

## LOS PRINCIPIOS INQUISITIVO Y ACUSATORIO EN EL ENJUICIAMIENTO ESPECIAL DE MENORES INFRACTORES

Por el licenciado Sergio GARCÍA RAMÍREZ  
Socio del Instituto Mexicano de Derecho Procesal

Al profesor doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo<sup>1</sup>

SUMARIO: 1. Sistemas inquisitivo y acusatorio. 2. Régimen del Derecho Procesal Penal mexicano. 3. El Derecho procesal sobre menores infractores. 4. Órganos de protección a la infancia y tribunales para menores. 5. Garantía de tipicidad y régimen de protección tutelar. 6. Poderes del juez especial. 7. Acusación y defensa. 8. Fases del procedimiento: observación integral, plenario, impugnación y ejecución 9. Secreto. 10. Prueba. 11. La competencia del juez especial sobre adultos.

### 1. *Sistemas inquisitivo y acusatorio*

La efectiva realización y la caracterización doctrinal de los sistemas de enjuiciamiento llamados inquisitivo, acusatorio y mixto, son obra de lenta maduración, varias veces secular, milenaria inclusive por lo que respecta a los dos regímenes indicados en primer término, especialmente el acusatorio, característico, al parejo, de comunidades bárbaras y de pueblos altamente civilizados, dueños de instituciones democráticas ejemplares. Cronológicamente, al acusatorio siguió el inquisitivo —ciertamente mucho antes de la Edad Media—,<sup>2</sup> y a ambos, que se alternaron en el tiempo, una y otra vez, el mixto hoy día predominante.

<sup>1</sup> Esta comunicación que presentamos al Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Cuernavaca, México, abril de 1969), sirve a un propósito que nos resulta gratísimo: el de unirse a otros estudios que habrán de integrar un volumen dedicado a justo homenaje a don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, nuestro constante y admirado maestro. Nos asociamos, pues, así sea desde las más pálidas líneas de la retaguardia de los discípulos, al testimonio de admiración que se rinde al investigador emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, que ha sabido formar aquéllos y no simplemente, como ocurre con frecuencia, agrupar en torno suyo alumnos que año con año desaparecen en el curso de las nuevas promociones. Sobre la descollante labor de Alcalá-Zamora en el procesalismo mexicano, cfr. Héctor FIX ZAMUDIO, *Discurso*, "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. xvii, 1967, núm. 65, pp. 349-352.

<sup>2</sup> Considera Bernard PERRIN que el sistema inquisitivo se inicia a mediados del siglo xiv, ha ia 1350, y desaparece con la ley francesa de 25 de septiembre de octubre de 1791. Cfr. *La minorité pénale en droit romain et dans les législations européennes antérieures au XIXe siècle*, en "Le problème de l'enfance délinquante",

No obstante el empeño puesto por los procesalistas en el deslinde de estos sistemas, aún no impera, pacífica y unánimemente aceptada, la deseable caracterización final. Al paso que algunos autores hablan de formas "predominantemente" acusatorias o inquisitivas, en su caso, y fincan la discriminación en la existencia (acusatoriedad) o inexistencia (inquisitividad) de nítida separación entre las funciones del juzgador, el acusador y el defensor,<sup>3</sup> otros más buscan mayor penetración en el detalle y reclaman, sin perjuicio de la escisión funcional marcada, la presencia de múltiples notas que contribuyen a perfilar, con mayor pulcritud, la fisonomía del sistema; así: oralidad, publicidad, inimpugnabilidad y libre convicción se asocian al sistema acusatorio, en tanto que al inquisitivo se vinculan escritura, secreto, impugnabilidad y valoración tasada de la prueba.<sup>4</sup> Como es obvio, estas discrepancias se traducen, frecuentemente, en diversa calificación frente a un mismo procedimiento, según ha ocurrido, conforme en su oportunidad veremos, al apreciar el sistema acogido por la ley mexicana.

Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1947, p. 69. Es cierto que en el medievo se instaló claramente el régimen inquisitivo (que corrientemente se asocia, con error, a la Edad Media y al Tribunal de la Inquisición); el juez dejó de ser árbitro y ya no le vinculó el acuerdo entre las partes; pudo continuar el procedimiento oficiosamente a pesar de que el acusador retirara la acusación o aun de que falleciera, según opinión de Bartolo; la prosecución del procedimiento de oficio se operaba, al decir de Antonio Gómez, *favore rei publicae, ne delicta remaneant impunita*, el desenvolvimiento del inquisitivo concluye con Bartolo, quien perfiló sus dos fases: *inquisitivo ad crimen iuventendum* (inquisición general) e *inquisitio ad crimen puniendum* (inquisición especial). Cfr. W. ULLMAN, *Algunas principios del procedimiento criminal medieval*, trad. J. MALACÓN, "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", t. x, 1948, núms. 39-40, pp. 35 y ss. Empero, el procedimiento inquisitivo surgió en Roma, bajo el Imperio, primero como extraordinario, para el caso de que no hubiese acusador particular, y luego como ordinario. Acerca de la evolución (o involución, como se prefiera) del Derecho Procesal Penal romano desde el acusatorio hasta el inquisitivo, cfr. Niceto ALCALÁ-ZAMORA y Ricardo LEVENE (h), *Derecho procesal penal*, Ed. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1945, t. 1, pp. 57 y ss.

<sup>3</sup> Así, Eugenio FLORIÁN, al indicar que "las formas fundamentales del proceso son las que se observan en las funciones, a su vez fundamentales, que se realizan necesariamente en el proceso": de acusación, de defensa y de decisión. "Si cada una de estas tres funciones es encomendada a un órgano propio e independiente tendremos tres órganos: un acusador, un defensor y un juez, y el proceso será acusatorio. Si las tres funciones están concentradas en manos de una sola persona, de un mismo órgano, que es el juez, el proceso es inquisitivo. O sea, que en el primer caso el proceso toma la forma acusatoria y en el segundo la forma inquisitiva. La primera da lugar fundamentalmente a un proceso de partes; la segunda a un proceso unilateral de un juez con actividad multiforme"; *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. L. PRIETO CASTRO, BOSCH, Barcelona, pp. 64-65.

<sup>4</sup> Particularmente completa es la lista de notas de estos sistemas que proporcionan Alcalá-Zamora y Levene. En los términos de las enseñanzas de estos autores, el acusatorio puro reúne los siguientes elementos: 1. Separación entre los órganos que asumen las funciones de acusar, de defender y de juzgar; 2. Libertad de acusación no sólo en favor del ofendido, sino de todo ciudadano (acción popular); 3. Libertad de defensa e igualdad entre los contendientes a todo lo largo del proceso; 4. Contradictorio entre las partes, inclusive en la instrucción; 5. Oralidad; 6. Publicidad; 7. Libertad del inculpado durante el proceso, como regla;

Suma importancia tiene para la distinción entre acusatoriedad e inquisitividad, por otra parte, el papel más o menos estático o dinámico que en el proceso se asigne al juzgador; cuando viene a cuentas el juez activo, facultado para iniciar de oficio el procedimiento, para indagar por su cuenta la verdad que yace tras los términos de la contradicción manifiesta entre las partes, para disponer libremente la práctica de pruebas diversas de las presentadas por los otros sujetos procesales, es evidente que nos hallaremos en pleno territorio inquisitivo.<sup>5</sup> Bien distinta es, en cambio, la misión del juez (la inmediata, traducida en su actividad a todo lo largo del procedimiento, porque la mediata y última, la impartición de justicia, es común a todos los sistemas de enjuiciamiento) bajo el imperio acusatorio: árbitro que se limita a escuchar a las partes y a fallar "según lo alegado y probado", sin ir, en modo

8. Concentración; 9. Libre proposición de pruebas por las partes y libre apreciación de las mismas por el juez; 10. Recusabilidad del juez; 11. Escasa iniciativa del juez en la dirección procesal de la contienda (*iudex ne eat ultra petita partium, iudex ne procedat ex officio, iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet*); 12. Participación del elemento popular en la justicia penal (asamblea de hombres libres, jurado, escabinado), y 13. Inapelabilidad de la sentencia. Por lo contrario, son datos que dibujan el régimen inquisitivo puro: 1. Concentración de las tres funciones mencionadas en una sola persona (proceso unilateral de un juez con actividad multiforme); 2. Secreto; 3. No existe contradicción por parte del inculcado (fuertes restricciones de la defensa); 4. Preferencia de la prisión preventiva sobre la libertad provisional; 5. Escritura; 6. Jueces permanentes e irrecusables y exclusión de la justicia popular; 7. Valoración tasada de la prueba; 8. Frecuente aplicación del tormento, en función del alto valor asignado a la confesión; 9. Apelabilidad de la sentencia, y 10. Amplísimos poderes de actuación del juez (con los señalados límites de apelabilidad de la sentencia y prueba tasada). Cfr. *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., t. II, pp. 218-220. Cfr., asimismo, Enrique JIMÉNEZ ASENJO, *Derecho Procesal Penal*. Ed. "Revista de Derecho Privado", Madrid, vol. I, pp. 81 y ss. Este autor considera que "acaso la verdadera nota distintiva sustancial entre ambos (sistemas procesales), sea la consideración en que la persona inculpada entra en el proceso; si como sujeto del mismo u objeto, en cuyo caso el proceso de inquisición se daría pura y simplemente". *Idem*, p. 84. Carlos José Antón MITTERMAIER opina que la diferencia esencial que separa, una de otra, a las formas de enjuiciamiento, "consiste más bien en la dirección general, en el carácter de los diversos actos que las constituyen, según que han tomado por punto de partida la acusación o la inquisición". *Tratado de la prueba en materia criminal*, Ed. Reus, 9ª edición, Madrid, 1959, p. 42.

<sup>5</sup> Lo que caracteriza al principio inquisitivo "es el acrecentamiento de las facultades del juez en lo que se refiere a la dirección del proceso, a la selección del material probatorio ofrecido por las partes, a la investigación de los hechos materia de la controversia, a la libre valorización de las pruebas, todo lo cual se traduce en la preponderancia de otros principios secundarios, tales como la concentración, la inmediación, la oralidad y publicidad...", Héctor FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 1964, p. 30. Recuérdese que en las Instrucciones de Torquemada se previno: "se debe dejar todo (en lo no previsto en las Ordenanzas) al albedrío y discreción de los Inquisidores para que conformándose con el Derecho en lo que aquí no se pudo dar forma, hagan según sus conciencias como vieren que cumple al servicio de Dios y de sus altezas". Cit. Eduardo PALLARES, *El procedimiento inquisitorial*, Imprenta Universitaria, México, 1951, p. 78. El profesor Pallares sintetiza las características principales del enjuiciamiento ante el Tribunal del Santo Oficio, y entre ellas descuelan la posibilidad de iniciación oficiosa del procedimiento y las facultades soberanas del Tribunal en la ordenación del mismo. *Idem*, pp. 16-17.

alguno, más allá del planteamiento del litigio que se somete a su conocimiento.<sup>6</sup> La dinámica actividad judicial es característica del procedimiento penal, y acusadamente del especial para menores infractores, lo cual no implica, en modo alguno, que sea desconocida en el ámbito civil,<sup>7</sup> donde resulta un tanto extraña dada la hegemonía en esta área de la decantada "verdad formal", en contraste con la "material" o "histórica", que se suele conectar, con sobra de optimismo y buena voluntad, al procedimiento penal.

Ausente todavía el acuerdo final en torno a los sistemas que pudiéramos llamar puros, resulta difícil obtenerlo ante el resultante del hibridismo entre ambos, mestizaje que viene señalado por su mismo nombre: régimen mixto. Hay quien piensa que éste surge cuando aparece la figura del Ministerio Público y desplaza al acusador popular o particular del acusatorio;<sup>8</sup> mayoritariamente se indica que el mixto brota de la partición del procedimiento en dos grandes periodos: la instrucción, que recoge las notas del sistema inquisitivo continental europeo (especialmente francés), y el plenario, que recibe los elementos del régimen acusatorio importados desde su bastión seguro, Inglaterra. Hay aquí, entonces, un problema cuantitativo y cualitativo de compleja solución.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Cfr., supra, núms. 2 y 4.

<sup>7</sup> Refiriéndose a la Ordenanza procesal civil alemana, James GOLDSCHMIDT señala que "el principio de investigación puro rige en el procedimiento sobre interdicción y declaración de muerte, así como (en cierta medida) en litigios referentes al matrimonio y estado familiar", *Derecho Procesal Civil*, trad. L. PRIETO CASTRO, Ed. Labor, Madrid, 1936, p. 83. Cfr., asimismo, ALCALÁ-ZAMORA, *El papel del juez en la dirección del proceso civil mexicano*, en "Comunicaciones mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado", UNAM, Instituto de Derecho Comparado, México, 1962.

<sup>8</sup> El sistema mixto no sería, pues, simple combinación de los otros dos, sino gozaría de original sustancia; la nota propia y diferencial, en la especie, consistiría en que la acusación se halla reservada a un órgano del Estado, el Ministerio Público. Cfr. Javier PIÑA Y PALACIOS, *Derecho Procesal Penal, Apuntes para un texto y notas sobre amparo penal*, México, 1948, pp. 51-52. En igual sentido, adhiriéndose al punto de vista de Piña y Palacios, Manuel RIVERA SILVA, *El procedimiento penal*, Ed. Porrúa, 3ª edición, México, 1963, p. 165.

<sup>9</sup> En este sentido, cfr. ALCALÁ-ZAMORA y LEVENE, *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., t. II, p. 221. Aceptando la tesis general, Rafael DE PINA observa que el sistema mixto "ofrece particulares caracteres en los diversos países que lo adoptaron, sin perjuicio del sentido general que los distingue", *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Reus, Madrid, 1934, pp. 18-19. Ahora bien, según E. Raúl ZAFFARONI no basta con decir que en el sistema mixto el sumario es fundamentalmente inquisitivo al paso que el plenario es predominantemente acusatorio, porque, ¿hasta qué punto se presenta, en cada caso, dicha preeminencia? "Afirmamos, en consecuencia, que no es posible definir las características del sistema mixto, dado que no hay un sistema mixto, sino tantos sistemas cuantos códigos lo adoptan. Más aún, nos atrevemos a afirmar que los sistemas inquisitivo y acusatorio, en la realidad, no existen, sino que son abstracciones. Aun históricamente su existencia es dudosa. Todos los sistemas que se han dado en tiempo y espacio se puede afirmar que han sido sistemas mixtos y no formas puras. El acusatorio puro jamás se ha dado, y en cuanto al inquisitivo, es imposible o sumamente difícil hallarle en forma pura", *Reflexiones sobre la prueba en el proceso penal*, "Derecho Penal Contemporáneo", 1965, núm. 2, p. 58.

Otros aspectos de la cuestión nos importa repasar ahora, en este esbozo introductorio al enjuiciamiento de menores infractores, en el que juegan y chocan de continuo las notas inquisitiva y acusatoria, por más que aquéllas predominen definitivamente en el procedimiento mexicano y en forma más discreta en el de otros países de América Latina. Se suele indicar, acaso con inconfesado o inconsciente propósito de rescatar al inquisitivo del descrédito popular (y a veces, sin razón suficiente, jurídico) en que ha caído, que aquél protege de mejor manera los intereses sociales, en tanto que el acusatorio tutela de preferencia los individuales,<sup>10</sup> cosa indudablemente cierta en tanto no se confundan los intereses sociales con los empeños tiránicos u opresivos, pues en este último caso resultaría verdadera otra proposición, informada históricamente: el régimen acusatorio es propio del liberalismo, mientras el inquisitivo lo es del totalitarismo.<sup>11</sup>

Por otra parte, cabe abrigar razonable duda acerca de la existencia real, en un lugar y en una época determinados, cualesquiera que éstos sean, de los sistemas puros; jamás han existido, se apunta, ni inquisitivo ni acusatorio que reúnan todas y cada una de las notas que típicamente los configuran, con absoluto rechazo de las de signo contrario.<sup>12</sup> No

<sup>10</sup> "Los intereses de la colectividad se encuentran defendidos en grado extremo por el sistema inquisitivo, en tanto que los intereses individuales lo están con el sistema acusatorio", ZAFFARONI, *Reflexiones sobre la prueba en el proceso penal*, en rev. cit., p. 58.

<sup>11</sup> Escribe Alfredo ETCHEBERRY que el sistema acusatorio "es propio de los regímenes liberales, celosos del principio de la separación de los poderes públicos y de los derechos del ciudadano, que por poderoso que sea, siempre es más débil que el Estado, dotado del tremendo atributo de la fuerza"; en cambio, el régimen inquisitivo "es propio de los regímenes tiránicos, absolutistas o totalitarios...", en que el interés social prevalece por sobre todo, y en que la administración de justicia no es sino un arma más al servicio de los fines de la autoridad política", *Exposición crítica del sistema procesal penal chileno*, "Revista de Ciencias Penales", t. xxiv, 1965, núm. 1, p. 80. Cuando el gobierno es autoritario y no existen formas procesales, ley ni garantías, "estamos precisamente en el inquisitivo puro, pero sucede que entonces no hay más proceso, sino, cualquiera que sea el nombre que quiera dársele, una mera acción de policía política", ZAFFARONI, *Reflexiones sobre la prueba en el proceso penal*, en rev. cit., p. 59. Ahora bien, MITTERMAIER enseña que resulta erróneo suponer que la inquisición "es esencialmente peligrosa para la libertad y la inocencia; porque las recriminaciones que con razón han podido hacerse a los abusos, a las consecuencias ilegítimas del principio, no podrían dirigirse contra el principio mismo en el caso en que éste se aplicase con sinceridad e inteligencia", *Tratado de la prueba en materia criminal*, ob. cit., pp. 43-44. En el Derecho soviético existen elementos tomados de ambos sistemas: "al sistema acusatorio recuerda el principio de la igualdad del reo y del acusador ante el juzgado, pero al sistema inquisitorio corresponde la activa dirección por parte de los jueces soviéticos, que no se contentan con escuchar cómo el reo y el acusador interrogan a los testigos, sino que interrogan personalmente; y que pueden mandar traer pruebas, no ofrecidas por las partes", Guillermo Floris MARGADANT S., *El procedimiento penal soviético*, Themis, 1967, núm. 1, p. 31.

<sup>12</sup> Cfr. la opinión de Zaffaroni transcrita supra, nota 9. Por su parte, FIX ZAMUDIO señala que no existe proceso inquisitivo típico, sin notas de dispositividad, sino sólo preponderancia de la inquisitividad sobre ésta. Cfr. *El juicio de amparo*, ob. cit., pp. 30-31. El mismo autor puntualiza que la falta de un proceso dispositivo típico obedece a las exigencias que en este campo introducen la índole pública de la fun-

hay, pues, cabal pureza en los sistemas —salvo en el ámbito de la elaboración doctrinal—, sino sólo mayor o menor proximidad de los efectivamente dados a los inalcanzables arquetipos. Nuevamente se plantea, así, el áspero problema de calidad y cantidad.

Además, conviene tomar en cuenta que en los países donde tradicionalmente ha regido el sistema acusatorio, como Inglaterra y los Estados Unidos, no han dejado de presentarse, en el pasado o en los días presentes, manifestaciones notables de inquisitividad.<sup>13</sup> Y en estos mismos países se ha puesto en tela de juicio la tan traída y llevada ventaja que para el individuo deriva del régimen acusatorio.<sup>14</sup>

ción jurisdiccional y la moderna socialización del Derecho, que ha alcanzado al procesal. Cfr. *idem*, pp. 20-21. Según Julio ACERO, los sistemas procesales que venimos examinando “no corresponden quizá a ningún periodo determinado en toda su extensión y estricta pureza. Son más bien esquemas contruidos con los caracteres dominantes o extremos que en la práctica se han ido sucediendo, mezclando o combinando en proporciones y aspectos variadísimos”, *Procedimiento penal*. Ed. Cajica, 5ª edición, Puebla, Pue., 1961, p. 48.

