propio fichero de menores criminales, con lujo de datos sobre la vida social, los antecedentes y las medidas de los personajes. Desfilaron, en el torrente de homicidas de corta edad, Francisco M., alias el Tagarnero, alfarero de catorce años; Juan D. I., herrador de quince; Pedro L., albañil de 17; Amador A., encuadernador de quince, quien “declara que es católico y cree en Dios”, pero “no tiene noción exacta de lo que es arrepentimiento”. Nos hallábamos en el alba mexicana de la antropología criminal.<sup>2</sup> Luego habría aportaciones estadísticas significativas, como la que hizo Leticia Ruiz de Chávez, a propósito de “La delincuencia juvenil en el Distrito Federal”, en 1959.<sup>3</sup>

Obviamente, todo esto debía ser contemplado por la legislación. De antiguo se concedió trato privilegiado a los menores de cierta edad: la ausencia de malicia alentaba la benevolencia penal, al paso que la presencia de aquélla suplía, con respecto a la responsabilidad y el castigo, la falta de edad suficiente para comparecer en los estrados de la justicia a título de criminal. Quedó planteada, pues, la exigencia de apreciación sobre el discernimiento. A partir de éste se resolvería acerca de la reacción penal. Por supuesto, no siempre se confió en la decisión judicial sobre el discernimiento. Doña Concepción Arenal, nada menos, expresó severas reservas:

Que los jóvenes criminales obren sin discernimiento, podrá ser; pero no creemos que suceda con la frecuencia que lo declaran los tribunales. Para nosotros, un joven que cometió un gran crimen con todas las circunstancias que serían agravantes en un hombre, es un gran criminal... Hay que esperar mucho del crecimiento completo y del cambio que producirá... pero en tanto que se verifica, no hacerse la ilusión de que el delincuente imberbe obra sin discernimiento o incurre en una responsabilidad mínima siempre que así lo decreten los tribunales.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Cfr. *Los criminales en México. Ensayo de psicología criminal*, México, Tip. “El Fénix”, 1904, pp. 75 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. “La delincuencia juvenil en el Distrito Federal”, *Criminalia*, año XXV, núm. 12, 1959, pp. 725 y ss.

<sup>4</sup> *El visitador del preso*, Buenos Aires, Tor, s. f., pp. 51 y 52.

No obstante las apreciaciones legales y judiciales sobre el discernimiento, necesariamente casuístico, con la mayor frecuencia se recogió la previsión de edades que significaban la frontera entre la inclusión o la exclusión de la ley penal. Fue signo del progreso elevar esa edad hasta el punto en el que hoy se encuentra mayoritariamente; lo es del retroceso la reducción de la edad, que tanto tienta a nuestros legisladores, en tanto significa extensión de la ley penal, con el consecuente retorno de millares de infractores al ámbito punitivo ordinario. La optimista frase de Garçon, secundada por Jiménez de Asúa, en el sentido de que los niños habían salido del Derecho penal, se ve contradicha o al menos relativizada en los años que corren. Por otra parte, convengo en que es preciso establecer con claridad en qué consiste ese egreso del orden jurídico penal, para evitar conclusiones apresuradas o inconvenientes.<sup>5</sup>

Desde luego, la privación de libertad —ya que no la muerte, aunque la vieja jurisprudencia estadounidense, discontinuada ahora, permitió la pena capital para menores de edad— ha sido medida o pena frecuentemente aplicada a estos infractores. Los relatos de penitenciaristas clásicos, con John Howard a la cabeza, dan fe de los niños y adolescentes encarcelados que a menudo compartían mañas y destino con los adultos. En su obra magna *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, con noticia sobre las prisiones en otros países europeos, traducido al español hace apenas unos años, aquel visitador infatigable se refiere al Hospital de San Miguel en Roma. En la parte acondicionada para prisión de jóvenes, Clemente XI había hecho inscribir: “A los jóvenes desviados del buen camino, para que quienes ociosos causaban daño al Estado, una vez formados lo sirvan”. Howard relata que en ese lugar vio “a 50 chicos hilando en una habitación presidida por esta inscripción: *Silentium*”.<sup>6</sup>

En los penales mexicanos hubo pabellones para menores, cuando no existían instituciones destinadas específicamente a ellos, que llegarían con los vientos correccionales y las reservas presupuestales que

<sup>5</sup> Cfr., a este respecto, el comentario de Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminalidad de menores*, México, Porrúa, 1987, pp. 355 y 356.