<sup>13</sup> Por lo que hace a Inglaterra, se ha de recordar el inquisitorialismo ante la Star Chamber. En el procedimiento penal isabelino (1558-1603) el acusado solía estar en prisión hasta el juicio, sin que pudiese preparar su defensa; no se le informaba sobre las pruebas de cargo y carecía de abogado; no existía obligación de carearlo con los testigos que deponían en su contra ni se requería que se produjesen los originales de los documentos a través de los que se le inculpaba; las confesiones rendidas por los cómplices poseían amplio valor probatorio; el acusado no podía obtener la presentación de testigos de descargo, y si éstos comparecían, no estaban en el deber de prestar juramento. Cfr. O. W. MUELLER, *La nueva administración de la justicia penal en los EE.UU. y las Reglas de procedimiento criminal de Puerto Rico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, pp. 16-17. En los Estados Unidos subsiste, como resto de inquisitividad, el periodo procesal ante el gran jurado, cuyo procedimiento es secreto. El acusado no tiene derecho de comparecer ante este jurado, salvo que renuncie a la facultad de no inculparse y consienta en prestar declaración. Tampoco posee el inculpado ningún control de importancia sobre la composición del gran jurado o la forma en que éste maneja sus asuntos. Cfr. MUELLER, *idem*, pp. 39-40. El secreto que prevalece en esta fase del procedimiento criminal se ha apoyado en la necesidad de que, en bien de la justicia, los testigos comparezcan ante el gran jurado sin temor a recriminaciones, publicidad o responsabilidad. Cfr. John CAREY, *Les critères minimum de la justice criminelle aux États-Unis*. “Revue Internationale de Droit Pénal”, 1966, 1-2, pp. 85-86. Obviamente, esta explicación no satisface, pues resulta claro que con semejante fundamento podría defenderse la necesidad de secreto en el curso total del procedimiento.

<sup>14</sup> En efecto, “el principio de que acusador y acusado son dos partes opuestas iguales y que la Corte meramente funciona como árbitro entre ellas, combinado con el candor norteamericano de proteger los frutos de la iniciativa propia —supuestamente todos orientados en favor del acusado—, ha traído la más peculiar desventaja para el acusado”, MUELLER, *La nueva administración de la justicia penal en los EE.UU. y las reglas de procedimiento criminal de Puerto Rico*, ob. cit., p. 36. Por lo demás, existe cierta tendencia a penetrar la fase instructora del procedimiento de elementos acusatorios, particularmente a través de la mayor ingerencia de la defensa en tal periodo. Tal acontece en los términos del Código francés de procedimiento penal, de 1958, si bien en la práctica ocurre que no siempre el defensor tiene interés en utilizar la posibilidad de contradicción que se le ofrece. Cfr. Jean et Anne Marie LARGUIER, *La protection des droits de l'homme dans le procès pénal*, “Revue Internationale de Droit Pénal”, 1966, 1-2, p. 105. En el nuevo código se ha procurado conciliar, mejor que en el de instrucción criminal de 1808, el respeto a la libertad individual y las necesidades de la represión. Aquí, las tendencias han sido

Como nos interesa más, en función del tema central de este estudio, tomar cuenta de las características del sistema inquisitivo, no dejaremos de señalar la tarea en extremo compleja —pero de hecho no imposible— que se confía al juzgador bajo este régimen: ser a un tiempo el tercero imparcial que se pronuncia sobre el conflicto y asumir, simultáneamente a esta atribución, los cometidos de acusar y de defender al justiciable.<sup>15</sup> Semejante desdoblamiento de personalidad es fácilmente factible en el plano ideal; en el real no es impracticable, insistimos, pero tampoco resulta fácil. De ahí, entonces, que el juez del inquisitivo deba poseer cualidades personales, en el doble campo de la ciencia y de la experiencia, que no son tan urgentes al juzgador contemplativo del acusatorio.

## 2. Régimen del Derecho Procesal Penal mexicano

Hemos dicho que la falta de un perfil definitivo, elaborado por la doctrina, acerca de las notas distintivas de los diversos sistemas procesales, se traduce, en ocasiones, en distinta calificación frente a un mismo enjuiciamiento. Tal cosa ha ocurrido, en cierta medida, por lo que hace al sistema procesal penal mexicano.<sup>16</sup> De éste no se ha dicho, hasta donde sabemos, que sea inquisitivo, pero sí se ha afirmado, enfáticamente, que es acusatorio, y ello más bien en vista de los principios procesales constitucionales que del régimen secundario y de la práctica forense.<sup>17</sup> Con mayor frecuencia, empero, se ha señalado que

variadas, alternas, en constante flujo y reflujo. Cfr. Jean LARGUIER, *La procédure pénale*, Presses Universitaires de France, Paris, 1963, p. 11. En Italia, la reforma de 1955 liberalizó las normas del texto original de 1930, bajo cuyo imperio el material reunido durante la instrucción, "sin aportación ni control alguno por parte de la defensa, asumía demasiado frecuentemente los caracteres de una prueba fundamental, indiscutible e irreversible", Luigi TRAPANI, *La protection des droits de l'accusé dans le procès pénal*, en rev. cit., p. 200.

<sup>15</sup> Por una parte, el proceso inquisitivo "ha colocado al juez ante una tarea psicológica imposible, francamente sobrehumana, y, por la otra, le ha negado al acusado toda posibilidad de influir en forma autónoma y apreciable sobre el desarrollo del proceso y en la obtención del material probatorio", Eberhard SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, trad. José Manuel NÚÑEZ, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 66. Para ilustrar el primer aserto, SCHMIDT cita a Zacharias, quien dice: "Es algo absurdo exigir al inquiriente estar ya de un lado, ya del otro, y con ambas armas luchar contra sí mismo, pero al mismo tiempo también, dirigir la disputa como árbitro", ob. cit., p. 66, nota 88.

<sup>16</sup> "En realidad, la gran diversidad doctrinal sobre esta materia impide una calificación segura y unánime acerca del carácter del procedimiento penal mexicano", Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Características del enjuiciamiento penal militar mexicano*, "Criminalia", año XXXII, 1966, núm. 11, p. 672, nota 22.

<sup>17</sup> En este sentido se pronuncia Carlos FRANCO SODI, quien niega la naturaleza mixta del procedimiento en general y acepta la inquisitiva del ceñido a la averiguación previa, mas señalando también que en este periodo no existe aún proceso penal judicial. También existiría inquisitividad en los casos en que el juez desarrolla averiguación en auxilio del Ministerio Público, conforme al artículo 4º del Código de

nuestro régimen es mixto; quienes sustentan esta última opinión parten de diversos argumentos: ora del hecho de haberse entregado la acusación al Ministerio Público, ora de la circunstancia de que en el periodo instructorio predomina la inquisitividad, en tanto que la acusatoriedad priva en el de juicio.<sup>18</sup>

Para resolver esta cuestión es preciso volver la mirada a las notas que líneas arriba hemos expuesto: en efecto, si basta con la noción de "formas fundamentalmente acusatorias" en el sentido de separación

Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales (Cppdf). Sin embargo, esta última prescripción carece de apoyo constitucional. Cfr. *El procedimiento penal mexicano*, Ed. Porrúa, 4ª edición, México, 1957, pp. 114-115. También Eduardo PALLARES considera que el proceso penal en México es acusatorio. Cfr. *Prontuario de procedimientos penales*. Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 1961, p. 10. En la Exposición de Motivos del proyecto de Código Procesal penal de 1963 (tipo), se apuntó que el artículo 21 constitucional "afirma la tónica acusatoria de nuestro sistema de enjuiciamiento", y por ello se suprimió "la facultad que los ordenamientos anteriores concedían ampliamente al órgano jurisdiccional para allegarse a su arbitrio elementos probatorios, restituyéndole así, la dignidad de ser, exclusivamente, órgano de decisión", "Revista Mexicana de Derecho Penal", 1963, núm. 29, p. 16. A nuestro entender, este último criterio resulta inconsecuente con los fines del proceso penal. La simpatía del Constituyente de 1916-1917 hacia el acusatorio fue evidente. En el dictamen sobre el proyecto de artículo 20, presentado en la sesión de 4 de enero de 1917 (por la tarde), se puso énfasis en la reforma que este precepto introduciría en el enjuiciamiento mexicano, del que quedaban descartados el secreto y los obstáculos para la defensa. Entre otras cosas, se dijo: "El artículo establece la publicidad para todas las diligencias de un proceso; autoriza al acusado para presenciarlas, con asistencia de su defensor, si así le conviene, y obliga a los jueces a recibir todas las pruebas y a facilitar todos los datos que necesite el acusado", *Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, México, 1960, t. II, p. 88. En la Exposición de Motivos del Código Federal de Procedimientos Penales se sostuvo haber tomado como base para la redacción del mismo el sistema acusatorio y no el inquisitivo, matizado aquél, sin embargo, porque es imposible suprimir por completo la inquisitividad, tanto debido a preceptos constitucionales que atenúan el acusatorio como en virtud de que éste, llevado al extremo, sería perjudicial para la organización de los tribunales.

<sup>18</sup> Con base en las ideas sustentadas por Javier Piña y Palacios, la primera postura es la asumida por RIVERA SILVA. Cfr. *El procedimiento penal mexicano*, ob. cit., p. 167. El mismo autor difiere de los sostenedores del carácter acusatorio del procedimiento mexicano: esta tesis "se encuentra totalmente desvirtuada por el hecho de que nuestra ley permite al juez cierta inquisición en el proceso, lo cual riñe, de manera absoluta, con el simple decidir que lo caracteriza en el sistema acusatorio", *Ibidem*. Aparentemente, Guillermo COLÍN SÁNCHEZ se inclina por el de carácter mixto, si bien que no comparte los fundamentos de la opinión de Rivera Silva. Cfr. *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 1964, t. I, p. 86. ALCALÁ-ZAMORA observa que "media notoria divergencia entre las bases constitucionales, que se orientan hacia el sistema mixto, con tendencia al acusatorio, y su desenvolvimiento en el C.P.P., donde se han acentuado los rasgos inquisitivos. Es, por tanto, inexacto que el proceso penal refleje en él el sistema acusatorio. No sólo no lo es, sino que dentro de los muchos códigos que en el mundo se inspiran en el sistema mixto, es de aquellos con mayor predominio inquisitivo: el desequilibrio manifiesto entre la posición del Ministerio Público y la del inculcado durante la instrucción, la valoración tasada de la prueba, la refundición de las tareas de instructor y de sentenciador, la amplitud conferida a la escritura, la existencia de apelación y la práctica desaparición del jurado, son rasgos que no se compaginan con la supuesta caracterización acusatoria", *Síntesis del Derecho procesal*, "Panorama del Derecho mexicano", UNAM, 1ª edición, México, 1966, p. 230.

entre las funciones de la acusación, la defensa y la resolución, el enjuiciamiento mexicano es, lisa y llanamente, acusatorio,<sup>19</sup> con la salvedad del relativo a menores infractores, en el que, por concentrarse en el juzgador estas funciones procesales, conforme en su hora veremos, el régimen instaurado es el inquisitivo. Pero si se indaga en el conjunto de las notas, múltiples como son, que componen los diversos sistemas en plenitud y en máxima pureza, evidentemente el mexicano dista mucho de ser acusatorio y, en todo caso, resulta ser mixto. Y por lo que hace a esta mixtura cabría señalar, con los diversos autores, mayor o menor predominio de los elementos inquisitivo o acusatorio.

A nuestro juicio, el procedimiento mexicano ofrece las notas del mixto y apunta, en sus normas supremas, hacia el acusatorio. Para llegar a semejante conclusión no sólo nos hemos atendido a la diferenciación nítida entre quien juzga, quien acusa y quien defiende, sino también a las formas secundarias. Creemos que buena parte de la discrepancia de opiniones que priva en este terreno obedece a la torpe redacción del primer párrafo del artículo 20 constitucional, en el que se habla, con error, de las garantías (*rectius*, derechos públicos subjetivos) que el acusado tendrá en todo juicio del orden criminal. Ahora bien, una lectura atenta de las diversas fracciones que componen este artículo permite arribar a la certeza de que ni se trata del "acusado", en sentido técnico,<sup>20</sup> ni viene a cuentas el verdadero juicio criminal, que se desencadena (entendido el juicio como proceso y no como sentencia) al quedar la causa radicada ante un determinado juzgador.<sup>21</sup> En realidad,

<sup>19</sup> Se trata de un sistema "fundamentalmente acusatorio". Cfr. nuestro trabajo *Características del enjuiciamiento penal militar mexicano*, en rev. cit., p. 672, nota 22.

<sup>20</sup> Decimos en sentido técnico, porque acusado no puede ser otro que aquél contra quien se ha formulado acusación, cosa que en Derecho mexicano acontece a través de las conclusiones formuladas por el Ministerio Público en el periodo intermedio o preparatorio a juicio. Empero, también se suele hablar de acusado como sinónimo del sujeto contra el que se dirige el procedimiento, en otras fases de éste. La calificación del individuo varía a lo largo del procedimiento. Cfr. Raúl GOLDSTEIN, *Diccionario de Derecho Penal*, Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1962, p. 27 (voz "Acusado"); Juan José GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *Principios de Derecho Procesal Penal mexicano*, Ed. Porrúa, 3ª edición, México, 1959, p. 245; COLÍN SÁNCHEZ, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, ob. cit., t. I, pp. 167-168, nota 99.

<sup>21</sup> Es ésta, como ocurre con el sector mayoritario de la doctrina mexicana, nuestra opinión en cuanto al momento en que se inicia el proceso. La opinión de RIVERA SILVA es diversa: "nosotros, siguiendo un criterio completamente jurídico y apoyados en la hermenéutica de nuestras leyes, fijamos como iniciación del proceso el auto de formal prisión, y como límite extremo la sentencia ejecutoriada", *El procedimiento penal*, ob. cit., p. 161. Este punto de vista ha encontrado eco en la jurisprudencia. Cfr. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *Principios de Derecho Procesal Penal mexicano*, ob. cit., p. 141. En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en cuanto al plazo para la conclusión del proceso, que se hace arrancar del auto de formal prisión; así, cfr. tesis 228 y 231, *Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los fallos pronunciados en los años de 1917 a 1965*, Segunda parte, primera sala, México, Imp. Murguía, 1965, pp. 468 y 470.

de lo que se habla es de inculpado o imputado<sup>22</sup> y de procedimiento penal, genéricamente; cabe sostener esto en virtud de que, según es obvio, la garantía contra la autoincriminación y la incomunicación no se contrae al procedimiento judicial, sino, además, al administrativo prejurisdiccional, cosa que se deduce del liberal espíritu de nuestra Ley Suprema; empero, con mayor fuerza se apoya nuestra tesis a la luz de la parte final de la fracción IX, que faculta al acusado para "nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido" y le otorga derecho a que el defensor "se halle presente en todos los actos del juicio". Ahora bien, es preciso no perder de vista que la aprehensión se puede producir (y con frecuencia se produce) antes de la apertura del procedimiento jurisdiccional, posibilidad contemplada en los artículos 16, particularmente en las hipótesis de urgencia, en que el indiciado queda de inmediato a disposición de la autoridad administrativa, y 107, fracción XVIII, norma que en una de sus perspectivas se conecta también con esta detención administrativa, diversa de la judicial.<sup>23</sup>

Si el acusado tiene derecho a nombrar defensor desde el momento en que es aprehendido, es claro que aún no hay tal acusado, pues no

<sup>22</sup> Hace tiempo, la Suprema Corte resolvió: "Para los efectos del artículo 20 de la Constitución, debe entenderse por 'acusado' a quien, habiendo sido aprehendido, queda o debe quedar sujeto a un procedimiento penal; por lo que el indiciado en una averiguación de esa índole, no goza, en tanto no se le captura, de las garantías que otorga dicho precepto", Amp. en Rev. 2926-30-23, Filemón Melo, Cfr. *Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su presidente el Sr. Lic. D. Julio García, al terminar el año de 1932*, Imp. Murguía, México, 1932, p. 103. La denominación de inculpado o imputado, para designar al individuo sujeto a un procedimiento penal mientras éste se desarrolla, ha hecho fortuna en algún proyecto. Así, en el de Código procesal penal (tipo) de 1963. Cfr. *Exposición de Motivos*, en rev. cit., p. 14. Acerca de la llamada "parte acusada", Miguel FENECH expresa: "Hemos preferido designarle en todo caso con el apelativo de imputado como la más adecuada (no obstante que en la Ley de Enjto. Crim. española se prefiere hablar de procesado), por cuanto que es el participio sustantivado del verbo imputar, que significa atribuir a otro una culpa, delito o acción, prefiriéndolo a inculpado, usado por nosotros mismos en otros trabajos, porque si bien el verbo inculpar significa acusar a uno de una cosa, su derivado, inculpado, significa lo contrario, y sirve para designar a la persona inocente o sin culpa", *Derecho procesal penal*, Ed. Labor, S. A., 3ª edición, vol. primero, Barcelona, 1960, p. 335. La misma terminología utiliza FENECH en *El proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1956, pp. 79 y ss. (núms 63 y ss.). DE PINA prefiere la voz imputado. Cfr. *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 1965, p. 157 ("Imputado"). En cambio, ALCALÁ-ZAMORA opta por hablar de "inculpado, como denominador que, a falta de otro más preciso, designe al sujeto pasivo del proceso penal a todo lo largo del mismo", *Síntesis del Derecho procesal*, "Panorama del Derecho mexicano", ob. cit., p. 204.

<sup>23</sup> En otro lugar hemos indicado que "la detención se presenta en tres hipótesis (que configuran otras tantas especies), diferenciables en orden a los efectos que producen y a la persona que priva de libertad al presunto delincuente: a) detención por cualquier individuo, en caso de delito flagrante; b) detención por autoridad administrativa, justificada por la urgencia, y c) detención por orden de la autoridad jurisdiccional (orden de aprehensión)". Cfr. *El artículo 18 constitucional*, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1ª edición, México, 1967, pp. 20-21.

se ha llegado a la fase de conclusiones, sino un simple indiciado o, en designación de mayor latitud, un inculpado o imputado; y si se permite al mismo individuo contar con la presencia del defensor así nombrado en todos los actos del juicio, también resulta patente, a nuestro modo de ver, que donde dice juicio se ha de entender procedimiento, procesal o preprocesal, pues el detenido en la hipótesis de urgencia, verbigracia, o aun en la de flagrancia, cuando ha quedado a disposición del Ministerio Público o de la policía, se encuentra sujeto a actos procedimentales, sí, pero en modo alguno judiciales. Otro es el caso, ciertamente, cuando la averiguación previa se desarrolla sin detenido; en este supuesto, la Constitución no otorga derecho de asistencia por letrado. A esta interpretación no obstan, dada la jerarquía máxima del precepto correspondiente, ni alguna equivocada norma secundaria,<sup>24</sup> ni mucho menos el criterio del Ministerio Público, tan tozudo como inconstitucional, de rehusarse a aceptar la intervención del defensor durante la averiguación previa.

Todo lo anterior concierne al procedimiento preprocesal; en el procesal, los derechos de defensa, la posibilidad de contradictorio, la reunión de probanzas con activa intervención del inculpado y de su defensor, la publicidad, se acentúan notoriamente.<sup>25</sup> Y tal sucede no sólo en el periodo de plenario, sino desde el instructorio, por más que no

<sup>24</sup> Nos referimos al artículo 270 del Cppdf, que estatuye: "Antes de trasladar al presunto reo a la cárcel preventiva, se le tomarán sus generales y se le identificará debidamente, haciéndole saber el derecho que tiene para nombrar defensor. Éste podrá, previa la protesta otorgada ante los funcionarios del Ministerio Público o de la policía que intervengan, entregar al desempeño de su cometido." De aquí se deduce que la designación de defensor y la intervención de éste sólo tienen lugar antes de trasladar al presunto reo a la cárcel preventiva, lo cual acontece, por supuesto, cuando ha concluido la averiguación previa y se procede a consignar al sujeto ante el juez, ejercitando la acción penal. Otro es el sentido del artículo 20 de la Constitución, que terminantemente expresa: "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido..."