<sup>6</sup> *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, trad. de Juan Esteban Calderón, est. introd. a “John Howard: la obra y la enseñanza” de Sergio García Ramírez, México, FCE, 2003, pp. 293 y 294.

los acogieran. En reclusorios para adultos había “departamentos de pericos”, habitados por niños y adolescentes en espera de mejor fortuna. En su hora, al empuje de nuevos conceptos en torno a la justicia penal y correccional, esta última con signo tutelar, surgieron los planteles específicos para menores y se hizo la reforma constitucional de 1965, que llevó a la ley suprema un nuevo personaje: los menores infractores. Con todo, siguió desigual la situación de éstos a título de destinatarios de medidas de tratamiento y rehabilitación. Hay una extensa revisión sobre la materia en la que figura el estudio de Elena Azaola, que distingue —como hay que hacerlo siempre, en estos asuntos y en todos los restantes— entre la realidad cotidiana y el discurso depositado en leyes, informes y programas.<sup>7</sup>

Nuestra legislación referente a menores que delinquen —o, más suavemente, que incurren en conductas penalmente típicas— caminó a largos intervalos. Se abrió paso la figura del juez paterno, llegada de los Estados Unidos, se elevó la edad de acceso a la justicia penal, se reconsideró el modelo punitivo en aras del modelo tutelar, se hizo el rediseño de las medidas aplicables a los menores, se optó por reconocer al Estado como sustituto de la autoridad paterna cuando el menor naufraga en el mal comportamiento —delictuoso o infractor— o entra en estado de peligro. En este punto se dieron cita dos corrientes: la idea del Estado de bienestar, el que sigue al hombre de la cuna a la tumba, naturalmente llamado a ser padre subsidiario, tutor del niño o el adolescente, protector —autoritario, es cierto, pero finalmente protector— del joven descarriado, y la idea de la peligrosidad que entraña juicio sobre la persona, no apenas sobre el hecho, y pronóstico a propósito del futuro probable y no sólo diagnóstico acerca del pretérito probado. La historia de la etapa inicial de estos desarrollos, que llena la primera mitad del siglo XX y algunos años de la segunda, una historia que informó las soluciones adoptadas por el Código Penal de 1931 y la legislación civil y correccional de ese tiempo, fue puntualmente narrada por dos protagonistas de la reforma penal: José Ángel Ceniceros y Luis Garrido, en la obra *La delin-*

<sup>7</sup> Cfr. *La institución correccional en México. Una mirada extraviada*, México, Siglo XXI Editores, 1990, esp. p. 218.

*cuencia infantil*, en la que colaboró, como los propios autores reconocen y agradecen, don Javier Piña y Palacios.<sup>8</sup>

Detengo aquí las reflexiones introductorias de este comentario, para concentrarme en la obra *Los menores infractores*, de Ruth Villanueva Castilleja, a la que preceden otras aportaciones de la misma autora a la bibliohemerografía de su materia: *Justicia de menores en México* (Marcos Lerner Editor, Argentina, 2000), *Menores infractores y menores víctimas* (Porrúa, México, 2004) y *Visión especializada del tratamiento para menores infractores* (Porrúa, México, 2004), entre otras. La obra que aquí se comenta suministra una buena información histórica del tema, pero sobre todo aborda los puntos actuales, las corrientes en pugna, las recomendaciones internacionales, las propuestas nacionales, el estado de la justicia para menores infractores.

La doctora Villanueva conoce el tema de primera mano. Como se verá por las referencias que hago en seguida, ha tratado a fondo a los menores infractores tanto en la circunstancia del diagnóstico y el enjuiciamiento como en el periodo del tratamiento. Va más allá, por lo tanto, de la competencia académica, que es necesaria, pero no suficiente. Doña Ruth Villanueva Castilleja, con estudios de derecho y pedagogía —es maestra y jurista—, inició su carrera como joven funcionaria de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación, unidad técnico-administrativa en la que se formaron muchos penalistas, penitenciaristas y criminólogos, desde la época en que fuera Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social, bajo las orientaciones del autor de la legislación de 1929, José Almaraz.

En el curso de su vida profesional, Ruth Villanueva atendería también el ámbito de los adultos delincuentes, en un tiempo de reanimación penitenciaria. Fue directora de la Cárcel para Mujeres localizada en Iztapalapa: primer penal en el paulatino relevo de Lecumberri; seguirían la Penitenciaría del Distrito Federal, erigida en la misma circunscripción, y los reclusorios preventivos que abrieron sus puertas —o mejor dicho, las cerraron— en 1976. La señora Villanueva cumplió esa encomienda, con acierto, durante varios años, que debieron ser difíciles y aleccionadores. De ahí proviene una buena parte de la

<sup>8</sup> Cfr. *La delincuencia infantil en México*, México, Botas, 1936, esp. pp. 177 y ss.

experiencia y la preparación que le permitirían posteriores actividades en áreas semejantes. Más tarde, sería directora general de Prevención y Readaptación Social. Desde esa posición condujo el desempeño de los reclusorios federales, tanto los de máxima seguridad que había en ese momento, como la Colonia Penal de Islas Marías. Antes de entonces, había prestado sus servicios en cargos directivos en la Procuraduría General de la República, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y la Comisión Nacional de Derechos Humanos. En ésta ejerció una dirección general en la Tercera Visitaduría, precisamente la que atiende los temas penitenciarios, que son una región minada aquí y dondequiera, como lo acreditan los informes publicados por la propia Comisión Nacional.

Por lo que toca al espacio de los menores infractores, materia de este libro y de la dedicación esmerada de la doctora Villanueva durante muchos años, conviene mencionar que fue directora de la Escuela de Orientación para Mujeres dependiente de la Secretaría de Gobernación, en la que se proveía al tratamiento en internación con respecto a las infractoras adolescentes de mayor edad, separadas de las de menor edad, cuyo asiento era la Escuela Hogar. Más tarde Villanueva Castilleja sería, con suficiencia personal y profesional, presidenta del Consejo para Menores Infractores del Distrito Federal, órgano jurisdiccional que relevó al Consejo Tutelar creado por la ley de 1974, que a su vez sustituyó al Tribunal para Menores establecido por la legislación precedente.

A su actividad profesional, doña Ruth agrega la tarea académica, que le ha valido el grado de doctora, con mención honorífica, por la Universidad Nacional Autónoma de México. En esta vertiente de sus quehaceres ha tenido oportunidad de desempeñarse como profesora en la Facultad de Derecho de la UNAM —licenciatura y posgrado— y en la Escuela de Estudios Profesionales de Aragón, de la misma Universidad. Cuenta en su haber con numerosas publicaciones —libros y artículos, e incluso obras de teatro penitenciario— a las que ahora se agrega esta tesis doctoral, publicada por la editorial Porrúa. Añadamos la participación abundante que ha tenido en diversos foros académicos y oficiales, dentro y fuera de México, y su pertenencia a la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