<sup>25</sup> Baste con citar algunos ejemplos, todos ellos relativos al periodo de instrucción: en el Cppdf, artículos 287 a 296 y 314 a 316, en el Cfpp, artículos 142, 150 y 153 a 156. Uno de los actos procesales más importantes de la instrucción, la declaración preparatoria, es pública, según prevención constitucional expresa (artículo 20, fracción III), que también alcanza la información acerca de los cargos y la identificación del denunciante o del querellante, en su caso. Es lógico que se permita —o aun ordene, pues en Derecho mexicano es obligatoria y no solamente facultativa la presencia del defensor— que el inculpado cuente con asistencia jurídica antes de que se proceda a la declaración preparatoria, ya que, de otra suerte, malamente cabría dispensar a la defensa, con motivo de aquélla, la participación que al respecto acuerdan los Códigos procesales distrital y federal; sin embargo, aquel ordenamiento es inconsecuente al prever la designación del defensor de oficio después de la indagatoria: artículo 294. Sobre el particular, estimamos que la equívoca redacción de la fracción IX del artículo 20 constitucional ("Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio") debe ser interpretada liberalmente, en el sentido conducente a una mejor defensa. Por otra parte, la interpretación contraria da lugar a enojosa discriminación entre quien cuenta con defensor particular y quien se acoge a la defensa de oficio.

podamos ignorar que el valor probatorio pleno concedido a las diligencias de este género llevadas a cabo ante el Ministerio Público ensombrece de modo considerable la tónica general del enjuiciamiento mexicano<sup>26</sup> y crea severos peligros, especialmente por lo que respecta a la prueba confesional, que algunos ordenamientos nacionales continúan rodeando de reverencia que, ciertamente, no merece y hace mucho tiempo perdió.<sup>27</sup> Bien lejos está el procedimiento mexicano de las prescripciones de otros códigos, típicamente mixtos, que previenen el secreto absoluto de la instrucción.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> ZAFFARONI se pronuncia por el predominio de los rasgos inquisitivos en la primera etapa del procedimiento penal mexicano, trayendo a cuentas, como argumento suficiente, la prevención del artículo 286 del Cppdf: "Las diligencias practicadas por el Ministerio Público y por la Policía Judicial tendrán valor probatorio pleno, siempre que se ajusten a las reglas relativas de este Código." El autor comenta que "disposiciones (como las) del artículo 286 constituyen una inconsecuencia dentro del ordenamiento jurídico mexicano", *Reflexiones sobre la prueba en el proceso penal*, en rev. cit., p. 60.

<sup>27</sup> Con acierto opina COLÍN SÁNCHEZ que "la importancia que la Legislación y la Jurisprudencia otorgan a la confesión, es inadmisibles; la práctica ha demostrado hasta la saciedad los errores incansables a que conduce. Todo el mundo reconoce que, en razón de la primacía concedida desde antaño a esta prueba, la investigación policiaca de los delitos se reduce al empleo de todo tipo de tormento para obtenerla; de esta manera, si alguien ha confesado, proclaman a los cuatro vientos su gran éxito en la investigación", *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 1967, t. II, p. 65. Sería muy provechoso que el Derecho mexicano aprovechara la lección del estadounidense, donde a través de la interpretación jurisprudencial de la enmienda XIV se han ampliado considerablemente los derechos de defensa (derecho a no autoincriminarse y a contar con asistencia de letrado desde el momento en que se detiene al individuo en las oficinas de la policía) en el primer periodo del procedimiento estatal, con lo cual se reduce o elimina la posibilidad de que la autoridad administrativa obtenga confesiones mediante la intimidación o la violencia. Así, en *Escobedo v. Illinois* (1964). Cfr. al respecto MUELLER, *La nueva administración de la justicia penal en los EE.UU. y las Reglas del procedimiento criminal de Puerto Rico*, ob. cit., p. 59. Por lo demás, la regla de exclusión, que niega valor a las pruebas obtenidas ilegalmente, hace inútiles ciertas tradicionales prácticas policiacas. Por otra parte, entendemos que el narcoanálisis y el detector de mentiras deben quedar excluidos de la confesión, dado que privan a ésta de la espontaneidad que debe revestir, y ello aun cuando el uso de estos métodos de indagación sea aceptado por el indiciado. Acerca de los diversos criterios existentes en cuanto a la aplicación del narcoanálisis, cfr. Hernando GRISANTI AVELEDO, *El narcoanálisis en el proceso penal*, "Relación Criminológica", año I, 1968, núm. 1, p. 111. Por lo que hace al detector de mentiras, Luis RODRÍGUEZ MANZANERA justifica así su empleo: "La prueba de polígrafo usada para lograr una confesión por lógica es igual a las huellas digitales del sospechoso en el arma homicida, un argumento en su contra que se muestra para que conozca su situación y pedirle que la explique, conduciéndose con verdad; pero si se usan para coaccionar, o como pretexto de violencia, lo reprochable son los métodos, y no el polígrafo o la dactiloscopia, pues lo prohibido constitucionalmente es el hecho de compelir al acusado, no aquello con lo que se compele, pues si así fuera, no podrían usarse otras pruebas en contra del acusado, so pretexto de estarlo 'compeliendo' a declarar en su contra", *El polígrafo (detector de mentiras)*, México, 1965, p. 173.

<sup>28</sup> Piénsese, por ejemplo en la legislación suiza. Bajo el Derecho militar, *l'enquête n'est pas publique*; el Código de Vaud dice: *l'enquête demeure secrète jusqu'à sa cloture définitive*; el de Berna señala: *les actes d'instruction ne sont pas publics et ont lieu sans l'intervention des parties*. Ahora bien, un régimen diverso, pero aún

Sin embargo, en lo visto hasta ahora faltan dos ingredientes principálistas del acusatorio, a saber: la participación del elemento popular en la administración de justicia, que en México no cuenta con el favor de los juristas,<sup>29</sup> y la acción privada, particular y popular. Pero para esta última, resta la puerta abierta en el procedimiento especial sobre responsabilidad penal de altos funcionarios con motivo de delitos oficiales, según en otra oportunidad hemos procurado demostrar, conforme a una interpretación estricta del artículo 11 constitucional en función del régimen establecido en la Ley de Responsabilidades, aun sin incorporar a nuestra tesis los puntos, de subida importancia, en que esta ley pugna con la Constitución.<sup>30</sup>

tímidamente liberal, se comienza a abrir paso en algunos enjuiciamientos cantonales, efectivamente, el Código de St. Gall, de 1954, dispone que el juez instructor debe permitir a las partes y a sus abogados tomar conocimiento del expediente *dès que l'état de la procédure le permet* (artículo 60), y autoriza a aquéllos para asistir a las declaraciones de testigos *lorsque des circonstances particulières le justifient* (artículo 71). Cfr. Jean GRAVEN, *La protection des droits de l'accusé dans le procès pénal en Suisse*, "Revue Internationale de Droit Pénal", 1966, 1.2, p. 264.

<sup>29</sup> La literatura sobre el jurado es copiosísima. Nos limitaremos a apuntar una referencia contraída a la doctrina mexicana. Entre los viejos autores surgió discrepancia de opiniones sobre la bondad del jurado. Ricardo RODRÍGUEZ, partidario de la institución, afirmó: "La idea fundamental que preside a la creación del jurado, como muy bien dice un jurisconsulto de nuestra época, es bella en sí y verdaderamente equitativa. La justicia administrada por la parte inteligente del pueblo y por hombres que no contraen en la costumbre de juzgar, el hábito de la severidad; la justicia administrada con sólo pruebas orales y por jueces que se inspiran en su propia e íntima convicción, y que por los medios de defensa que ella proporciona tiende a beneficiar al acusado, es esto en todo su conjunto una teoría irrefragable y generosa, que en el porvenir está llamada a arraigarse profundamente en la vida jurídica de la humanidad", *El procedimiento penal en México*, Oficina Tip. de la Secretaría de Fomento, México, 1900, p. 419. En cambio, Demetrio SODI pone de manifiesto las graves deficiencias del jurado, a través de un amplio análisis de los argumentos aducidos en pro y en contra de esta jurisdicción. Cfr. *El jurado en México*, Imprenta y Fototipia de la Secretaría de Fomento, México, 1909, pp. 355 y ss. FRANCO SODI indica: "De hecho el Jurado fue eliminado en nuestro medio a partir del año de 1929 y en vista de sus sonados e indiscutibles fracasos. Era un espectáculo, pero no hacia justicia. Si alguna vez se ha entregado ésta al mejor postor, ha sido con el Jurado Popular, en sus últimos años de existencia", *El procedimiento penal mexicano*, ob. cit., pp. 100-101. COLÍN SÁNCHEZ escribe: "De acuerdo con la práctica, el Jurado lo integran una mezcla de sujetos en los que prevalece la ignorancia y la falta de interés en participar en los juicios; de tal manera, que ha sido público y notorio que en su celebración se impongan la audacia y la habilidad con armas esenciales de personas poco escrupulosas y defensores deshonestos, quienes utilizan esos medios para impresionar a los Jurados, arrojando todo esto como consecuencia, absoluciones escandalosas que han originado que este sistema caduque cada día más", *Derecho mexicano de procedimientos penales*, ob. cit., t. 1, p. 141, nota 84. A sugerencia nuestra, el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal acordó, en sesión de 11 de agosto de 1966, recomendar la desaparición del jurado popular, para lo cual se deberán introducir las reformas constitucionales pertinentes. Cfr. "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. XVII, 1965, núm. 17, pp. 295 y 317.

<sup>30</sup> Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *La acción en el proceso penal*, "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. XVII, 1965, núm. 17, pp. 155-158. El Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal aprobó esta conclusión de nuestra ponencia citada: "La acción popular ofrece considerables ventajas para la persecución de delitos

### 3. El Derecho procesal sobre menores infractores

Prescindiremos ahora, para no apartarnos del tema fijado, de cualesquiera consideraciones en torno a la imputabilidad penal (material) de los menores de edad, a la etiología de la delincuencia de menores, a la prevención de la conducta irregular, al incremento y a las nuevas modalidades de los actos antisociales perpetrados por aquéllos; tampoco habremos de detenernos en el análisis de las medidas (materiales, asimismo) que el Derecho prevé en la hipótesis de menores infractores.<sup>31</sup> Nuestro cuidado será analizar, exclusivamente, el aspecto procesal del problema, dentro de más o menos rígidas fronteras; la una, sistemática, nos ceñirá al examen de la cuestión a la luz de los principios inquisitivo y acusatorio, cuya intervención en el procedimiento para menores pro-

perpetrados por funcionarios, frente a los que el Ministerio Público pudiera permanecer temeroso o inactivo. Los arts. 74, fracción V, y 111 Const. no establecen una verdadera y plena acción popular, pero tampoco se detienen en la simple facultad de denuncia. Del análisis de estos textos constitucionales y de la L. Resp. (en la medida en que ésta no vulnera a la Ley Suprema), se desprenden las siguientes conclusiones, que debieran ser aprovechadas en la práctica: 1. El particular puede ser actor en la fase procesal desarrollada en la Cámara de Diputados (instrucción, en amplio sentido); y 2. Pudiera otorgarse al particular, asimismo, la calidad de coadyuvante en la fase procesal (plenario, genéricamente) seguida ante la Cámara de Senadores", rev. cit., p. 313.

<sup>31</sup>Sobre estas cuestiones, cfr. nuestro trabajo *El artículo 18 constitucional*, ob. cit., y la bibliografía allí citada. Acerca del problema de la imputabilidad e imputabilidad de los menores en el Derecho mexicano, cfr. GARCÍA RAMÍREZ, "La imputabilidad en el Derecho penal federal mexicano", UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª edición, México, 1968. Una importante obra colectiva sobre el tema, que abarca los aspectos histórico, penal, orgánico y procesal, es *Le problème de l'enfance délinquante (L'enfant devant la loi et la justice pénales)*, Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, Lib. du Recueil Sirey, Paris, 1947. Cfr. también, la comprensiva obra de Mariano RUIZ FUNES, *Criminalidad de los menores*, cit.; Carlos Alberto de PIERRIS, *Delincuencia juvenil*, Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1963; Francesco MICALIZZI, *Il problema della predizione dell'antisocialità minorile*, "Rassegna di profilassi criminale e psichiatrica", anno 1, 1967, 2, pp. 135 y ss.; VILLALBA-VILLALBA, *Hechos antisociales del menor (Apuntes analíticos)*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1965. Lucien BOVET, *Psychiatric aspects of juvenile delinquency*, WHO, Geneva, 1951; Kate FRIEDLANDER, *Psicoanálisis de la delincuencia juvenil*, trad., A. S. BERNSTEIN, Editorial Paidós, 2ª edición, Buenos Aires, 1956; Óscar C. BLARDUNI, *Delincuencia juvenil. Consideraciones sociológicas y jurídicas*, "Revista Michoacana de Derecho Penal", 1968, núm. 9, pp. 115 y ss.; Feijoo COLOMINE SOLARTE, *La desadaptación social del menor en Venezuela*, "Relación Criminológica", año 1, 1968, núm. 1, pp. 101 y ss.; United Nations, *New forms of juvenile delinquency: their origin, prevention and treatment* (A/CONF. 17/7), UN, New York, 1960; United Nations, *The prevention of juvenile delinquency in selected european countries* (ST/SOA/SD/6), UN, 1955; etcétera. Sobre un punto sustantivo hemos de insistir aquí: la necesidad de que la edad de imputabilidad penal no sea excesivamente temprana; nos adherimos a la recomendación al respecto del XII Congreso Panamericano del Niño (1963, dedicado al tema "La conducta antisocial del menor en América"): "Que el límite de la imputabilidad se establezca sobre la base de un conocimiento real de la minoridad de cada país y con relación a sus exigencias particulares, siendo deseable que el menor de 18 años quede excluido de la legislación penal común", XII Congreso Panamericano del Niño, *Recomendaciones*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1964, p. 64. En su proyecto

curaremos esclarecer; la otra, territorial o geográfica, significará reducción de nuestro estudio al Derecho de América Latina<sup>32</sup> y, dentro de este marco, a cierta porción del Derecho mexicano —cuyo aspecto mosaicado obedece, también aquí, al “extremoso federalismo” del que se resiente el país, en algunos campos—,<sup>33</sup> constituida por lo que pudiéramos denominar, con latitud, derecho específico de menores, en general, o especial de menores infractores, en particular; esto es, ordenamientos que desglosan de los ordinarios (códigos civil, penal, procesal penal, etcétera) la materia concerniente a minoridad.

El tema de la infancia atrae inmediata y sostenida atención, por razones mil, que no es del caso examinar. Y dentro de este tema brota el capítulo de los pequeños infractores, contemplados en niveles declarativos o normativos diversos, que parten, en ocasiones, de la jerarquía

de régimen sobre imputabilidad penal, para el Código tipo para Latinoamérica, la comisión de Argentina estimó “oportuno alertar... respecto de la tendencia, bastante generalizada hoy, a elevar en demasía al referido tope cronológico mínimo de la imputabilidad”, *Derecho penal contemporáneo*, 1965, núm. 10, p. 67. En contra, QUIROZ CUARÓN al decir: “es conveniente tener en cuenta que la elevación del referido tope se impone por razones de política criminal, y en tal sentido se inclina en la actualidad toda la información al respecto proveniente de las disciplinas médico-biológicas y sociales. Además, en Latinoamérica, es conveniente tener en cuenta que esta elevación es aconsejable debido a la general carencia de establecimientos para adultos bien organizados y de regímenes penitenciarios adecuados”, *Observaciones a la ponencia argentina sobre inimputabilidad y reincidencia*, en rev. cit., p. 77. También nos interesa excluir categóricamente de cualquier forma y definición de delincuencia juvenil a los actos de protesta (de suyo no delictivos) de la juventud lúcida e inconforme que se pronuncia contra injustas condiciones de vida prevalencias y sistemas arcaicos e insatisfactorios. Cfr. al respecto ANTONIO BERSTÁIN, *Delincuencia juvenil en España*, “Criminalia”, año xxxiv, 1968, núm. 2, pp. 90-91; y CARLOS TORNERO DÍAZ, *La conducta delictiva como consecuencia de la enajenación humana*, “Criminalia”, año xxxiv, 1968, núm. 7, pp. 422 y ss.

<sup>32</sup> Para el examen de este Derecho, hemos utilizado las leyes que en su oportunidad se mencionarán, conforme a los textos reunidos en la recopilación “Legislación atinente a menores en las Américas” (del Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay): t. I, fasc. 1º (Colombia, Chile, Ecuador, Perú), 1959; t. I, fasc. 2º (Brasil, Venezuela), 1960; t. I, fasc. 3º (Argentina, Bolivia, Paraguay, Uruguay), 1966; t. II, fasc. 1º (Haití, Panamá, República Dominicana), 1965; y t. II, fasc. 2º (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua), 1963.

<sup>33</sup> El federalismo mexicano asume formas mucho más extremas que los de Argentina, Brasil y Venezuela, donde la unificación penal se ha logrado en forma satisfactoria (en Argentina sólo por lo que hace al régimen penal sustantivo, no al adjetivo). La fragmentación penal del país es incongruente, inclusive, con la tendencia hacia la unidad que se advierte en el ámbito continental. Sobre esta última, cfr. EDUARDO NOVOA MONREAL, *Proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica. Antecedentes, plan de trabajo, documentos preparatorios*, “Criminalia”, año xxxi, 1965, núm. 5; del mismo autor, cfr. *La integración jurídica latinoamericana*, “Revista Michoacana de Derecho Penal”, 1968, núm. 9. En México, la censura del federalismo en la materia se ha enderezado desde las perspectivas penal y procesal; por lo que hace a la primera, cfr., particularmente, RAÚL CARRANCA Y TRUJILLO, *Las causas que excluyen la incriminación*, México, 1944, pp. 66-67; en cuanto a la segunda, cfr. NICETO ALCALÁ-ZAMORA, *Unificación de los Códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales*, “Revista de la Facultad de Derecho de México”, t. X, 1960, núms. 37-40, p. 278.

constitucional.<sup>34</sup> Puesto que los menores son inimputables e incapaces de Derecho Penal y, en todo caso, se encuentran exentos del régimen represivo ordinario (con la relativa salvedad del añejo sistema de prueba de discernimiento, cuya consecuencia es condicionar la imputabilidad), ha sido preciso crear para los infractores y sujetos en peligro un Derecho especial, de triple vertiente: orgánica, sustantiva y procesal. Es esta última la que nos interesa, sin que por ello dejemos de señalar que rara vez, si es que acaso alguna, se la encuentra desvinculada de las otras dos; así, las tres aparecen consolidadas en un solo cuerpo legislado, sea el Código del Menor, sea una ley acerca de infractores.<sup>35</sup>

Se ha calificado de tutelar-inquisitivo al enjuiciamiento de menores,<sup>36</sup> y en buena medida lo es: presenta, en efecto, mayoritariamente, las notas del régimen procesal inquisitivo, pero está dominado por preocupaciones técnicas que se conectan con la indagación acerca de la personalidad del justiciable con vistas a procurar su reforma, con mayores y mejores esperanzas que las asociadas a la resocialización de los delinquentes adultos. En esto último, que se divorcia por completo de la idea de pena, radica el designio tutelar. Ahora bien, el carácter inquisitivo de este procedimiento, nítido en el Derecho mexicano, se atenúa en mayor o menor grado en el correspondiente a otros países, particularmente en cuanto se acepta la intervención del acusador y del defensor, creándose así una suerte de enjuiciamiento de formas fundamentales acusatorias.

<sup>34</sup> En cuanto a los instrumentos declarativos internacionales, es indispensable mencionar la Declaración de Ginebra, de 26 de diciembre de 1924, aprobada por la quinta asamblea de la Sociedad de Naciones y obra de Eglantine Jebb. Esta Declaración carece de materia sobre menores infractores, a lo largo de los cinco artículos que la componen, salvo que se la deduzca del II, donde se indica que el niño "extraviado debe ser conducido". Ahora bien, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 20 de noviembre de 1959, a través de la resolución de 1386 (XIV), la Declaración de los Derechos del Niño, que omite lo concerniente a infractores. Cfr. texto de esta última declaración en Carlos GARCÍA BAUER, *Los derechos humanos. Preocupación universal*, Universidad de San Carlos, Guatemala, 1960, pp. 372-376. RUIZ FUNES da cuenta de una declaración formada en Estados Unidos, en 1931, en la que se indicó: "A todo niño en conflicto con la sociedad le asiste el derecho de ser tratado por ella de un modo inteligente, no como un proscrito, sino de manera que el hogar, la escuela, la iglesia, el tribunal de justicia y la institución educativa especial, cuando sea necesario, colaboren en forma adecuada para reincorporarlo a la vida normal en la medida de lo posible", *Criminalidad de los menores*, op. cit., pp. 334-335. En cuanto a textos constitucionales, es ejemplo suficiente el artículo 18 de la mexicana (reformado).