El libro al que destino este comentario es, pues, la tesis doctoral de su autora, elaborada con esmero y talento. No se trata, por cierto, de un trabajo destinado solamente al examen del régimen jurídico de los menores infractores. Va más allá, o dicho de otra manera, viene de más lejos. En efecto, abarca la consideración de estos sujetos desde otras perspectivas: sociales, sobre todo, en tanto se ocupa de los factores que desencadenan la ilicitud de su conducta. Bien que así sea, en mi concepto, porque ofrece un “estado de las cosas” que puede servir tanto al jurista como al especialista de otras disciplinas, todas ellas llamadas a depositar su aportación científica o técnica para el conocimiento del inquietante fenómeno que analiza la doctora Villanueva. Además, esta obra puede beneficiar la reflexión y la acción de dirigentes sociales, funcionarios del área comprometida, docentes, investigadores, e incluso la información y la participación de un público más amplio —los padres de familia y los propios jóvenes—, que debe disponer de conocimientos accesibles, actuales, aprovechables sobre el tema en el que se concentra la tesis.

Es interesante, para ciertos fines, que la autora haya titulado su obra con la expresión “menores infractores”. Recordemos que se trata de un giro combatido en los últimos tiempos, acaso porque se supone —con o sin razón— que entraña un enfoque devaluador de los niños y los adolescentes. Es posible que así se haya utilizado en algunos momentos y por algunas personas —tal vez muchos momentos y muchas personas—, pero esto no le priva de pertinencia y veracidad. Se trata, obviamente, de identificar a quienes se hallan por debajo de cierta edad —no por debajo o al margen del orden jurídico que contempla y protege a todas las personas, a partir del garantismo constitucional— que marca la frontera entre dos formas de regular el comportamiento y de reaccionar frente a la conducta ilícita.

Aquí no vienen al caso, por lo tanto, sujetos disminuidos frente a sujetos plenos, sino sólo individuos que aún no alcanzan la mayoría de edad para fines penales —y que son, por ello, “menores”— y que deben ser distinguidos de quienes ya la alcanzaron: los adultos, que integran el ámbito de aplicación subjetiva de la ley penal. Por lo demás, conviene recordar que el artículo 18 de la Constitución mexicana, según la reforma de 1965, aludió a “menores infractores”. Nuevas corrientes optan por hablar, con expresiones que considero equí-

vocas, de niños y adolescentes delincuentes. Sea lo que fuere, el debate terminológico conduce en ocasiones a naufragar en un vaso de agua. Guardémonos de semejante naufragio.

El perfil del menor se plantea en el capítulo I, que examina los aspectos biológicos, psicológicos, sociales y jurídicos de la materia, así como una noción de importancia superlativa que conduce los trabajos y las soluciones en nuestro tiempo: el interés superior del niño. Consta con énfasis en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959, cuyo principio 2 previene que al promulgar leyes sobre la protección y el desarrollo de estos sujetos, “la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. Véase aquí un postulado que obliga a destacar las características singulares del niño, sujeto de protección para proveer a su desarrollo, postulado que no tiene correspondencia estricta en lo que toca a los adultos.

Por supuesto, los adultos se hallan recogidos —al igual que todos los sujetos de derecho— por el amparo que proporcionan los derechos humanos, pero los niños disfrutan, o debieran disfrutar, de un trato especial: hay un *plus* de cuidado que cobra sentido a propósito de la condición peculiar del niño. No se sugiere, es claro, reducir derechos o suprimir de plano el imperio del orden jurídico en estos casos, en aras de un orden sanitario, educativo, disciplinario diferente, sino de enriquecer, matizar, redefinir —en suma— el orden jurídico general bajo el imperativo del “interés superior”, y conforme a las condiciones que caracterizan al menor de edad en muy diversos aspectos.

En otro capítulo, la autora aborda el sistema de prevención no penal, en la inteligencia de que la fuente de la conducta antisocial se halla más allá de la disposición legal —aunque la disposición contiene la definición de aquélla, que puede extremar—, y de que el instrumento punitivo no es, obviamente, el único medio del que la sociedad se vale para orientar la conducta de los sujetos. Aquí, la doctora Villanueva señala que “pocos temas como éste exigen un análisis multidisciplinario y multi-institucional, por lo que hablar de sistemas de control social informal requiere hacerlo mínimamente en tres esferas que son la familiar, la educativa y la comunitaria”. Así lo hace esta obra en sendos apartados acerca de familia, escuela, comunidad, medios de comunicación, religión y trabajo.