<sup>35</sup> Para un estudio comparativo breve, en líneas generales sobre el Derecho de menores en América Latina, cfr. Rafael SAJÓN y José P. ACHARD, *Situación de la legislación relativa a la minoridad en Latinoamérica*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1965. Estos autores señalan que "la característica principal de la legislación codificada en la materia está constituida fundamentalmente por los siguientes temas: inadaptación social y particularmente situación de menores incurso en hechos tipificados como delictuosos, abandono material y moral de menores", *Idem*, p. 12.

<sup>36</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Síntesis del Derecho procesal*, "Panorama del Derecho mexicano", op. cit., p. 245.

No podríamos seguir adelante sin señalar que este ámbito del procedimiento, singularísimo y atractivo, insuficientemente estudiado por los interesados en la minoridad antisocial (pues las preocupaciones se suelen centrar en torno a etiología y Derecho sustantivo), ofrece o debe ofrecer notas que lo distinguen claramente del procedimiento común. En modo alguno existe contradicción de intereses; no hay litigio. La ausencia de conflicto determina, de inmediato, peculiaridades procesales inquisitivas, pues si coinciden, teóricamente, los intereses del menor con los de la sociedad,<sup>37</sup> carecen de razón de ser los actos de acusación y de defensa y, por ende, las figuras del actor y del defensor. Además, la finalidad netamente correccional del procedimiento da origen, a menudo, a un régimen orgánico diverso del común: el jurista pasa a segundo término y, con ello, quedan en plano posterior las dominantes preocupaciones jurídicas (fenómeno que puede resultar peligroso) y llegan al primer término los criterios médicos, psiquiátricos, psicológicos y sociales.<sup>38</sup> Todo esto, más sus consecuencias, sobre las que no queremos adelantar ahora comentario, pues serán examinadas separadamente líneas abajo, vendría a erigir el tipo "puro" del procedimiento para menores infractores, sin perjuicio de grandes variantes en el Derecho

<sup>37</sup> La supresión del antagonismo y otros extremos, que se han abierto campo en área de menores infractores, regirán en el futuro, al decir de Pedro DORADO MONTERO, la acción pública frente a delincuentes adultos. Cfr. *Nuevos derroteros penales*, Ed. Heinrich y Cía., Barcelona, 1905, pp. 105, 140, 160-161; y *El Derecho protector de los criminales*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915, pp. 231, 243, 254 y ss., 316, 322, 326, 364, 371 y ss., 279, 416 y ss. Así hemos sintetizado este punto de vista: en el futuro se harán a un lado las cuestiones de imputabilidad y responsabilidad de los adultos delincuentes, como ha sucedido hasta ahora con los locos y los menores, y serán sustituidas por el diagnóstico para tratamiento educativo y reformador. Además, como también ocurre en el caso de los dementes, los intereses, hoy en pugna, de reo y sociedad, se armonizarán en un solo interés, que desterrará de los tribunales a fiscales y defensores. Pues nadie habrá de ser acusado ni defendido. El juzgador ejercerá su ministerio, paternalmente, en forma protectora y de policía tutelar, y los criminales ya no mirarán con horror la función penal, en la que hallarán, por el contrario, su amparo mejor. El sistema penal del porvenir verá desaparecer las actuales garantías penales, y los jueces no tendrán otras limitaciones que "las que les dicten su prudencia, su honradez y su competencia científica". El procedimiento dejará de ser acusatorio y se convertirá en "inquisitivo antropológico y sociológico". Las sentencias serán "providencias provisionales", modificables en todo tiempo según sus efectos sobre el sentenciado. Se podrá instruir proceso aun antes de que exista delito: bastará la posibilidad del delincuente. El juez no se desentenderá más de la suerte del sentenciado, sino que seguirá, auxiliado por los funcionarios ejecutores, el desarrollo de su tratamiento. Cfr. nuestro trabajo *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, México, 1962, p. 197.

<sup>38</sup> Ya Antonio RAMOS PEDRUEZA, entre nosotros, decía que el tribunal para menores no debe ser "un tribunal de juristas que no llevan otro bagaje que el Código Penal y los comentarios de la escuela clásica para conocer y medir el grado de perversidad o inmoralidad de una alma joven". Ha de componerse con tres miembros: el presidente jurista, que constituye el elemento histórico conservador y evita la violación de la ley, y dos médicos psiquiatras, que "representan el elemento de progreso", *Los tribunales para menores delincuentes. Bases para un proyecto de ley*, Film Imprenta, México, 1921, p. 7.

positivo, e inclusive de reglas contrarias que, hasta ahora, predominan en el mismo campo.<sup>39</sup>

Por lo que hace a América Latina, los países cuya legislación tendremos en cuenta son Argentina (LNPM, LRP, CNM, LM y LCNPM), Bolivia (LPNM y CC), Brasil (MPM y CDM), Colombia (LODN), Costa Rica (CI), Chile (LPM), Ecuador (CM), Haití (LPJSM y LID), Panamá (LTTM), República Dominicana (LT, LAM, LP y PM), Uruguay (CN) y Venezuela (EM),<sup>40</sup> países cuya legislación sobre menores infractores ofrece importantes contrastes, pues al paso que en algunos supuestos, como el de Panamá, por ejemplo, existe una ley de reducido articulado que otorga muy amplias y acertadas atribuciones al juzgador (LTTM), en otros, como el de Haití, verbigracia, la ley especial sigue muy de cerca la arquitectura del procedimiento repressivo para adultos (LID). Ni qué decir tiene que en algunos países —así, El Salvador— la materia se encuentra inmersa en la legislación ordinaria, y que en otros —caso de Costa Rica, bajo el Código Penal de 1941 (reformado por Ley 1636 de 1953), el Código de Policía de 1941 (reformado por *idem*) y el Código de Procedimientos Penales— existe un ordenamiento especial sobre menores (CI), pero lo concerniente a infractores queda librado al Derecho común.

<sup>39</sup> RUIZ FUNES pasa revista a distintos aspectos de buen número de leyes sobre menores infractores (abrumadoramente mayoritarias las europeas), desde la portuguesa de 27 de mayo de 1911 y la belga de 15 de mayo de 1912, hasta la ordenanza alemana de 1935. De la revisión que el criminólogo español lleva a cabo acerca del procedimiento, se desprenden estas constantes: 1. Observación de personalidad y de medio, prácticamente uniforme; 2. Abundantes previsiones sobre secreto, con concesiones en favor de publicidad restringida; 3. Separación uniforme entre inculpadlos adultos y menores, 4. Frecuente intervención de defensor y, en menor escala, de fiscal. *Criminalidad de los menores*, ob cit., pp. 302-311.

<sup>40</sup> Argentina: Ley nacional sobre Patronato de Menores (No. 10,093) (LNPM), Ley nacional sobre régimen penal de menores y edad para contraer matrimonio (No. 14,394) (LRP), Decreto ley sobre creación del Consejo Nacional del Menor (D.L. 5,285/57) (LM) y Ley que crea el Consejo Nacional de Protección de Menores (No. 15,244) (LCNPM); Bolivia: Ley sobre Patronato Nacional de Menores (14 de junio de 1937) (LPNM) y Código de contravenciones (Decreto supremo 732, de 26 de febrero de 1947) (CC); Brasil: Decreto ley sobre medidas penales a menores (6,026, de 24 de noviembre de 1943) (MPM) y Código de menores (12 de octubre de 1927) (CDM); Colombia: Ley orgánica de la defensa del niño (No. 83, de 26 de diciembre de 1946) (LODN); Chile: Ley sobre protección de menores (No. 4,447) (LPM); Costa Rica: Código de la infancia (1932) (CI); pero en este país, la materia de infractores se regula en el Derecho ordinario; Ecuador: Código de menores (9 de agosto de 1944) (CM); Haití: Ley sobre la protección jurídica social de los menores (28 de junio de 1935) (LPJSM), y Ley sobre la infancia delincuente en peligro físico o moral (11 de septiembre de 1961) (LID); Panamá: Ley por la cual se crea el Tribunal Tutelar de Menores (No. 24, de 19 de febrero de 1951) (LTTM); República Dominicana: Ley que establece los Tribunales Tutelares de Menores (No. 603, de 3 de noviembre de 1941) (LT), Ley sobre abandono de menores (No. 3,352, de 3 de agosto de 1952) (LAM), Ley que prohíbe la publicidad de noticias y notas gráficas relativas a la delincuencia, mendicidad y vagancia de menores de 18 años de edad (Nº 3,342, de 16 de junio de 1952) (LP) y Ley sobre Patronato de Menores (No. 2,570, de 4 de diciembre de 1950) (PM); Uruguay: Código del niño (Ley de 6 de abril de 1934) (CN); y Venezuela: Estatuto de menores (30 de diciembre de 1949) (EM).

En cuanto a México, los regímenes estudiados son los más interesantes, modernos y representativos, a saber: los de Guerrero (Gro), Estado de México (Méx), Michoacán (Mich), Veracruz (Ver), Zacatecas (Zac) y el Distrito Federal (DF), además del federal (Fed).<sup>41</sup> Desde luego, Guerrero, Michoacán, Veracruz y Zacatecas mantienen la materia en Códigos del Menor o estatutos equivalentes, donde lo referente a infractores compone sólo una porción (dominante en Veracruz, Zacatecas y Michoacán) sobre el texto total.<sup>42</sup>

Acerca de la legislación estatal, vista en el orden cronológico en que ha sido expedida, cabe puntualizar que Ver no acusa apreciable influencia de las leyes distrital y federal, como no sea la de ésta en orden a los estudios que se han de practicar al menor; sin embargo, en este aspecto la ley veracruzana en la que, por otra parte, hay varias serias lagunas procesales, como las referentes a actos de acusación y defensa, impugnabilidad y modificación de resoluciones—supera sin duda a Fed, tanto en vista del contenido y designación de los estudios que previene, como por lo que toca a los especialistas a quienes los confía.

El código guerrerense contiene escasa materia procesal. Los artículos que se ocupan en organización, competencia y procedimiento suman, en total, solamente diecisiete. Difícilmente se puede hablar aquí de influencia notable; acaso exista sólo la de Ver en el ámbito de la atribución de funciones de juez tutelar a los juzgadores de lo civil de primera instancia. En general, Gro sigue la orientación predominante en el

<sup>41</sup> Son éstas, mencionadas según su orden cronológico, las leyes consideradas: a) Código Federal de Procedimientos Penales, de 23 de agosto de 1934, en vigor a partir del 1º de octubre siguiente, y Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 30 de diciembre de 1934, en vigor desde el 11 de enero de 1936; b) Ley orgánica y normas de procedimiento de los Tribunales de Menores y sus instituciones auxiliares en el Distrito y Territorios Federales, promulgada el 22 de abril de 1941 y vigente desde el 26 de junio de 1941; c) Ley sobre la asistencia social y la atención jurídica de los menores, para el Estado de Veracruz, promulgada el 22 de diciembre de 1947 y vigente desde el 19 de julio de 1948. Talleres Linotipográficos del Gobierno del Estado, Jalapa-Enríquez, 1948; d) Código del menor para el Estado de Guerrero, promulgado el 26 de septiembre de 1956 y vigente desde el 10 de octubre de 1956. Ed. José M. Cajica, Puebla, Pue., 1968; e) Ley sobre prevención social, proyección infantil y juvenil y organización y funcionamiento de los Tribunales de Menores en el Estado de Zacatecas, promulgada el 25 de marzo de 1964. Talleres Linotipográficos del Gobierno del Estado, Zacatecas, Zac., 1964; f) Ley de rehabilitación de menores del Estado de México, promulgada el 30 de diciembre de 1967. Ediciones del gobierno del Estado de México, 1968; y g) Código tutelar para menores de Michoacán, promulgado el 10 de enero de 1968 y vigente desde el 5 de febrero de 1968.

<sup>42</sup> Así, Ver contiene 81 artículos, de los que los números 24 a 81 se dedican a estos menores, como título segundo de la Ley: "De la atención jurídica de los menores". Gro consta de 129 artículos, de los que se refieren a menores "en estado antisocial" los números 98 a 111 y 123 a 128. De los 121 artículos que componen Zac, no se refieren a menores infractores, estrictamente, del 37 al 72, salvo el 67, que sí alude a este problema. Finalmente, Mich se integra con 81 artículos: a menores infractores corresponde del 1 al 16 y del 30 al 81; este último grupo de preceptos integra el Libro Segundo del Código. En esta relación no se han tomado en cuenta las normas transitorias.

Derecho mexicano sobre la materia. Dado su brevísimo articulado procesal, resiente diversas lagunas, como las que se colmarían mediante la regulación de la defensa, el plenario, la prueba, las formas procesales, etcétera. No obstante Gro también contiene algunas fórmulas excelentes, que superan a las empleadas en otros códigos para instituciones paralelas: poderes del juez en la investigación de hechos (artículo 105), observación (artículo 106, que acertadamente huye de un casuismo que no toca señalar a la ley, sino a las técnicas especiales), modificabilidad de sentencias (artículo 109) y duración indeterminada de las medidas impuestas a los menores (artículo 110; Gro es la única ley especial que de plano consagra medidas de duración absolutamente indeterminada, solución correcta si se recuerdan la naturaleza y finalidades que, en puridad, incumben a las medidas asegurativas).<sup>43</sup>

Zac acoge por modo principal la influencia de DF y, secundariamente, las de Ver y Fed. De aquélla importa, incluso, los llamados "agentes de prevención tutelar", que implican la existencia de una policía especializada, deseable pero de difícil existencia en uno de los Estados de la República que poseen más escaso presupuesto. La copia del régimen distrital se lleva a extremos muy discutibles en la reglamentación del jefe de prevención social y protección infantil y juvenil (descendiente hipertrofiado del jefe del Departamento de Prevención Social), quien al lado de funciones administrativas y técnicas importantes asume la presidencia y, con ella, la principal responsabilidad (pues los consejeros médico y educador no son verdaderos jueces, sino asesores o peritos) del Tribunal para Menores, a lo que ha de agregarse, en algún caso (artículo 72), funciones de inspección policial.

La ley del Estado de México ha aceptado cierta influencia de la distrital.<sup>44</sup>

Mich captó diversos extremos de Fed, cuales son, por ejemplo, los relativos a composición del tribunal y estudios de personalidad acerca

<sup>43</sup> El artículo 110 previene: "Las medidas aplicables al menor serán de duración indeterminada y se acordará su liberación cuando aquél se encuentre readaptado socialmente. En todo caso, será libertado al cumplir la edad de veinticinco años." La principal preocupación de este Código se concentra en la eugenesia; baste citar como ejemplo la insólita norma contenida en la fracción V del artículo 120, que incluye entre las atribuciones del Consejo de Protección de Menores la siguiente: "Reglamentar la visita conyugal en los establecimientos penitenciarios y de prisión preventiva", atribución desacertada, pero interesante y demostrativa de un provechoso interés.

<sup>44</sup> En el Estado de México se ha seguido tendencia contraria a la integración de las prevenciones acerca de infractores en un ordenamiento global sobre menores. En efecto, a la Ley sobre la previsión social de la delincuencia infantil en el Estado de México, de 26 de diciembre de 1936, sucedió el régimen de los artículos 55 a 72 y 124 y 125 del Código de Protección a la Infancia, de 13 de abril de 1956 (anteriormente rigió, de modo efímero, un Código de Protección a la Infancia, de 2 de enero de 1954). A este texto sucedió la Ley que crea el tribunal para menores del Estado de México, de 30 de diciembre de 1963, derogada por la vigente Ley de rehabilitación.

del menor; la norma acerca de la naturaleza de "ejecutoria" de la resolución definitiva (artículo 70) procede de DF (artículo 82).<sup>45</sup>

Es oportuno indicar que todas las leyes estatales superan a Fed y a DF al prever la competencia de la jurisdicción especial de menores en casos que no ofrezcan tipicidad penal, asunto al que reservamos un apartado *infra*.

#### 4. *Órganos de protección a la infancia y tribunales para menores*

El surgimiento de un Derecho tutelar de los menores, en amplio sentido, ha determinado la correspondiente creación de organismos dotados de atribuciones para ejercer, en los más diversos ámbitos, la protección de los menores. Se cuida, así, de la madre encinta, poniendo con ello la primera piedra del edificio tutelar (y en ocasiones la actividad previsora se anticipa, a modo de fomentar la eugenesia) que culminará con la atención a los adolescentes. En México es conocida la tarea que en tal sentido desarrolla, para el plano federal, el Instituto Nacional de Protección a la Infancia (amén de otros organismos), que cuenta con paralelos en las entidades federativas y con instituciones correspondientes, en mayor o en menor medida, en buen número de países latinoamericanos.<sup>46</sup>

Los organismos a que nos hemos referido ejercen acción tutelar en la más amplia acepción del concepto y frente a todos los menores, por el mero hecho de serlo. En un área especial actúan, en cambio, los tribunales para menores; especial en doble sentido: el personal, pues sólo entienden sobre menores infractores o desamparados, y el material, dado que su intervención se ve generada por la comisión de una conducta que encuadra en tipos delictivos o contravencionales o por la presencia de actos o situaciones penalmente atípicos pero socialmente inadecuados, según adelante veremos (*infra*, número 5). De ahí, entonces, que los tribunales para menores, para emplear la designación más frecuente que se da a estos organismos, formen filas como especie de las instituciones tutelares de la infancia y de la adolescencia.

<sup>45</sup> Sobre el Código de Michoacán, obra de Francisco PAVÓN VASCONCELOS y Gilberto VARGAS LÓPEZ, cfr. nuestro estudio *El Código tutelar para menores del Estado de Michoacán*, en prensa, en la "Revista Michoacana de Derecho Penal", 1969, núm. 10.

<sup>46</sup> Argentina: Consejo Nacional del Menor (CNM, artículos 1 y ss.) y Consejo Nacional de Protección de Menores (LCNPM, artículos 1 y ss.); Bolivia: Patronato Nacional de Menores (LPNM, artículos 1 y ss.); Brasil: Consejo de Asistencia y Protección a los Menores (CDM, artículo 222, para el Distrito Federal); Colombia: Consejo Nacional de Protección Infantil (LODN, artículos 97 y ss.); Chile: Dirección General de Protección de Menores (LPM, artículos 4 y ss.); Costa Rica: Patronato Nacional de la Infancia (Ley 39, de 15 de agosto de 1930) y Juntas Provinciales de Protección a la Infancia (CI, artículo 49); Ecuador: Consejo Nacional de Menores (CM, artículo 11, a); República Dominicana: Patronato de Menores (PM, artículos 1 y ss.); Uruguay: Consejo del Niño (CN, artículos 1 y ss.) y Venezuela: Consejo Venezolano del Niño (EM, artículo 4 y artículos 11 y ss.).

La naturaleza de los tribunales queda de manifiesto si se repara en el cometido de su jurisdicción y en las finalidades del procedimiento que ante ellos se sigue. La ley misma, no ya sólo la doctrina, es categórica sobre el particular. En la "Exposición de Motivos", de Zac, que mencionamos por vía de ejemplo sobre una situación generalizada, se indica que el espíritu de la ley

... no es el de castigar a un culpable, sino, más bien, el de tomar medidas de custodia, preservación y educación que lo mejoren; no juzgar de la gravedad de un hecho y de la intención del responsable, para aplicarle una pena proporcional al delito, sino conocer las causas de la caída, a fin de tomar las medidas necesarias para el bien de la sociedad, sin duda alguna, pero ante todo, en interés del agente mismo. Se trata, pues, menos de saber si el menor ha cometido tal o cual falta, que de averiguar si es capaz de enmienda, de regeneración, de readaptación y de aplicar los procedimientos adecuados para lograr su mejoramiento.

Este aliento preside las leyes mexicanas<sup>47</sup> e inspira, asimismo, tácita o expresamente, a las de América Latina que también ahora nos ocupan; en tal sentido cabe recordar, entre otros ordenamientos, la LTTM de Panamá, cuyo artículo 1º reza:

El propósito de esta Ley es el de asegurar para todo menor los cuidados, guía y control que fueren necesarios para su bienestar y para el mayor interés del Estado. Será tan liberalmente interpretada y aplicada como fuere necesario para asegurar los propósitos en ella expresados.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> El artículo 506 del Cfpp se refiere a medidas para "educación y enmienda". El artículo 25, *in fine*, de Ver, dispone que el Estado adoptará por lo que hace a los infractores, "las medidas de educación y el tratamiento conducentes a su correcta readaptación social"; el artículo 33 de *idem* habla de medidas educativas y tutelares para infractores, y preventivas para menores víctimas de malos tratos o moralmente abandonados. El artículo 1º, fracción VII, de Gro, concede a todos los menores de 18 años el derecho "a no ser considerados como delinquentes en el caso en que ejecuten conductas descritas y sancionadas en la Ley como delito". En Mich, el artículo 3º estatuye que la corrección y adaptación de los menores constituyen los fines primordiales de la Ley, cuya naturaleza no es sancionadora, sino tutelar. Puesto que se trata de indagar la personalidad del menor y aplicar las medidas que ésta reclama, "la sola comprobación del hecho antisocial no será suficiente para aplicar una medida tutelar" (artículo 36); además, los hechos no se aprecian jurídicamente, sino con criterios educativo y tutelar (artículo 39).

<sup>48</sup> En Ecuador, el artículo 31 de CM indica: "La jurisdicción (de menores) es preventiva y reeducativa o de readaptación social." El artículo 56 de *idem*: "Para la resolución de las causas de menores, los Tribunales atenderán preferentemente a la personalidad de aquéllos, antes que a la apreciación objetiva de los hechos que se les imputasen. El criterio fundamental para la resolución que dicten los Tribunales será la peligrosidad del menor, sus deficiencias o desviaciones psíquicas, biológicas o sociales." El EM de Venezuela garantiza al menor los medios y condiciones necesarios "para que no sea considerado como delincuente, y en con-

Es claro que semejante designio determina de algún modo tanto la integración de los tribunales como el procedimiento que ante éstos se sigue, cuya evolución ha llevado de lo común a lo especializado en ambos terrenos (*infra* nota 52). Si se trata más de conocer la personalidad que de calificar las acciones, no tanto de imponer castigos como de aplicar medidas reeducadoras, evidentemente el criterio jurídico sufre un desplazamiento, según dijimos líneas arriba, en favor de conceptos procedentes de otras disciplinas, particularmente la psicología, la medicina y la pedagogía, con cuyos cultores debe el jurista compartir los estrados de la singular jurisdicción. Además, los mismos propósitos del enjuiciamiento de menores —en el que se busca llegar a la más recóndita intimidad del sujeto y hallar, más allá del acto, que es el síntoma, la persona auténtica y compleja, que es la fuente perturbadora—, llevan de la mano hacia el sistema inquisitivo, pues será éste y no el acusatorio y ni siquiera el mixto, la puerta procesal hacia el cumplimiento de los desiderata del procedimiento tutelar, para el que no vienen en cuenta la acusación y la defensa, la publicidad, los jueces populares y otros extremos acusatorios; empero, aquel procedimiento tampoco habrá de ser puramente inquisitivo. En efecto, aceptará, a menudo, ingredientes acusatorios, como la oralidad o la inimpugnabilidad de las resoluciones jurisdiccionales.

Ahora bien, estos trazos lógicos no siempre hallan eco en la realidad. Así, en América Latina predominan los jueces monocráticos juristas sobre las jurisdicciones colegiadas con intervención de especialistas en disciplinas diversas del Derecho, en varias hipótesis se carece de órgano jurisdiccional especializado y entra en acción, por tanto, el penal ordinario y en algún caso, el de Haití, se llega inclusive a permitir la intervención de un jurado, compuesto por “educadores”, “personas caritativas” y “otros auxiliares sociales” (artículo 25, LID).<sup>40</sup> Semejante pa-

secuencia, para que no sufra penas por las infracciones legales que cometa, debiendo en tales casos ser sometido a procedimientos reeducativos” (artículo 1º, f). El artículo 10 de LT, de República Dominicana, señala que las impuestas a menores “se considerarán como medidas tendientes al bienestar, reeducación y moralización de los menores”.

<sup>40</sup> La situación reinante en este campo es la siguiente: Argentina: actúan los jueces correccionales ordinarios (artículo 16 de LNPM), si bien se puede designar a uno o más jueces para que atiendan, en exclusiva, los casos de menores (LM, artículo 10); Brasil: se trata del juez monocrático (artículos diversos de MPM y artículo 146 de CDM); Colombia: existe juez de menores, monocrático, en cuyo defecto interviene el juez de circuito en lo penal (LODN, artículo 2º); Chile: el juzgador de menores es monocrático (LPM, artículos 12 y ss.); Costa Rica: conoce el juez penal; El Salvador: conoce el juez penal; Ecuador: existen corte de menores (CM, artículo 38) y tribunales de menores (*idem*, artículo 38), provinciales los últimos y colegiados ambos, con participación de abogado, médico y educador; Guatemala: conoce el tribunal de menores y, en su defecto, el juez penal (artículo 21 del Código Penal); Haití: funcionan el tribunal para menores, la corte de assises y el tribunal de simple policía (LID, artículo 2º); el jurado criminal a que se alude en el texto forma parte de la corte de assises; Honduras: conoce el juez

norama se proyecta en la capacidad procesal subjetiva en abstracto, que a las condiciones profesionales y éticas debiera asociar notas conexas con el sexo (al menos un juez del femenino) y con la paternidad (preferencia para quienes son padres o madres de familia sobre quienes no lo son).<sup>50</sup>

En nuestra patria, la jurisdicción colegiada se acepta en Fed, DF, Zac, Méx y Mich, pero es pertinente observar que los consejeros médico y educador previstos en Mich carecen en realidad de función de juzgadores y la poseen, en cambio, de peritos, con lo que se aproximan a los auxiliares adscritos contemplados en Ver. Ahí donde se carece de jurisdicción especializada, el procedimiento tutelar se entrega a los juzgadores de primera instancia, mas no a los penales sino a los civiles (Ver, que subsidiariamente la da a los mixtos, y Gro, salvo por lo que toca a la capital, para la que sí se dispone la existencia de un juez tutelar), lo cual pone de manifiesto el temor, que no influyó en Mich, a la intervención de los criterios penales en la justicia para menores, cuyo signo es bien distinto al represivo ordinario, como lo es también, en rigor, el del enjuiciamiento civil. En algunos casos se previene la presencia de una mujer en el órgano colegiado.<sup>51</sup> En cuanto a la capacidad

penal; Panamá: el tribunal tutelar de menores es monocrático (LTTM, artículo 3º); República Dominicana: el tribunal tutelar para menores lo integra un juez ordinario, y participan como asesores, sin voto, un médico y un educador (LT, artículos 2º y 3º); Uruguay: el juez letrado de menores es monocrático (CN, artículo 111); y Venezuela: existen juzgados de menores y cortes juveniles de apelación, colegiadas éstas con tres letrados; en defecto de la jurisdicción especial interviene la ordinaria (EM, artículos 125-128 y 131). Por lo que respecta a la sede del tribunal, lo común es que sea fija. Sin embargo, se anota la excepción de Panamá, en que el artículo 11 de LTTM dispone: "El juez podrá asignar uno o más días en la semana para la celebración de audiencias en la ciudad de Colón. Igualmente, podrá celebrar audiencias en otras localidades de la República cuando las necesidades así lo exijan..."

<sup>50</sup> Es evidente que estas circunstancias llevan elementos positivos a una jurisdicción que se supone tutelar y, por ende, versada en los problemas propios de niños y adolescentes. Por ello estimamos que es correcta, en general, la previsión colombiana contenida en el artículo 3º de la Ley orgánica de la defensa del niño: "Para ser Juez de Menores se necesitan los mismos requisitos que para ser Juez Superior. Debe, además, comprobarse el legítimo matrimonio, que se es padre o madre de familia, la versación en las ciencias educativas y la ejemplar conducta moral."

<sup>51</sup> El artículo 66 de la Ley orgánica del Poder Judicial de la Federación previene la integración colegiada con jurista (juez de distrito, presidente) y los funcionarios de mayor jerarquía, federales o en su defecto locales, en las ramas de salubridad y educación. En las ciudades capitales en que no haya juez de distrito, éste será sustituido por el penal local de primera instancia o el mixto (artículo 67 de *idem*). Donde funcionen tribunales locales para menores, éstos asumirán el conocimiento de las causas de que debiera entender el federal (artículo 500 del Cfpp). En el DF los tribunales son colegiados con jurista, educador y médico (artículo 2º), pero se incurre en el error de entregar a simples delegados el conocimiento en casos que sólo ameriten amonestación (artículo 6º), cosa que difícilmente se podrá saber antes de la conclusión del procedimiento, dado que no existe adecuación de sanciones a delitos, sino variable correspondencia de medidas a disímbolas personalidades. En Ver conocen los jueces civiles o, en su defecto, los mixtos de primera

procesal subjetiva en concreto, sólo Ver y Méx hacen referencia a los supuestos de impedimento.<sup>52</sup>

### 5. *Garantía de tipicidad y régimen de protección tutelar*

Superada la época de las penas arbitrarias, se inauguró en el Derecho Penal una era nueva: legalidad en la fijación de delitos y penas, lo que significa que la ley — y no el reglamento ni la decisión jurisdiccional — es fuente única de creación y de conocimiento del Derecho punitivo.<sup>53</sup> El principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* devino

instancia (artículo 56); al tribunal se adscriben, como meros auxiliares, un médico (preferentemente especialista en psiquiatría y psicología infantil) y un maestro (artículo 60). En Gro actúan el juez tutelar en la capital y los civiles de primera instancia en el interior (artículos 123-124), sin asistencia de secretario (artículo 127); las cuestiones de competencia que surjan entre estos juzgadores las resuelve el Consejo de Protección de Menores (artículo 128), previsión original en el doble sentido de que es una autoridad administrativa y no jurisdiccional la que falla acerca de una contienda entre órganos judiciales, y de que en los restantes ordenamientos nacionales se omite regular la hipótesis de cuestiones de competencia. Asimismo, se debe observar, en relación con la tendencia a incorporar a los tribunales especiales entre los órganos tutelares del menor, que en Gro el régimen de estos juzgadores se fija en el Capítulo II del Título Octavo del Código, cuyo rubro es: "De los órganos encargados de ejercer la educación protectora del menor." En Zac el tribunal consta de jurista, médico y educador (artículo 25), pero dado que aquél es quien dicta la resolución y que al mismo se atribuye potestad para dar a las opiniones de los otros dos "consejeros" el valor que estime procedente (artículos 97 y 98), los segundos quedan reducidos a la calidad de peritos, con alguna función fedataria típica de los secretarios, en virtud de que han de autorizar, con el secretario, la resolución definitiva del presidente. En Méx la composición es pluripersonal: licenciado en Derecho (designación correcta, que contrasta con las inadecuadas de "abogado"), médico cirujano y psicólogo clínico (artículo 2º). Obsérvese que esta integración del "Consejo Tutelar" (pues en Méx se ha descartado la denominación del tribunal para menores) coincide con la que anteriormente existía en el Distrito Federal, por lo que hace a la participación del psicólogo en lugar del pedagogo. Finalmente, en Mich esta jurisdicción es también colegiada en Morelia, el juez de lo penal (en turno), el Director de Educación Federal y del Estado y el jefe de los Servicios Coordinados de Salubridad y Asistencia (artículo 56); en los distritos del interior del Estado, el juez de primera instancia, el inspector escolar y el director del Centro de Salud (artículo 57). En cuanto a la participación femenina, la prevén Zac y Méx. Ninguno de estos ordenamientos alude a la condición de padre o madre de familia.

<sup>52</sup> En Ver son los mismos de los jueces y secretarios de la jurisdicción ordinaria (artículo 65), al paso que en Méx, donde los consejeros no son recusables (nota típicamente inquisitiva), se enuncian los casos de excusa (artículo 24).

Acerca de tribunales para menores en general, con examen de las diversas fases por las que ha atravesado su evolución, desde el conocimiento por parte de jueces comunes hasta la introducción de profesionistas médicos, pedagogos, etcétera, en tribunales especializados, cfr. M. BOITARD et A. HOUDOT, *Les tribunaux pour enfants*, en "Le problème de l'enfance délinquante", ob. cit., pp. 154 y ss. Sobre el problema de los Estados Unidos, donde existe gran variedad en orden a la jurisdicción de menores, cfr. United Nations, *Comparative survey of juvenile delinquency. Part I, North America* (ST/SOA/1/Rev. 1), UN, New York, 1958, pp. 24 y ss.

<sup>53</sup> De tiempo atrás se dijo que "tan sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, sin que esta autoridad pueda residir más que en el legislador, que es

dogma supremo del Derecho Penal liberal, sólo eclipsado, en veces, bajo regímenes que admitieron la integración analógica,<sup>54</sup> modo de creación jurídica que se ha deslizado en algunos instrumentos internacionales o proyectos, como directa consecuencia de los problemas planteados en la represión de delitos de Derecho Internacional.<sup>55</sup>

quien representa a la sociedad entera, unida por un contrato social". César BECARRIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS. Ed. Cajica, Puebla, Pue., 1957, p. 66. Acerca de la función agotadora de la tipicidad en el ámbito penal, cfr. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, 3ª edición, Buenos Aires, 1965, t. III, p. 782. Sobre la discontinuidad de los tipos legales penales y el principio de reserva, cfr. *idem*, 1964, t. II, pp. 478-479. La legalidad debe privar también en el orden de las contravenciones; no entenderlo así es, a nuestro juicio, un grave error del artículo 21 constitucional. En Francia se ha planteado esta cuestión frente al artículo 34 de la Constitución de 1958, que deja las contravenciones fuera del marco penal y dentro del reglamentario; contra este libramiento de la materia de faltas se ha dicho, con razón, que la legalidad penal no sólo ampara al individuo contra el juzgador, sino también contra la administración. Cfr. Gastón STEFANI, *Domínio de la ley y del reglamento en materia penal (según la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958)*, trad. Gerardo MILLE, "Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminología" (Caracas), 1967, núm. 1, pp. 91-98 y 104-105.

<sup>54</sup> Distinta, por supuesto, de la interpretación, incluso de la extensiva, que surge cuando el legislador *minus dixit quam voluit*, pues mientras en esta última se trabaja sobre lo dado, cuyo sentido se procura desentrañar, en la integración se crea lo que no existe, partiendo de lo que existe por las vías de la analogía *juris* o de la analogía *legis*. El procedimiento analógico desapareció del Derecho de la URSS con las Bases de la legislación penal de la URSS y de las Repúblicas federadas, de 1958. Cfr. L. SMIRNOV, *Acerca de las Bases de la legislación penal de la URSS y de las Repúblicas federadas*, en "Bases de la legislación penal, organización judicial y del procedimiento criminal de la URSS", trad. José ECHENIQUE, Ed. Progreso, Moscú, s.f., pp. 27-28; MARGADANT, *El procedimiento penal soviético*, en rev. cit., p. 29; y José Ángel CENICEROS, *El Derecho penal de la Rusia bolchevique*, Secretaría de Educación Pública, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1926, pp. 31-32, y *Trayectoria del Derecho penal contemporáneo*, Ed. Botas, México, 1943, pp. 56 y ss. En cuanto al Derecho alemán, el párrafo 2 del Código Penal, que entronizó la analogía por Ley de 28 de junio de 1935, perdió fuerza en virtud de la Ley número 1 del Jefe Supremo de las Fuerzas Aliadas (artículo IV). Hoy día existe integración analógica conforme al artículo 1º del Código Penal de Dinamarca, de 1930; asimismo, hay analogía integradora en la República Popular China. Cfr., a este último respecto, Jerome ALAN COHEN, *The criminal process in the People's Republic of China. 1949-1963, An introduction*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1968, pp. 298 y 509 y textos, recogidos en esta obra, del artículo 31 de la Ley penal de seguridad de la administración y del artículo 16 de la Ley para la represión de la contrarrevolución. En la práctica, ha desaparecido el peligro de creación de delitos de derecho consuetudinario en Gran Bretaña. Cfr. W. FRIEDMAN, *El Derecho en una sociedad en transformación*, trad. Florentino M. TORNER, Fondo de Cultura Económica, 1ª edición, México, 1968, pp. 67-68. Ante el caso de Inglaterra cobra pleno sentido la afirmación de este autor en el sentido de que "nunca se insistirá lo suficiente en llamar la atención más que sobre la formulación expresa de los principios liberales, acerca de la mentalidad y los propósitos con que la función pública total aplique aquéllos: al legislar, al juzgar, al perseguir y al ejecutar", *Idem*, p. 69.

<sup>55</sup> Esto ocurre en el aparte 2 del artículo 15 del Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos, de las Naciones Unidas, de 1966. En el precepto se consagra el principio de legalidad, pero dicho aparte agrega: "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos

Ahora bien, si los menores han salido del Derecho Penal, no les alcanza ya el imperio de la garantía de legalidad;<sup>56</sup> así pues, no se requiere la tipicidad de su conducta, el encuadramiento de ésta en los tipos penales o contravencionales,<sup>57</sup> para la actuación estatal a través de la imposición de las medidas tutelares. Sin embargo, es pertinente puntualizar que la atipicidad de que se trata no puede ser entendida como arbitrariedad, que reñiría con las notas inherentes a toda justicia, incluso la de menores. Así, no puede el poder público resolver a discreción en qué casos ha de llevarse adelante un procedimiento tutelar. La atipicidad aparece sólo falta de descripción legal de la conducta que presta base al procedimiento, la cual, empero, ha de quedar genéricamente indicada: abandono moral, abandono material, perversión, peligro de corrupción, corrupción, vagabundaje, etcétera. De tal suerte, el juez no crea los conceptos, sino éstos son dados por la ley; el juzgador los integra e interpreta (ambas cosas), situación no exenta, por

u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional." En el mismo sentido, el aparte 2 del artículo 7 de la Convención europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, de 1950. Igual postulado quedó recogido en el principio II de los emanados de los Estatutos y la práctica de los tribunales internacionales para el juzgamiento de los más notorios dirigentes del Ejc. Tales principios, reconocidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas como vigentes en Derecho internacional positivo, el 11 de diciembre de 1946, constituyen, para Stefan GLASER, el punto de arranque del Derecho penal internacional. Cfr. *Le Droit international pénal et sa codification*, en "Estudios penales. Homenaje al R.P. Julián Pereda, S.J.", Universidad de Deusto, Bilbao, 1965, p. 397.

<sup>56</sup> Así, JIMÉNEZ DE ASÚA enseña que "en materia de menores ya se ha abandonado totalmente el requisito de legalismo, por la simple razón de que hoy no hay en puridad niños delincuentes, confundiendo bajo la denominación de menores de 'conducta irregular', los infantes y los jóvenes que se hallan abandonados y los que han transgredido la norma... Por eso nos parece inoportuno y trasnochado el criterio de Amada Racine, que todavía no se atreve a abandonar del todo la regla legalista, pensando que la solución debe estar en la conciliación de los principios protectores de la infancia y de la libertad individual", *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., t. II, pp. 392-393.

<sup>57</sup> La tipicidad está aquí entendida como un concepto de relación, la adecuación de la conducta al tipo. Cfr. Celestino PORTE PETIT, *Programa de la parte general del Derecho Penal*, UNAM, 2ª edición, México, 1968, p. 378, n. 97. "Para que un hecho constituya delito, es necesario que la conducta corresponda al tipo descrito en una norma penal. Esto significa que la conducta humana debe ser de tal naturaleza, por sí misma, y por todo lo que la precede, la acompaña o la sigue, que corresponda al tipo de delito descrito en una norma penal." Filippo CRISPIGNI, *La correspondencia al tipo descrito en una norma penal*, "Derecho Penal Contemporáneo", 1965, núm. 11, p. 27. Así, en este terreno se habría consumado la deradencia del Derecho Penal y el dominio de la "actitud antisocial subjetiva", postulada por Filippo GRAMATICA y la cual, "contraria a las reglas de la vida en común, es un estado subjetivo y revelado por el individuo mediante acciones o comportamientos o por la simple manifestación de intenciones susceptibles de demostrarla, en concepto, según las formas previstas por la ley", *Pour un système unitaire de mesures de défense sociale*, "Bulletin Trimestriel de la Société de Législation Comparée", 1948, núm. 4, p. 634.

supuesto, de peligro, pero también consecuente con los fines del Derecho tutelar de menores y con su extracción del penal ordinario.