En seguida, Villanueva se refiere a determinadas “condiciones significativamente preocupantes que demandan atención no penal”: disfuncionalidad familiar, deserción escolar, adicciones, prostitución infantil, niños en situación de calle, escasez de oportunidades de desarrollo y pérdida de valores. Esta relación nos pone en la pista de los grandes extravíos, desaciertos o fracasos que ha traído nuestra época a la mesa de las preocupaciones y las decisiones. Donde antes había soluciones —familia o escuela, por ejemplo— actualmente no las hay, o al menos no se encuentran en la forma, con la intensidad y con la eficacia que tenían. Y esto promueve —tanto en el caso de los menores como en el de los adultos— sugerencias cada vez más autoritarias y punitivas.

El capítulo III de la obra lleva el rubro “El menor en el sistema penal”. En primer término —una vez establecida la noción sistémica que presidirá el examen de la materia en este punto— se examina la recepción del menor en las filas de los infractores o delincuentes: antecedentes, instituciones y normativa. En este recorrido, la autora plantea la transitada antinomia entre Derecho tutelar, en un extremo, y Derecho de protección integral, en el otro, asunto que volverá en otras páginas y será retomado, finalmente, en las reflexiones que Villanueva aloja bajo el rótulo de “Mitos y realidades”. Volveré en los últimos párrafos de esta nota a las ideas que la autora sostiene en torno a esa antinomia —que me parece, lo adelanto, superable y superada—, así como a mis propios puntos de vista. Vale destacar desde ahora, sin embargo, que la tesis doctoral de la profesora Villanueva no es, en modo alguno, reduccionista de los derechos del niño o el adolescente que infringe la ley penal. Las instituciones creadas para trabajar en este ámbito —asegura— tienen como cometido fundamental “privilegiar la calidad específica del menor cuando ha infringido la ley penal”.

No menos interesantes son los temas que implica, también en el marco del sistema penal, la condición del menor como víctima del hecho ilícito. Aquí, en palabras de la autora, es preciso “refrendar la idea de que la persona menor de 18 años merece una atención diferente, una protección integral y la necesidad de ser tutelado por su condición especial, dentro de la cual su etapa formativa conlleva implicaciones jurídicas inherentes a ella”. Nuevamente nos hallamos an-

te un campo especial de protección, que atiende —para ser eficaz e incluso para ser justa— a las características del menor de edad —o bien, si se prefiere decirlo así, del niño y el adolescente— y al “interés superior del sujeto”. En torno a estos requerimientos se teje la regulación nacional y se elevan los estándares de la protección internacional.

El capítulo IV estudia los órganos especiales para la atención de los menores infractores en México, tema que conoce bien la autora del libro, en la medida en que se ha ocupado, tanto a través de su propia gestión administrativa, como de congresos, artículos y conferencias, en abarcar y difundir este panorama, al que con frecuencia llegan vientos de renovación que no siempre se transforman en novedades genuinas. La revisión —trasladada a cuadros elaborados con sustento en datos del Consejo de Menores, la Secretaría de Seguridad Pública y diversas instituciones para menores infractores del país— muestra las funciones de 157 organismos destinados a la atención de los menores infractores (jurisdicción y tratamiento), ilustra acerca de los aspectos relevantes de la normativa nacional de justicia y atención a los menores, y expone datos sobre capacidad instalada y número de menores en instituciones de diagnóstico e internamiento, llamadas de “tratamiento interno”. Los siguientes capítulos informan acerca del procedimiento seguido con respecto a los menores infractores y las medidas de tratamiento técnico. Culmina la obra con el examen de tendencias actuales y proyectos legislativos que se hallaban en curso cuando concluyó y fue revisada la tesis doctoral, es decir, hasta los últimos días del 2004 y primeros del 2005.