Marginada de este modo la garantía de tipicidad en favor de un régimen de protección tutelar, cuyos conceptos son mucho más dilatados y flexibles, el Derecho sustantivo presta nuevo refuerzo al perfil inquisitivo del juzgador tutelar, cuyos poderes trascienden de lo adjetivo (dominio en el cual suelen ser amplios, aunque en mucho menor medida, los poderes del juez común) a lo sustantivo (cosa que no ocurre, en modo alguno, con el común). La marginación de la legalidad opera ante la conducta, no con respecto a las medidas, que siguen siendo fijadas en catálogos exhaustivos.

La situación descrita acarrea imprecisión en la definición misma de "delincuencia juvenil"<sup>58</sup> y da origen a diversos sistemas, clasificados según subsista en el Derecho sobre menores infractores la categoría de legalidad propia del penal ordinario o se acoja la atipicidad penal de que venimos hablando:

a) Sistemas que reclaman la adecuación de la conducta del sujeto al tipo inscrito en el Código Penal o en las normas contravencionales, y

b) Sistemas que abandonan dicha exigencia y amplían considerablemente la provincia de la "delincuencia juvenil". A estos regímenes cabría agregar un tercero, severamente censurado, bajo el cual se crean tipos delictivos incriminando conductas en forma autónoma cuando son perpetrados por menores; en otras palabras: surgen delitos (no simples conductas antisociales) que sólo pueden ser cometidos por menores.<sup>59</sup>

En el Derecho latinoamericano se localizan ejemplos de los tres sistemas arriba aludidos, con abrumador predominio de los dos primeros; en los casos en que priva la atipicidad no sólo se establecen hipótesis de conducta antisocial, genéricamente, sino además supuestos en que quienes ejercen la custodia legal del menor pueden obtener el internamiento de éste en instituciones tutelares para infractores.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Cfr. nuestros trabajos *El artículo 18 constitucional*, ob. cit., p. 83; *El Código tutelar para menores del Estado de Michoacán*, cit., núm. 1, y *El problema de la delincuencia juvenil*, en el suplemento dominical núm. 266 del periódico *El Día*, de México, D. F. (23 de octubre de 1966).

<sup>59</sup> El Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Londres, 1960) se pronunció en contra de la creación de estos delitos. Cfr. *Informe de la Secretaría*, Nueva York, s.f., p. 65. A su turno, el XII Congreso Panamericano del Niño recomendó "que no se establezcan nuevas figuras delictuales, ni aun con un fin proteccional por la sola circunstancia de ser cometido el hecho por menores, cuando tampoco se sancionaría a los adultos...", *Recomendaciones del XII Congreso Panamericano del Niño*, ob. cit., p. 64. En este error incurre el artículo 1º de LPJSM, de Haití, que adiciona un párrafo al artículo 229 del Código penal, estableciendo en qué casos se debe considerar como vagabundos a los menores de 18 años.

<sup>60</sup> En Argentina hay régimen de tipicidad (LRP, artículo 3º, y LM, artículo 12), al igual que en Bolivia, por lo que hace a las contravenciones (CC, artículo 1º), y en Chile (LPM, artículo 19). En cambio, el régimen de atipicidad, sin perjuicio

En el Derecho mexicano predomina fuertemente el régimen de protección tutelar sobre el de tipicidad estricta, que sólo se acoge, con técnica superada, en Fed y DF.<sup>61</sup>

## 6. Poderes del juez especial

Nos hemos referido ya a la competencia del juez de menores y, en su hora, hablaremos someramente sobre otros extremos en los que viene a cuentas el amplísimo poder que a éste se otorga para el ejercicio de su jurisdicción. Importa ahora señalar la línea general de esa potestad de dirección, a la que se ha estimado indispensable para el buen funcionamiento del régimen de menores infractores.<sup>62</sup>

de abrazar también conductas típicas, existe en Brasil (MPM, artículo 1º, y CDM, artículos 1º, 68, 146 y 157), Colombia (LODN, artículo 1º), Ecuador (CM, artículo 42), Panamá (LTM, artículo 4), República Dominicana (LT, artículos 6 y 20), Uruguay (CN, artículos 113, incisos *a* y *c* y 119) y Venezuela (EM, artículos 110, 111 y 142, 1). El internamiento de menores a solicitud de sus padres está previsto en Uruguay, por lo que hace a "menores que observen mala conducta" (CN, artículo 113), y en la República Dominicana, cuyo artículo 20 de LT no especifica la causa del internamiento. Ejemplo claro de la amplitud de concepto de los menores infractores y asimilados es el artículo 6 de LT de República Dominicana de tortuosa redacción: "La competencia de los Tribunales Tutelares de Menores será exclusiva y plena para todo caso que se refiera a la vida, educación, moralidad y trabajo de los menores hasta la edad de dieciocho años, bien sea que se refieran a la comisión de hechos previstos por el Código Penal y otras leyes especiales o que éstas afecten las buenas costumbres, o atenten contra la estabilidad y orden de las familias o puedan ser perjudiciales para la suerte y el porvenir de los mismos menores..."

<sup>61</sup> En Ver, a la tipicidad delictiva (artículo 24) y contravencional (artículo 27), se agregan las situaciones de abandono moral y de peligro (artículos 30-31). En Gro se comprende tanto a quienes ejecutan conductas definidas como delitos o faltas, como a quienes sin ejecutarlas están pervertidos o en peligro de pervertirse (artículo 98). En Zac se regula la tipicidad en delitos y contravenciones y diversas formas de conducta antisocial o estados de peligro (artículos 14, 15 y 24). El artículo 7 de Méx se integra con dos fracciones: la I habla de "hechos y omisiones antisociales atribuidos a menores" y enumera ejemplificativamente especies (entre ellas: "de ambiente"); la II habla de "problemas de conducta que no encuadren precisamente dentro de un tipo de actuación antisocial..." Esta misma fracción permite que los titulares de la patria potestad o de la tutela reclamen la intervención del Consejo tutelar. En Mich, el artículo 1º se refiere a la tipicidad, y el 2º a la atipicidad en situaciones de peligro. El artículo 6º fija casos en que se estima peligrosa la conducta del menor. A la misma cuestión aluden los artículos 30 y 58.

<sup>62</sup> Terminante fue Ramos Pedrueza al apuntar que puesto que se trata de establecer la personalidad del menor, el tribunal debe poseer, "ante todo, libertad absoluta para sus investigaciones; sujetarla a los términos, requisitos y fórmulas del procedimiento penal es herir de muerte la institución", *Los tribunales para menores delincuentes. Bases para un proyecto de ley*, ob. cit., p. 9. Evidentemente, esto se proyecta en la relativa "informalidad" del enjuiciamiento que ahora nos ocupa y en la entronización de sistemas diversos del tasado para la valoración de la prueba, asuntos de que nos ocuparemos en el apartado 8 y que enlazan, más bien, con el procedimiento acusatorio; es el de menores, pues, un sistema híbrido con fortísimo predominio inquisitivo, que no desdeña elementos acusatorios, empero,

Uno de los puntos de radical distinción entre el proceso penal y el civil, al decir de quienes mantienen una posición extrema sobre el particular, o al menos de diferencia simple entre ambas ramas del Derecho Procesal, conforme al criterio de los propugnadores de la unidad esencial, tesis a la que nos adherimos, es el especial cuidado que el juez penal ha de poner en el conocimiento de la personalidad del justiciable,<sup>63</sup> tema que tiene un arranque penal: la individualización de la pena, que reclama aquel conocimiento y que se ha convertido, hoy día, en lugar común del Derecho represivo y en exigencia perentoria para el juez penal.<sup>64</sup>

En el ámbito del enjuiciamiento de menores, donde no ocurre ya desentrañar la culpabilidad, sino la peligrosidad, ni proponerse la aplicación de penas, sino de medidas asegurativas, la necesidad de conocer al infractor y de dirigir el procedimiento todo conforme a esa necesidad de conocimiento, se torna particularmente imperiosa. De ahí resulta

cuando entiende que sirven mejor que los del signo contrario a la obtención de sus finalidades.

<sup>63</sup> Entre los fines específicos del proceso penal, que no son otra cosa que métodos para la consecución del fin general inmediato de aplicar la ley penal al caso concreto, Florián incluye la individualización de la personalidad del justiciable: "El proceso penal obtiene su resultado final en la declaración de responsabilidad o de inocencia o de peligrosidad para la imposición de una medida de seguridad frente a un sujeto al que se imputa un delito: en tal caso son indispensables investigaciones tendientes al descubrimiento de la personalidad del mismo", *Elementos de Derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 60-61. Florián habla también de esta individualización durante la fase ejecutiva, *Idem*, p. 62: cfr., además, pp. 468-469. Ciertamente resulta indispensable llevarla a cabo en la ejecución penal, pero en modo alguno creemos que ésta deba quedar encuadrada en el Derecho procesal, como quiso Francesco Carnelutti, al decir que, "considerado en su conjunto, el proceso penal continúa a través de la fase ejecutiva hasta el último acto necesario a la realización de la pena, y, por lo mismo, si ésta fue la de muerte, hasta que se mate al culpable, o hasta la completa expiación de la pena restrictiva de libertad. Por ello, el carcelero o incluso el verdugo forman parte del oficio ejecutivo penal, en la misma medida que el oficial judicial o el custodio, del oficio ejecutivo civil", *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. Niceto ALCALÁ-ZAMORA y Santiago SENTÍS MELENDO, UTEHA, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 217. A pesar de lo prescrito en el combatido artículo 19, fracción IV, del Cfpp, no existe, a nuestro juicio, esta prolongación, en virtud de que en el período ejecutivo ha cesado ya la relación procesal y de que en el mismo no existe, al menos en México (otra cosa es en Francia y en Italia, por ejemplo), juez de ejecución de penas.

<sup>64</sup> En el moderno Derecho Penal de la posguerra cobra fuerza, como problema descolante, la inserción de la personalidad dinámica del delincuente en un sistema objetivo y naturalmente estático de reacción legal. Cfr. Marc ANGEL, *Introduction comparative aux Codes pénaux européens*, en "Les Codes pénaux européens", Centre Français de Droit Comparé, Paris, t. I, pp. LXV-LXVI. Es acertado decir que "en último análisis, el cometido del juez es medir el valor de un hombre". CARNELUTTI, *Nuevas reflexiones acerca del juicio jurídico*, en "Cuestiones sobre el proceso penal", trad. Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Buenos Aires, 1961, p. 90. En México, la función del juez penal está vertebrada, particularmente, en la individualización que reclama el artículo 52 del Código Penal. Cfr. Raúl CARRANCA y TRUJILLO, *Teoría del juez penal mexicano*, en "Tres ensayos", México, 1944, pp. 14 y ss. Cfr., igualmente, CENICEROS, *Trayectoria del Derecho penal contemporáneo*, ob. cit., pp. 45 y ss.

que se desembarace al juez de la observancia de ritos procesales (*infra*, número 8) y que se pongan en sus manos amplios poderes<sup>65</sup> que le servirán para dos funciones: en primer término, iniciar de oficio el procedimiento, sin que medie excitación por particulares o autoridades diversas, oficiosidad ligada al régimen inquisitivo, que rechaza el postulado *nemo iudex sine actore*; en segundo lugar, conducir el procedimiento con amplia libertad, haciendo uso de todos los medios pertinentes, según su juicio, a la averiguación de la verdad y al conocimiento del infractor que comparece ante la jurisdicción especializada.

Ambos principios, consecuencia de la naturaleza del procedimiento tutelar y de los fines que con éste se persiguen, como llevamos dicho, hallan cabal acomodo en las legislaciones consultadas. Por lo que hace a las latinoamericanas, varias atribuyen al juzgador potestad para incoar de oficio el procedimiento,<sup>66</sup> cosa que en México ocurre más limitadamente, conforme a una posible interpretación de Ver (artículo 74), que permite al tribunal actuar en cuanto tenga conocimiento "por cualquier conducto" de los supuestos que determinan su competencia, y de Méx (artículo 7º, fracción II), que faculta al Consejo para intervenir "cuando se advierta la necesidad de extender la acción del Consejo a menores material o moralmente abandonados". Ahora bien, el "cualquier conducto" del Derecho veracruzano puede bien ser el conocimiento directo que el juzgador obtenga, por sí, de la realización de hipótesis que reclamen su conocimiento, y la advertencia a que se refiere el legislador de Méx puede proceder del Consejo mismo o de cualquiera de sus integrantes, ya que en este caso no se hace referencia a persona o autoridad de la que deba proceder la instancia, mención que sí se hace en otros puntos regulados por el mismo precepto.

Mayormente uniforme es la previsión de amplios poderes otorgados al juzgador para indagar la realidad de los hechos y de las personas que caen bajo su conocimiento; aquí coinciden distintos textos latino-

<sup>65</sup> Para Enrico FERRI, que defiende al proceso penal como un examen bio-psicológico del procesado, el juez ha de gozar de "mayor libertad, justificada por su capacidad científica acrecida, cuando juzgue verdaderamente al hombre que está delante de él", *Sociología criminal*, trad. Antonio SOTO y HERNÁNDEZ, Centro Editorial de Cóngora, Madrid, t. II, p. 235. Téngase presente que para el mismo Ferri la aparición de procedimientos especiales para menores de edad responde a la influencia ejercida por los nuevos datos de la antropología y de la estadística criminal. Cfr. *Idem*, p. 189.

<sup>66</sup> Así, en CDM de Brasil, conforme al artículo 160; en LPM de Chile, el artículo 24 sostiene: "El juez podrá ejercer las facultades que le otorga esta Ley, a petición del Director General de Protección de Menores, de cualquiera otra persona y aun de oficio..."; en igual sentido estatuye el artículo 6º de LTTM de Panamá; en Uruguay, según el artículo 126 del CN, en caso de menores abandonados el juez letrado "procederá de oficio, haya o no denuncia..."; en Venezuela, el artículo 144 de EM permite al juzgador iniciar de oficio el procedimiento.

americanos<sup>67</sup> y convergen, con mayor o menor amplitud, en fórmulas más o menos dilatadas, los ordenamientos de la República Mexicana.<sup>68</sup>

### 7. Acusación y defensa

Es aquí donde se suscita la cuestión más importante en orden a la calificación del enjuiciamiento de menores como acusatorio o inquisitivo. Surge, primero, una pregunta de *lege lata*: ¿existen actos de acusación y de defensa en este procedimiento y, consecuentemente, se dan en el mismo las figuras del acusador y del defensor? Y luego, como es lógico, se plantea la misma doble interrogante con vistas de *lege ferenda*.

Lo anterior nos lleva de plano a considerar la existencia de partes en el procedimiento especial, tanto de la persona que *rem in iudicium* A este planteamiento, la respuesta debe ser negativa. En el procedimiento *deducens*, como de aquella contra quien *rem in iudicium deducitur*. En el procedimiento tutelar no hay contienda, no existe litigio, por lo mismo que falta la sustancia de éste, la contraposición de intereses.<sup>69</sup> No hay partes

<sup>67</sup> En Brasil el juez puede proceder administrativamente a realizar todas las investigaciones que considere convenientes (artículo 161 de CDM); en Panamá el juez está facultado para "tomar las medidas e iniciativas pertinentes para asegurar la protección de los menores y prevenir la delincuencia de los mismos" (artículo 19 de LTTM); en Venezuela la investigación del estado del menor y de los hechos queda, en cuanto a la forma de proceder, "al recto criterio y a la prudencia de los Tribunales de Menores..."

<sup>68</sup> El artículo 505 Cfpp deja "al recto criterio y a la prudencia de los tribunales para menores, la forma de investigar las infracciones penales imputadas a un menor de dieciocho años y la de estudiar la personalidad de éste, sin necesidad de sujetarse a procedimiento alguno similar al judicial". El artículo 64 de DF previene que el instructor practicará las diligencias que "a su juicio" sean necesarias para comprobar el hecho y la participación del menor en el mismo e investigar la personalidad de aquél; en los términos del artículo 65, se confía "al recto criterio y a la prudencia del instructor la forma de practicar las diligencias a que se refiere el artículo anterior". En Ver el juez puede recabar todo género de informes y citar testigos (artículo 78). En Gro "el Juez Tutelar podrá practicar todas aquellas diligencias que estime necesarias para la comprobación de los hechos atribuidos al menor y gozará de la acción más amplia al emplear los medios de investigación que estime conducentes, aun cuando no sean de los que defina y detalle la Ley, siempre que no se hallen prohibidos por ésta o reprobados por la moral..." En Zac las atribuciones legalmente enunciadas con respecto a los integrantes del tribunal son sólo enunciativas, "ya que para la investigación, estudio, decisión e imposición de los tratamientos o medidas, que se ordenen para la rehabilitación, tutelares o preventivos en cada uno de los casos, y, en general para el ejercicio de sus diversas funciones, el tribunal no tendrá más límites que la ley, la moral y las buenas costumbres" (artículo 36). En Méx el artículo 25 autoriza a los consejeros para resolver discrecionalmente todas las cuestiones de procedimiento no previstas en la ley, "teniendo en cuenta el carácter tutelar de la Institución".

<sup>69</sup> Ya que el litigio se caracteriza, en los términos del creador de esta fecunda noción, por ser un "conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro", CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, ob. cit., t. I, p. 44. En su hora, Carnelutti modificó la extensión de la teoría de la litis al proceso penal: "Yo tenía, al mismo tiempo, y no tenía razón: tenía

en sentido formal ni en sentido material. Más que sujeto del procedimiento, el menor es objeto de éste, contrariamente a lo que ocurre en el proceso ordinario. Sólo de mala gana acepta en veces la doctrina la intervención del acusador y defensor, también rechazados por las leyes más modernas.<sup>70</sup>

Así las cosas, recae en el juzgador la función difícilísima, típicamente inquisitiva (mas ahora de signo tutelar y no represivo), de indagar la verdad, de adentrarse en los hechos y en la personalidad del justiciable, reuniendo en sí, de algún modo (y hacemos esta reserva porque no hay, en rigor, acusación ni defensa), las tres funciones clásicas de los sujetos procesales del acusatorio; es, entonces, la encarnación de una tríada de juzgadores.<sup>71</sup>

razón en cuanto todo proceso penal contiene un proceso civil contencioso sobre el tema de la obligación de restitución de resarcimiento o de reparación a cargo del imputado; no la tenía en el hecho de no advertir que éste no es el contenido del proceso penal puro", *Contra la cosa juzgada penal*, en "Cuestiones sobre el proceso penal", ob. cit., pp. 274-275. Más aplicable al proceso penal, por su mayor latitud que previene cualquier objeción de "civilismo", es el concepto de litigio que brinda ALCALÁ-ZAMORA: "el conflicto jurídicamente trascendente, que constituya el punto de partida o causa determinante del proceso", *Derecho procesal penal*, ob. cit., t. I, p. 7, nota 3. En cuanto a las partes procesales en el enjuiciamiento criminal, se trata de "aquellos sujetos que intervienen en el proceso penal para lograr la tutela de sus propios derechos o intereses, y que actúan parcialmente para lograr de los titulares del órgano jurisdiccional la actuación de sus pretensiones o la denegación de la actuación de las contrarias. Dentro del concepto de partes es preciso incluir diversas clases de sujetos, cuya parcialidad depende del interés que tengan en el resultado del proceso, de la función pública que realizan, o de la profesión que ejercen...", FENECH, *Derecho procesal penal*, ob. cit., t. I, p. 121. Para Giovanni LEONE, que expresamente se separa de la definición chiovendiana, acentuando la diferencia entre lo sustantivo y lo adjetivo, "parte es aquel que tiende a una decisión judicial frente a otro sujeto, y aquel frente al cual se pide dicha decisión judicial", *Tratado de Derecho procesal penal*, trad. Santiago SENTÍS MELENDO, EDIAR, Buenos Aires, 1963, t. I, p. 242.

<sup>70</sup> Decía RAMOS PEDRUEZA que la intervención del Ministerio Público y de la defensa ha de ser mínima y tan sólo para cumplir los imperativos constitucionales, pues el tribunal, que es representante de la ley y tiene interés por el menor, constituirá el mejor defensor de aquél. Cfr. *Los tribunales para menores delincuentes. Bases para un proyecto de ley*, ob. cit., p. 10. Al respecto, recuérdese las censuras dirigidas a la legislación distrital de 1929 por haber seguido con fidelidad las normas procesales constitucionales en la esfera del procedimiento de menores. La fundamentación del sistema, en consecuencia de los preceptos constitucionales, fue hecha por José ALMARAZ. Cfr. *Exposición de motivos del Código penal promulgado el 15 de diciembre de 1929 (Parte general)*, México, 1931, p. 128. En el plano continental, SAJÓN y ACHARD ponen de manifiesto que los Códigos del menor más antiguos disponen la intervención del Ministerio Público y del defensor en el procedimiento, cosa que ya no ocurre en los más modernos, con la excepción del peruano. Cfr. *Situación de la legislación relativa a la minoridad en Latinoamérica*, ob. cit., p. 47.

<sup>71</sup> Expresión de CARNELUTTI cuando habla de la paridad de la acusación con la defensa, agregando que "la separación del defensor respecto del imputado, y su clara inclusión en el oficio judicial, y no en el núcleo de aquél, y que yo llamo la tríada de los juzgadores, es de ello un seguro corolario", *El problema del defensor penal*, en "Cuestiones sobre el proceso penal", ob. cit., p. 223. Cfr., del mismo autor, *Voluamos al "juicio"*, en *idem*, acerca de la difícilísima imparcialidad del juez, p. 62. Sobre la integración de funciones en el juzgador, v. la opinión de SCHMIDT *supra* nota 15.

Con lo dicho no queremos postular erradicación completa del Ministerio Público de la actividad estatal en materia de delincuencia de menores. Es evidente que el Ministerio debe concurrir en las tareas tutelares y profilácticas,<sup>72</sup> pero no ejercitar acción penal en un proceso trazado a calca sobre el ordinario. Lo mismo acontece en la trinchera contraria: sobra en este procedimiento el defensor, pero de esto no se sigue necesariamente la prohibición de acceso de personas interesadas en el menor (sus padres, tutores o guardadores), para el solo efecto de proporcionar al juzgador elementos de juicio sobre los hechos y acerca del infractor, o de colaborar, activamente, en la ejecución de la medida asegurativa, que a menudo consiste en la entrega condicional del menor a quienes ejercen sobre él autoridad en los términos de la ley civil.<sup>73</sup>

Esto no ha sido bien entendido en América Latina, donde subsisten, con lamentable frondosidad, las figuras del fiscal y del defensor, ora confundidas en una sola magistratura, en verdad innecesaria porque para la fusión de cometidos hasta con el juzgador, ora establecidas con carácter autónomo y especial con respecto a las del procedimiento común, ora idénticas a las de este último. Vayan como ejemplos el promotor-curador de Colombia, el director general de protección a la infancia y los defensores de menores en Chile, el Patronato de Menores

<sup>72</sup> Hay en Argentina un Ministerio Público Pupilar y una Asesoría de Menores. Al respecto, cfr. Ricardo LEVENE (h), *Manual de Derecho procesal penal*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1953, p. 235. Edmundo BUENTELLO defendió, ante el III Congreso Interamericano del Ministerio Público (México, D. F., 13-20 de julio de 1963), la intervención del M. P. en la prevención de la delincuencia de menores. Cfr. *Memoria del III Congreso Interamericano del Ministerio Público*, México, 1944, pp. 329 y ss. Las conclusiones adoptadas por el Congreso en el tema 7, acerca de "Función del Ministerio Público en las controversias civiles y en las cuestiones relativas a menores, de la competencia de los juzgados pupilares, así como en relación con los menores de conducta antisocial", fueron las siguientes, en lo que ahora nos interesa: 2. "En cuanto compete por ley al Ministerio Público, éste, a través de los órganos tutelares correspondientes, debe llevar a cabo una acción protectora del niño desertor de su escuela y consignar a los adultos que explotan a los menores, aun cuando se trate, en ocasiones, de los propios padres"; 3. "El Ministerio Público debe coadyuvar para que tenga lugar una campaña permanente contra la prostitución juvenil, emprendida por los órganos competentes y adecuados, mediante el ejercicio oportuno y eficaz de las acciones penales tendientes a la sanción de los delitos de corrupción de menores y otros afines"; y 4. "Verificada por los medios legales conducentes la minoridad del inculcado, el Ministerio Público, dentro de la esfera de sus facultades legales, solicitará el traslado del menor a los respectivos tribunales y establecimientos para menores." *Memoria*, cit., p. 782.

<sup>73</sup> Aun no se ha estudiado debidamente en México, donde los tribunales para menores carecen de atribuciones expresas con respecto a adultos (v. infra número 11), el problema que se plantea cuando la resolución de aquéllos trae como consecuencia sustraer a los infractores de la custodia y autoridad de quienes ejercen sobre ellos patria potestad o tutela. Es en la legislación civil ordinaria donde se regulan los modos de suspenderse o perderse tales formas de autoridad, que si bien comportan obligaciones, igualmente aparejan derechos. En la especie, la privación de derecho se hace sin oír y vencer en juicio al padre, abuelo o tutor, lo cual resulta, por lo menos, de dudosa constitucionalidad, salvo que se recurra a una interpretación amplísima del artículo 18 de la Ley Suprema.

de Bolivia, los procuradores de menores de Venezuela, el defensor general de menores de Paraguay y el delegado social de la República Dominicana.<sup>74</sup>

Mejor es el régimen que se recoge en las leyes mexicanas, donde las autoridades administrativas, y concretamente el Ministerio Público, se limitan a levantar acta de constancia de hechos y a turnar documento y menor, sin mayor trámite, a la jurisdicción especial.<sup>75</sup> Una vez ante ésta, las soluciones legales son distintas, pero el desplazamiento de figuras acusadoras o defensoras resulta unánime, expresa o tácitamente, salvo en Méx, donde se previene la existencia de una procuraduría de menores, de añejo sabor. Las leyes de Gro y Mich confían al menor su propia

<sup>74</sup> En Brasil los artículos 4 y 5 de MPM hablan de la intervención del M. P. En el CDM, y por lo que respecta al Distrito Federal, el curador o promotor cumple cometido de acusador en el enjuiciamiento de menores y de defensor de los intereses de éstos en otras hipótesis: artículos 148 y 149; el artículo 151 alude al abogado defensor; también acerca del defensor contienen régimen los artículos 102, párrafo 1, 177 y 178 de *idem*. En Colombia, conforme a LODN, el promotor-curador de menores defiende los intereses de éstos presentando pruebas y razones en favor de su inocencia, o bien demostrativos de su culpabilidad, y proponiendo las medidas convenientes (artículo 79). Se excluye expresamente la intervención de abogado defensor, mas no los actos de defensa (artículo 30). El promotor-curador asume la defensa del incapaz, si éste no se encuentra representado, en casos de petición de alimentos o investigación de la paternidad (artículos 82 y 87). Los adultos que comparecen ante el juez (por rehabilitación en ejercicio de la patria potestad, etcétera) pueden hacerse representar por un abogado titulado (artículo 68). El artículo 292 del Código de Procedimiento Penal de Costa Rica permite, a los efectos de defensa de los intereses del menor, la intervención de su representante legal o, a falta de éste, del guardador o de un pariente cercano. Según el Derecho chileno, cuando la causa deviene contenciosa en el departamento de Santiago debe figurar como parte el Director General de Protección a la Infancia y Adolescencia, por sí o por mandatario, y en otros departamentos los defensores de menores (LPM, artículo 27). No se admite la acción del particular ofendido como querellante (*idem*, artículo 63). El artículo 5, inciso f, de LPNM de Bolivia incluye entre las atribuciones del Patronato de Menores la de "tomar a su cargo la defensa de los menores delincuentes, formulando para el caso representaciones ante el Ministerio Público, o bien designando abogados defensores de menores, por intermedio del Colegio de Abogados de cada localidad". El artículo 9 de LID, de Haití, confía la persecución de menores de 16 años al M.P. adscrito al tribunal para menores. El artículo 14 previene que el juez resuelva tomando en cuenta la petición del M.P. ("*En vertu du réquisitoire définitif de Ministère Public...*"). El artículo 19 alude a acusación y defensa. El artículo 25 hace que el M.P. forme parte de la *cour d'assises*. En Paraguay, el artículo 63 de la Ley orgánica de los tribunales (núm. 325, de 23 de noviembre de 1918) confiere la defensa de menores e incapaces al Defensor General de Menores. Según el artículo 5 de LT, de República Dominicana, el delegado social ante el tribunal para menores cumple diversos cometidos: de M.P., de secretario y de autoridad ejecutora. El artículo 39 de LAM, del mismo país, otorga al delegado la potestad de adoptar medidas de todo tipo en relación con el menor, hasta que el tribunal tome conocimiento del caso. En Uruguay, el artículo 119 de CN ordena proveer de defensor a los menores a quienes se impute la comisión de un delito. Los artículos 154 a 156 del EM de Venezuela contemplan la existencia y las funciones (que abarcan tanto el procedimiento contra menores como la protección de los intereses de éstos en varias hipótesis) del M.P. de menores, pero donde no existan estos procuradores especiales sus atribuciones serán asumidas por los fiscales del M.P. común.

<sup>75</sup> En estos términos, los artículos 99 de Gro, 19 de Zac, 48 de Méx y 31 de Mich.

defensa, solución infortunada, pues no ha de haber en la especie genuina defensa, sino mero esclarecimiento de hechos e investigación de personalidad. Sólo Fed es categórico, en forma que no deja lugar a dudas, al prohibir la intervención del Ministerio Público (no alude a defensores) en el procedimiento tutelar.<sup>76</sup>

#### 8. *Fases del procedimiento: observación biopsicosocial, plenario, impugnación y ejecución*

Al procedimiento para menores infractores repugnan las formalidades propias del enjuiciamiento ordinario, cuya desaparición resulta en extremo peligrosa, pues no son otra cosa, en esencia, que modos de tutelar al inculpado frente a posibles abusos por parte del poder público,<sup>77</sup> pero que resultan, por otra parte, excesivas y entorpecedoras cuando se trata de establecer, por todos los medios al alcance del juzgador, los más íntimos datos de la personalidad del sujeto. De aquí se desprende, entonces, la necesidad de despojar a esta clase de procedimiento de la rigidez que alcanza al de adultos, si bien no sería posible abolir en él, por completo, las formalidades procesales, librando esta materia enteramente al arbitrio del órgano jurisdiccional. Echando mano de un símil cabría pensar en la intervención médica desde el momento en que se inicia el estudio del paciente hasta el instante en que se le da de alta,

<sup>76</sup> El artículo 507 del Cfpj excluye al M.P. de la investigación y de los estudios sobre la personalidad. Terminantemente, el artículo 522 del mismo ordenamiento dice: "El Ministerio Público no tendrá intervención alguna en los procedimientos de los tribunales para menores". El artículo 105 de Gro indica que el juez tutelar "oírán al menor en su defensa, aunque sin formalidad procesal alguna". En términos semejantes estatuye Mich (artículo 37). El artículo 23 de Méx dispone que el padre, el tutor o el responsable del menor y la parte agraviada, gozan del derecho de ser escuchados por el Consejo o por el consejero instructor, pero "se prohíbe en forma absoluta (en estos casos) la intervención de asesores y abogados". El artículo 43 crea la procuraduría de menores para "garantizar debidamente los derechos de los menores sujetos a esta Ley", tanto en la instrucción como después de la resolución. El artículo 44 asigna a este procurador funciones de supervisión, vigilancia, instancia y otras.

<sup>77</sup> El mismo FERRI, partidario de otorgar al juez amplios poderes, puso bien claro que "existe un punto en el que el poder arbitrario del juez no es admisible, en cuanto se refiere a las formas procesales que constituyen, en provecho de los ciudadanos que comparecen en justicia, una garantía real contra los errores posibles o las sorpresas judiciales: pues como ya he dicho, el Código de Procedimiento, es precisamente por esta razón el Código de los hombres honrados que pueden, por error o por malevolencia de otro, ser sospechosos de un delito, mientras que el Código Penal es el Código de los malvados, de aquellos a quienes se aplica, cuando se comprueba que son los autores de un delito", *Sociología criminal*, ob. cit., t. II, pp. 235-236. A su vez, SCHMIDT sostiene la capital importancia de las formas procesales. Los regímenes autoritarios (como el nacionalsocialista) tienden a reducir el número y valor de las formas, que son "la consecuencia de consideraciones político jurídicas fundamentales, que tienen también relación con los fundamentos teórico jurídicos del derecho procesal", *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 21.

pasando por las fases de diagnóstico y pronóstico; la tutela del individuo no deberá impedir la fluidez y eficacia del tratamiento. Esta comparación es tanto más válida cuanto que en la especie no se busca la aplicación de penas, sino de medidas asegurativas.

La preocupación por excluir el enjuiciamiento de menores de las formas regulares del procedimiento común ha sido captada en el Derecho positivo, donde con frecuencia se habla, tanto en México como en otros países, de actuar sin forma o sin solemnidad de juicio.<sup>78</sup>

Aun cuando la línea general del procedimiento y, por ende, las fases de que consta, son similares en las diversas leyes nacionales o estatales que las regulan, dada la unidad de propósitos y la homogeneidad de inspiración, ocasionalmente surgen diferencias, de mayor o menor cuantía, que conducen a la discriminación de una cierta variedad de procedimientos. Éstos, en efecto, ofrecerán caracteres disímolos según resulten más o menos asimilados (técnica y legalmente) a los comunes, o conforme participen o no en ellos la fiscalía y los defensores. Por otra parte, cabe que surjan, y de hecho en ocasiones surgen, regímenes procesales diversos en atención a factores tales como causa de la comparecencia del menor ante la jurisdicción especial, territorio al que se extiende la competencia del órgano que juzga (dentro de un mismo Estado, se entiende) y edad de los transgresores que han quedado sujetos al enjuiciamiento que nos ocupa.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> Así, en Chile: procedimiento "sin forma de juicio" (LPM, artículo 26); Venezuela: las investigaciones que haga el juez acerca de la conducta y personalidad del menor no habrán de sujetarse necesariamente a las normas de la ley de procedimiento (EM, artículo 146); y Panamá: la audiencia "se llevará a cabo en un ambiente de confianza, sin solemnidades de juicio" (LTTM, artículo 10). En nuestro país, el artículo 505 del Cfpp señala que en la investigación no existe necesidad de sujetarse a procedimiento alguno "similar al judicial"; pero dado que el de menores es procedimiento judicial, se debió decir "similar al judicial ordinario" o, simplemente, "similar al ordinario" o "similar al común". El artículo 105 de Gro dispone que el juez oiga al menor en defensa, "aunque sin formalidad procesal alguna". *Idem*, artículo 37 de Mich. El artículo 8 de Méx previene que "el Consejo llevará a cabo el estudio de los casos de su competencia fuera de toda formalidad...", y el 21 señala que "el Consejo actuará y resolverá los negocios de su competencia sin formalidades de ninguna clase..." Ahora bien, aquí existe incongruencia entre estos preceptos y el rubro de la Sección 1<sup>a</sup> del Capítulo III del Título Primero, que enfáticamente dice: "Formalidades."

<sup>79</sup> En efecto: a) causa de la comparecencia del menor ante la jurisdicción especial: en la Ley orgánica de la Defensa del niño, de Colombia, figura un capítulo sin número denominado "Del procedimiento en caso de infracciones penales" (artículos 12-34), y otro, igualmente sin número, designado "Del procedimiento para el caso de menores abandonados o en peligro" (artículos 48-54); b) territorio: en el Código dos menores, de Brasil, junto a la parte general, sin epígrafe (artículos 1-131), figura una parte especial bajo el rubro: "Disposiciones referentes al Distrito Federal" (artículos 146-230); c) edad de los transgresores sujetos a la competencia del tribunal: en la ley panameña núm. 24, de 19 de febrero de 1951, que crea el tribunal tutelar de menores, el Capítulo III concierne a "procedimiento en casos de menores" (artículos 6-13), y el IV alude a "Procedimiento en casos de adultos" (artículos 14-15).

En el procedimiento penal común cobra importancia superlativa (legal y práctica; en la realidad acaso más de lo que idealmente quisiera la doctrina) el periodo instructorio, sea éste administrativo o estrictamente jurisdiccional, sea, como en México acontece, una combinación de ambos. La instrucción obedece al propósito de reunir los elementos necesarios para determinar si el asunto ha de ser elevado a plenario y, en su caso, para nutrir de tales elementos la fase de juicio, sin que ello obste, claro está (e insistimos también aquí en el frecuente divorcio entre la teoría y la práctica), a que en el juzgamiento el órgano decisorio reúna ingredientes propios para fundar su resolución definitiva.<sup>80</sup>

Pues bien, la misma importancia principalísima tiene, teórica y prácticamente ahora, lo que se pudiera llamar instrucción en el procedimiento de menores. Pero esta instrucción difiere hondamente de la común; si en la segunda importa reunir los datos necesarios para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad del imputado, en la de menores interesan estos extremos, ciertamente, pero el acento se carga sobre las indagaciones acerca de la personalidad del menor, en grado tal que es posible concluir en la inexistencia de la acción antisocial o de la manifiesta conducta irregular, o en la falta de conexión entre aquéllas y el menor enjuiciado y, no obstante, resolver la imposición de una medida correccional.<sup>81</sup> La imputación no tiene, entonces, ningún efecto vinculatorio para el juzgador; no existe, así, la limitación que en el procedimiento ordinario surge de los hechos imputados por el Ministerio Público y estimados, siempre sin exceder del pliego de consignación, en el auto que en México se denomina, con escasa fortuna, de formal prisión.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> "La instrucción del proceso penal... está dispuesta con el fin de comprobar, mediante un primer examen de la *notitia criminis*, si existen elementos para pasar a la fase del juicio", LEONE, *Tratado de Derecho procesal penal*, ob. cit., t. II, p. 84. Mas la instrucción goza de autonomía frente al plenario "en dos sentidos: como posibilidad de concluir por sí el proceso, realizando... la cosa juzgada (y, naturalmente, basta esa posibilidad para negar cualquier carácter instrumental a la instrucción con relación al debate); y como organización del proceso de manera totalmente distinta, ya que no opuesta, al debate". *Idem*, pp. 85-86. Lo segundo es, sin duda, contingente, porque depende de la forma en que cada sistema jurídico estructure la instrucción; lo primero tampoco es terminante, a nuestro entender, ya que si durante la instrucción concluye el proceso (sobreseimiento, auto de libertad absoluta), tal cosa implica que en dicho periodo se cayó en la cuenta de que los elementos existentes no sólo no eran bastantes a nutrir el plenario (cosa que en México fundaría la libertad por falta de elementos para procesar), sino además éste resultaba inútil: en todo caso, se actúa con la vista puesta en el periodo de juicio.

<sup>81</sup> Y viceversa: como dice la parte final del artículo 36 del Código michoacano: "La sola comprobación del hecho antisocial no será suficiente para aplicar una medida tutelar." En cambio, lo contrario ocurriría en el proceso penal, siempre que, como es natural, a la comprobación del hecho se asociara la de la responsabilidad del inculpaado y no hubiese, en favor de éste, ninguna causa excluyente de incriminación o extintiva de la pretensión.

<sup>82</sup> Al respecto, es concluyente el segundo párrafo del artículo 19 constitucional. Sólo puede variar la clasificación del delito, pero no los hechos por los que se ha

Habida cuenta de lo anterior, lo que en términos corrientes se designa como instrucción debiera calificarse, mejor, como observación biopsico-social, pues en esto se cifra la primera etapa del procedimiento ante el juez especial, en que se procura llevar a cabo plenaria investigación sobre el individuo. Tal fenómeno queda en particular relieve si se recuerda que el Derecho repudia, uniformemente, la reclusión de menores en prisiones preventivas y acepta su internamiento, en cambio (a menudo como medida menos preferible que la observación en libertad), en instituciones denominadas en forma corriente de "observación". Así acontece en América Latina<sup>83</sup> y en México.<sup>84</sup> Sobre nuestro país conviene tomar nota de que lo común es detallar los aspectos que en cada área habrá de comprender el examen de observación, criterio casuista poco técnico, porque nada enseña a los profesionistas que intervienen en el tribunal colegiado o que lo asesoran y corre, en cambio, el riesgo de verse rebasado por progresos de las ciencias. De ahí que estimemos preferible la solución dada por el artículo 106 de Gro (en el que, además, se advierte la realización paralela de investigaciones sobre los hechos y acerca del justiciable), que estatuye:

seguido el proceso. Ha sostenido la Suprema Corte de Justicia: "Para que la clasificación del delito por el cual se dictó el auto de formal prisión, pueda variarse en la sentencia, es requisito indispensable que se trate de los mismos hechos delictuosos", Tesis 97, *Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, ob. cit., p. 214. En cuanto a la terminología, estimamos preferible hablar de auto de procesamiento, como en el Derecho español, o de sujeción a proceso, según lo hace el artículo 162 del Cfpp, cuando viene al caso un delito que no se sanciona con pena privativa de libertad o que se reprime con penalidad alternativa. Es paradójico decir, como lo hace el Cppdf, en el artículo 301, que cuando no sea posible restringir cautelarmente la libertad, "el juez dictará el auto de formal prisión (i), para el solo efecto de señalar el delito o delitos por los que se siga el proceso". Además, esta última limitación de efectos es errónea. Cfr. FRANCO SORI, *El procedimiento penal mexicano*, ob. cit., p. 226.