El libro que ahora comento no se limita a describir los fenómenos, informar sobre su desarrollo, exponer la legislación y la doctrina. Además ingresa en el debate sobre su materia. Lo hace en diversos momentos, entre ellos la parte que antes mencioné, casi al final de la obra, que lleva el título “Mitos y realidades”. Hay, en efecto, un buen conjunto de mitos sobre los que se han construido, en ocasiones, sendas teorías y vistosas soluciones. El pecado no se presenta en una sola trinchera. Sucede que el fragor del combate nubla la mirada. Sea lo que fuere, la doctora Villanueva menciona mitos que pone en la cuenta de los adversarios de la corriente tutelar, y expone las correspondientes refutaciones; lo hace en forma breve y directa, con

el énfasis y la convicción de quien ha participado durante muchos años en este campo de batalla y cuenta con una buena hoja de campaña. Los estudiosos del tema deben examinar con atención estos cargos y descargos y analizar los argumentos esgrimidos por tirios y las defensas aducidas por troyanos. Al final del combate pudiera llegar la luz que suele aparecer cuando cesa el fuego y se dispersa el humo. Creo que la propia doctora Villanueva se halla muy cerca de este lugar de encuentro, o de plano dentro de él. Así se desprende de su obra.

Puesto que la autora me ha citado en su libro, con frecuencia y generosidad que agradezco, me permitiré una autocita tomada del voto concurrente que emití cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos produjo la Opinión Consultiva OC-17/2002, que atiende a una consulta de la Comisión Interamericana de Derechos en torno a derechos de los niños.<sup>9</sup> En ese sufragio razonado examino el desacuerdo entre las doctrinas tutelar o de la situación irregular y garantista o de la protección integral. Al respecto, apunto las siguientes conclusiones, que figuran en el prólogo del libro comentado<sup>10</sup> y que me limito a reproducir ahora:

Si se toma en cuenta que la orientación tutelar tiene como divisa brindar al menor de edad un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la protección que requiere (de ahí la expresión “tutela”), y que la orientación garantista tiene como sustancial preocupación el reconocimiento de los derechos del menor y de sus responsables legales, la identificación de aquél como sujeto, no como objeto del proceso, y el control de los actos de autoridad mediante el pertinente aparato de garantías, sería posible advertir que no existe verdadera contraposición, de esencia o de raíz, entre unos y otros designios. Ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen las del proyecto garantista, ni tampoco éstas las de aquél, si unas y otras se consideran en sus aspectos esenciales, como lo hago en este Voto y lo ha hecho, a mi juicio, la Opinión Consultiva, que no se afilia a doctrina alguna.

<sup>9</sup> *Cfr.* Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.

<sup>10</sup> *Cfr.* García Ramírez, Sergio, “Prólogo. Menores infractores, tema de controversia”, en Villanueva, *Los menores infractores en México*, México, Porrúa, pp. IX y ss.

¿Cómo negar, en efecto, que el niño se encuentra en condiciones diferentes a las del adulto, y que la diversidad de condiciones puede exigir, con toda racionalidad, diversidad de aproximaciones? ¿Y que el niño requiere, por esas condiciones que le son propias, una protección especial, distinta y más intensa y esmerada que la dirigida al adulto, si la hay? ¿Y cómo negar, por otra parte, que el niño —ante todo, un ser humano— es titular de derechos irreductibles, genéricos unos, específicos otros? ¿Y que no es ni puede ser visto como objeto del proceso, a merced del arbitrio o del capricho de la autoridad, sino como sujeto de aquél, puesto que posee verdaderos y respetables derechos, materiales y procesales? ¿Y que en su caso, como en cualquier otro, es preciso que el procedimiento obedezca a reglas claras y legítimas y se halle sujeto a control a través del sistema de garantías?

Si eso es cierto, probablemente sería llegado el momento de abandonar el falso dilema y reconocer los dilemas verdaderos que pueblan este campo. Quienes nos hemos ocupado alguna vez de estos temas —acertando e errando, y queriendo ahora superar los desaciertos o mejor dicho, ir adelante en la revisión de conceptos que ya no tienen sustento— hemos debido rectificar nuestros primeros planteamientos y arribar a nuevas conclusiones. Las contradicciones reales —y por ello los dilemas, las antinomias, los auténticos conflictos— se deben expresar en otros términos. Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro.<sup>11</sup> En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso. Esta adoptaría lo sustantivo de cada doctrina; su íntima razón de ser, y devolvería a la palabra “tutela” su sentido genuino —como se habla de tutela del Derecho o de tutela de los derechos humanos—, que ha llevado a algunos tratadistas a identificarla con el Derecho de los menores infractores,<sup>12</sup> que constituiría bajo el signo de la tutela, en su acepción original y pura, un Derecho protector, no un Derecho desposeedor de los derechos fundamentales.

<sup>11</sup> *Cfr.* el desarrollo de esta opinión en mi trabajo “Algunas cuestiones a propósito de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”, *Memoria* (del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores. Diagnóstico y propuestas), *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, 1996, pp. 205 y 206.

<sup>12</sup> Así, Jescheck, cuando afirma que el Derecho penal de jóvenes es una parte del Derecho tutelar de menores. *Cfr. Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, vol. I, pp. 15 y 16.

Por una parte, la síntesis retendría el designio tutelar del niño, a título de persona con específicas necesidades de protección, al que debe atenderse con medidas de este carácter, mejor que con remedios propios del sistema penal de los adultos. Esta primera vertebración de la síntesis se recoge, extensamente, en la propia Convención Americana, en el Protocolo de San Salvador y en la Convención sobre los Derechos del Niño, que insiste en las condiciones específicas del menor y en las correspondientes medidas de protección, así como en otros instrumentos convocados por la *Opinión Consultiva*: Reglas de Beijing, Directrices de Riad y Reglas de Tokio (párrs. 106-111). Y por otra parte, la síntesis adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor. Esta segunda vertebración se aloja, no menos ampliamente, en aquellos mismos instrumentos internacionales, que expresan el estado actual de la materia. En suma, el niño será tratado en forma específica, según sus propias condiciones, y no carecerá —puesto que es sujeto de derecho, no apenas objeto de protección— de los derechos y las garantías inherentes al ser humano y a su condición específica. Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus garantías, se afianzan la especificidad, de un lado, y la juridicidad, del otro.

En todo caso —dije en ese mismo prólogo al libro de Ruth Villanueva—, aquí nos hallamos ante una dialéctica relevante cuyo desenlace pudiera ser —y ojalá lo sea a corto plazo— el reencuentro entre tendencias aparentemente contrapuestas para producir una nueva orientación de la materia. Tal sería la síntesis —sin perjuicio de las nuevas etapas que produzcan, conforme pasa el agua bajo el puente, otra tesis, otra antítesis y otra síntesis— que ya se desprende, claramente, de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los instrumentos internacionales contemporáneos que se han ocupado en estas cuestiones. Por lo demás, vale la pena rescatar aquí —como lo ha hecho la doctora Villanueva en el espléndido epígrafe de Einstein que figura al principio de su obra— la certeza de que difícilmente habría doctrinas que cancelaran totalmente el pensamiento precedente: unas sirven de peldaño a las otras; todas dejan algo en el largo camino de la ciencia. Einstein señala: “Crear una nueva teoría no consiste en destruir el granero y levantar un rascacielos en su lugar. Es más bien, escalar una montaña... el punto (del que partimos) si-

que existiendo... aunque haya pasado a ser una parte pequeña de nuestra más amplia perspectiva que hemos ganado al superar los obstáculos de nuestro camino”.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ\*

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.