<sup>83</sup> En Argentina, se refiere a la observación el artículo 12 de LM; en Brasil, los artículos 10 de MPM y 68, 69, 147, fracción II, 175 y 192 de GDM, entre los cuales el citado en último término dispone que al ingresar el menor al Abrigo de Menores se le asigne a un pabellón de observación *com aposentos de isolamento* (esta medida, que pudiera parecer harto severa por su parentesco con el régimen celular, es en rigor excelente, porque preserva al menor de contacto con los demás internos y, con ello, le ahorra las vejaciones y abusos frecuentes en estos establecimientos); en Colombia, los artículos 17, 20 y 48 de LODN, de los cuales el segundo dice, establecimiento franco deslinde entre las funciones institucionales y los periodos procesales: "Cada Juzgado de Menores dispondrá de una casa de observación, cuya finalidad no es corregir al niño sino estudiarlo..."; en Chile, el artículo 6º de LPM; en Costa Rica, el artículo 293 del Código de Procedimientos Penales; en Ecuador, los artículos 25 y 70 de CM, que colocan al Policlínico Infantil como organismo consultivo de los tribunales de menores, previniendo además que, a falta de dicha institución, la observación se hará por profesionistas designados por el juez; en Haití, los artículos 11 y 15 de LID; en Panamá, los preceptos 8 y 17 de LTTM; en República Dominicana, el artículo 5º de LT, y en Venezuela el 145 de EM.

<sup>84</sup> El artículo 506 del Cfpp se refiere a la observación, y los preceptos 508-510 fijan el contenido de los informes social, médico y psicopedagógico. Al periodo de observación y al establecimiento especial en que se cursa, alude DF en los artículos 7, fracción I, 24 y ss., 68, 69, 75 y 76. Este señala que en su resolución definitiva los tribunales tomarán en cuenta el dictamen de las autoridades de observación "para

Simultáneamente (a la averiguación de los hechos por el juez), se realizará por personal especializado y previa orden del Juez Tutelar, la investigación integral del menor. Esta investigación será realizada de acuerdo exclusivamente con las normas técnicas adecuadas, pero abarcará, en todo caso, los aspectos social, médico, psicológico y pedagógico del menor.

Es frecuente que no sea el juez quien lleve a cabo, por sí, el estudio biopsicosocial del sujeto, efecto para el cual se auxilia con el centro o establecimiento de observación, aunque no es desconocida la previsión contraria, conforme a la cual son los propios juzgadores quienes, en sus respectivas provincias profesionales, examinan al menor.<sup>85</sup> Sea de esto lo que fuere, es cierto que la decisión del juez se debe ilustrar, si se desea servir fielmente los objetivos de este instituto tutelar, a través del directo contacto con el menor y con los elementos de juicio pertinentes, tanto los derivados de la observación como los concernientes a la averiguación de la conducta. Priva, entonces, la más pura inmediación.<sup>86</sup>

darle el valor que estimen procedente". En Ver, se refieren a este tema los artículos 67, fracción I, 69, 74, 76 y 77. En Gro, los números 98, 106 —que en el texto principal se transcribe— y 107. En Zac, resultan pertinentes los artículos 73, fracción I, 81, 84, 92, 94, 108, 115 y 116. En Méx abordan esta materia los preceptos 18, 19, 37, 39, 41 y 42. En Mich el régimen que nos ocupa se detalla en los artículos 37, 40, 65, 66 y 67.

<sup>85</sup> Así acontece en el Cfpp, que asigna al juez jurista la realización del estudio social, al médico el correspondiente a esta profesión, y al maestro el psicopedagógico (artículos 507-510). Fue éste el sistema que orientó al adoptado en Mich (artículos 66-67). Sobre algún aspecto de este tema, en otra ocasión hemos escrito que sorprende "el hecho de que se confíen al informe del juez educador extremos concernientes al menor tales como estudio cuantitativo de la inteligencia, estudio de las aptitudes mentales, estudio de los instintos afectivos y voliciones, orientación vocacional, etcétera. Frecuentemente será indispensable el uso de un examen tan complejo como lo es el psicodiagnóstico de Rorschach. ¿Cómo podría un maestro —o un médico o un abogado— actuar airoosamente en este terreno? Y luego tendremos a un ciego sirviendo de lazarrillo a otro ciego, porque la parte final del artículo 67 (de Mich) prevé: "Cuando el juez educador no pudiere por sí mismo hacer el estudio psíquico-pedagógico, lo auxiliarán los jueces abogado y médico", *El Código tutelar para menores del Estado de Michoacán*, cit., nota 79.

<sup>86</sup> La intermediación se da en el doble sentido de juez-menor y juez-elementos de prueba. Este principio, vinculado a la oralidad, "consiste en que las partes se comunican directamente entre sí y con el juez que debe proveer, y el juez se comunica directamente con las partes y con las demás personas que intervienen en el proceso". J. CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. J. CASAS Y SANTALÓ, Instituto Editorial Reus, Madrid, s. f., t. II, p. 174. James GOLDSCHMIDT carga el acento en la prueba: el principio "rige especialmente para la recepción de la prueba, y significa que el juez ha de sujetarse a ella en estos dos postulados: a) utilización inmediata de los medios probatorios (principio de intermediación en sentido subjetivo o formal); b) y que ha de utilizar los medios de prueba inmediatos (principio de intermediación en sentido objetivo o material). En el primer sentido, el principio de intermediación prescribe al juez cómo ha de utilizar los medios probatorios, y se refiere a la relación del juez con los medios de prueba; en el segundo, determina al juez qué medios probatorios ha de utilizar, y se refiere a la relación de los medios de prueba con la cuestión a probar", *Derecho Procesal Civil*, trad. L. PRIETO CASTRO, Ed. Labor, Madrid, 1936, p. 87. En Argentina, el juez deberá "tomar conocimiento personal y directo del menor, sus padres, tutores y guardadores..." (LM, artículo

Además, la naturaleza del procedimiento tutelar y, especialmente, la ausencia de formalidades severas, determinan el predominio de la oralidad sobre la escritura,<sup>87</sup> punto en el que se acepta un dato típicamente acusatorio.

En la práctica domina la concentración. Nota común en los distintos sistemas de procedimiento tutelar es el secreto o, al menos, la publicidad fuertemente limitada. Por otra parte, se opta por la libre disposición de pruebas y la valoración igualmente libre de éstas. Pero sobre estos extremos no abundaremos ahora; su importancia singular nos mueve a dedicarle apartados propios.

En el procedimiento tutelar no existe, salvo excepcionalmente, aplicación de los principios de competencia funcional; quien instruye —en el peculiar sentido que asume aquí la instrucción— juzga también. No hay intervención de juzgadores populares, que en esta rama procesal resultarían aún más inadecuados que en la criminal común (empero, téngase en cuenta la situación señalada con respecto a Haití, *supra* número 4). Y es posible que de la instrucción se pase al plenario sin solución de continuidad, insensiblemente, en forma tal que ambas fases pueden desarrollarse en única audiencia, aun cuando a menudo la realización de estudios de personalidad obligará a llevar a cabo la instrucción en forma total o parcialmente separada del juicio. En éste, por últi-

12); en Colombia, debe hablar personalmente con el menor (artículo 19 de LODN) y visitar a los internos en los establecimientos de educación, al menos cuatro veces al año, "y hablará personalmente con ellos, para oírlos sobre sus necesidades y resolver lo que sea del caso". En México existen algunas normas claras sobre intermediación, tanto antes como después de la resolución, pues la fase ejecutiva es procedimental, según adelante veremos. En Cfpp la observación en internados se confía a los consejos de vigilancia. En DF aluden a la cuestión los artículos 14, fracción III, 16 y 98; éste ordena a los jueces visitar el Centro de Observación "con objeto de conocer la situación de los menores que se encuentren a su disposición y lograr, por medio del conocimiento directo, en lo posible, la apreciación de las características de su personalidad..." En Méx es atinente al tema que examinamos el precepto 28, y en Zac lo son el 118 y el 121. Éste ordena al presidente del tribunal visitar periódicamente los centros de observación y establecimientos de internamiento "a fin de obtener el conocimiento directo de (los menores) y poder apreciar las circunstancias y características del menor y el grado de mejoramiento que se ha conseguido con la aplicación del tratamiento a que ha sido sometido el menor".

<sup>87</sup> Señala CHIOVENDA que "entre los diversos problemas concernientes al procedimiento, éste es el fundamental. El tipo y los caracteres de un proceso se determinan sobre todo por la prevalencia del elemento oral o del elemento escrito", *Principios de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., t. II, p. 127. Del concepto de oralidad que Chiovenda aporta, el mismo autor deduce las notas que a continuación mencionamos y que se dan, todas, en el enjuiciamiento de menores; dice el maestro italiano que para que haya proceso oral es necesario: 1. Identidad de la persona del juez desde el comienzo del pleito hasta la decisión; de lo contrario, "si fue oral respecto al juez instructor, deviene escrito en cuanto al que sentencia". 2. Concentración: "Decir oralidad es lo mismo que decir concentración". 3. "La oralidad y la concentración exigen que la decisión del incidente no sea impugnada separadamente del fondo"; inapelabilidad de las interlocutorias, salvo contadas excepciones. 4. La oralidad y la concentración están ligadas a amplios poderes del juez. Cfr. *idem*, pp. 134-137.

mo, es prácticamente desconocido el debate, cosa natural si se atiende a que no hay acusación ni defensa ni, por lo tanto, puntos encontrados que nutran la contradicción en el plenario.

El régimen inquisitivo puro apareja la apelabilidad de la sentencia; el acusatorio, por el contrario, la excluye. En este orden de cosas es preciso traer a cuentas el sistema de valoración de prueba que se adopte: si es el tasado o el de sana crítica, el camino de la impugnación queda fácilmente abierto; si es, en cambio, el de libre convicción, se contrae la vía del recurso, aunque es claro que semejante contracción no implica imposibilidad de impugnar. Varios países latinoamericanos aceptan la impugnabilidad de las resoluciones tutelares, generalmente por el camino de la apelación, aun cuando no son desconocidas la reposición y la conversión a contencioso.<sup>88</sup> En México la tendencia general es en el sentido de rechazar el recurso ordinario de apelación<sup>89</sup> e inclusive el extraordinario de amparo, tesis, esta última, abonada por la jurisprudencia pero difícilmente sostenible a la luz de algunas leyes que expresamente dan a los tribunales para menores calidad de autoridad.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> Brasil: la decisión del juez puede ser impugnada ante un órgano superior por el M.P., el menor o sus padres (MPM, artículo 7); la sentencia puede ser apelada ante el Consejo Supremo de la Corte de Apelación en el procedimiento relativo al Distrito Federal (CDM, artículo 161, parágrafo 5). Colombia: sistema de única instancia (LODN, artículo 2). Chile: si a la medida se oponen los padres, guardadores o personas que tengan bajo su cuidado al menor, el asunto se transforma en contencioso sumario y su tramitación se rige por el Código de Procedimiento Civil (LPM, artículo 27). Ecuador: la Corte de Menores resuelve sobre apelaciones contra fallos de los tribunales de menores (CM, artículo 37). Haití: las impugnaciones se rigen por el Código de instrucción criminal (LID, artículos 39-41). República Dominicana: los fallos del tribunal son inimpugnables en cuanto se refieren a medidas dictadas respecto de la persona del menor, para su educación y corrección, pero son impugnables conforme a las leyes del procedimiento en lo relativo a afectación de personas mayores, no relacionada con la protección del menor (LT, artículo 11). Uruguay: el fiscal y el defensor pueden interponer recursos de reposición y apelación contra las interlocutorias del juez (CN, artículo 120). Contra la resolución definitiva cabe recurrir ante el Tribunal de Apelaciones (*idem*, artículo 133). Se norma también acerca de impugnación contra resoluciones dictadas en el procedimiento de conclusión de las medidas impuestas por el juez (*idem*, artículos 138 y 139).

<sup>89</sup> El artículo 51 de Ver indica que el Consejo de Protección de Menores es tribunal de revisión de oficio de las resoluciones dictadas por los tribunales para menores. Salvo esta excepción, las demás leyes declaran irrecurribles las resoluciones de los juzgadores tutelares: artículos 512 de Fed, 88 de DF, 103 de Zac, 22 de Méx (cuya fórmula es: "No procederá ninguna instancia de inconformidad [*sic*] en contra de las resoluciones definitivas del Consejo...") y 71 de Mich.

<sup>90</sup> En la famosa ejecutoria del menor Castañeda la Suprema Corte de Justicia sostuvo que los tribunales para menores no ejercen función autoritaria, sino sólo se sustituyen a los encargados del menor para la realización de una misión social. Cfr. esta ejecutoria en José Angel CENICEROS y Luis GARRIDO, *La ley penal mexicana*, Ed. Botas, 1934, pp. 319-325. Sin embargo, el artículo 64 de Ver dispone: "Los Jueces de Menores estarán revestidos del carácter de autoridad pública, para los efectos legales, cuando se hallaren en el legítimo ejercicio de sus funciones o procedieren con ocasión de ellas." En su porción final, el artículo 126 de Gro determina que los jueces tutelares "estarán revestidos del carácter de autoridad pública", por más que el artículo siguiente afirma "que sólo ejercen una función protectora", aunque por supuesto el cometido protector de la función no excluye el carácter autoritario de quien la ejerce.

La resolución del tribunal carece de autoridad de cosa juzgada,<sup>91</sup> lógico corolario del hecho de que a través de ella se impone una medida de seguridad (médica, pedagógica, social, etcétera), que ha de cesar o de modificarse al paso que concluyan o se transformen las condiciones, no jurídicas sino fácticas, que la determinaron. En rigor, pues, debe el juzgador estar dotado de atribuciones para modificar en cualquier tiempo la medida —pero no para transformarla en una pena, pues así saldría del cauce que le es propio—,<sup>92</sup> sin necesidad de instancia; menos todavía se puede aceptar que la decisión judicial quede mediatizada por otra autoridad o restringida sólo a ciertas medidas. En este sentido la legislación mexicana supera a buena parte de la latinoamericana, al aceptar las necesarias consecuencias de la medida de seguridad, con las excepciones de Méx, que impone ciertos límites a la revisión en vista de consideraciones temporales, y de DF, que obliga al juez a solicitar del Departamento de Prevención Social acuerdo sobre la suspensión condicional del internamiento.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> Por ello no estimamos acertado decir que las resoluciones finales de los tribunales para menores constituyen sentencias ejecutorias (aun cuando, desde luego, sí son verdaderas sentencias), como hace el artículo 82 de DF, seguido en este punto por el artículo 70 de Mich. La calificación resulta inconveniente porque apunta hacia la cosa juzgada. Así, la cabeza del artículo 426 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales dice: "Hay cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria."

<sup>92</sup> Es evidente que el envío del sujeto a un establecimiento para adultos modifica radicalmente la medida impuesta, pues en aquél se verá sujeto al régimen de ejecución común de penas, por más que se procure imprimir a éstas carácter reformador y atenuar su naturaleza represiva. Estos envíos son consecuencia de la falta de instituciones de clasificación, cuya multiplicidad y especialización resultan urgentes tanto para el tratamiento de los menores infractores como para el de adultos (en este caso: establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, colonias penales, campamentos agropecuarios y forestales, prisiones abiertas, centros de recepción y clasificación, instituciones para el cumplimiento de penas breves privativas de libertad —en la medida en que no sea posible sustituirlas por otras sanciones—, manicomios judiciales, establecimientos para tratamiento institucional de preliberación, casas de salud para alcohólicos, psicópatas y toxicómanos, etcétera). En el sentido criticado, el artículo 122 *in fine* del Código Penal distrital, que contiene el doble error de permitir el traslado a establecimientos para mayores de quienes lleguen a 18 años de edad sin haber concluido el internamiento fijado, y de confiar la decisión sobre tal extremo a la autoridad encargada de la ejecución de sanciones y no al tribunal para menores, como hubiera sido deseable, en la necesidad de optar por el mal menor.

<sup>93</sup> En Colombia el juez puede modificar en cualquier tiempo la medida, pero se requiere el concepto favorable del director de la institución en que está el menor o del consejo de disciplina del establecimiento, en su caso (LODN, artículo 36). Buena provisión es la contenida en el artículo 60 de *idem*, según el cual las casas de educación deberán informar trimestralmente al juez sobre la marcha de la medida, a fin de fundar una eventual modificación de ésta. Conforme al artículo 715 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, el juez puede hacer cesar la reclusión a solicitud del director del reformatorio, del Patronato Nacional de la Infancia, del representante legal del recluso o de un pariente de éste. El artículo 717 alude al cambio de libertad a reclusión. En Chile el juez modifica la medida oyendo sobre el particular a la Dirección General de Protección de Menores (LPM, artículo 20 *in fine*). En Brasil cabe la modificación en todo tiempo, de oficio o a instancia del menor, del res-

Si en el ámbito penitenciario la ejecución penal escapa al Derecho procesal y al juzgador que sentencia, no ocurre lo mismo en el terreno de los menores de conducta antisocial. El hecho mismo de que las medidas sean modificables en función de "los resultados obtenidos" por medio de ellas, obliga al juez a mantener constante supervisión en el periodo ejecutivo, que, así, pasa a formar parte del procedimiento.

### 9. *Secreto*

La publicidad del proceso constituye uno de los más preciados derechos del inculcado, como que a través de ella se abre la puerta para que la opinión pública ejerza vigilancia sobre la actuación de los magistrados, que ciertamente temen más a este control social que al jerárquico. Empero, también es cierto que la publicidad debe ser temperada en función de intereses diversos, cuales son la defensa de las llamadas buenas costumbres o la preservación del orden. En este ámbito es deter-

ponsable de éste o del M.P. (CDM, artículo 63). Las medidas se revisarán indefectiblemente cada tres años, si en el interin no hubiesen cesado sus efectos (artículo 65). El artículo 80 del CDM se refiere a la modificación de medidas aplicadas a menores de entre 14 y 18 años. En Ecuador el juez puede revocar algunas medidas, pero otras quedan fuera de su potestad (CM, artículo 48). En Haití puede el juez internar al menor que goza de libertad, cuando es requerido para ello (LID, artículo 38). En los términos del Derecho dominicano, la modificación de medidas, tanto la de libertad como de internamiento, procede a instancia del delegado social, no *motu proprio* por parte del juez (LT, artículos 9 y 17). En Uruguay la modificación se solicita en cualquier tiempo por los representantes legales del menor; el juez corre traslado de la demanda al M.P. (fiscal de lo civil), recibe las pruebas ofrecidas por las partes y ordena la práctica de las que estime necesarias; en el curso de este incidente se escuchan alegatos y es posible acudir a impugnaciones (CN, artículos 135 y ss.).

En México, el artículo 516 de Fed se ocupa en la materia, con soluciones mejores que las aportadas por el régimen paralelo del DF; en efecto, en Fed el tribunal puede resolver la modificación de la medida cuando "las circunstancias del caso lo ameriten"; esta modificación puede ser pedida por el consejo de vigilancia y conducir a un periodo de prueba, cuya conclusión queda en manos del tribunal. En cambio, en DF, si bien puede el tribunal modificar sus resoluciones, tomando en cuenta los resultados del tratamiento y los fines de curación o reeducación del menor (artículo 82), la suspensión de la reclusión, para libertad a prueba debe ser pedida por el juzgador del Departamento de Prevención Social, que fija las condiciones de este periodo probatorio y decreta su suspensión, llegado el caso (artículo 88). El artículo 109 de Gro resuelve la cuestión en breve fórmula certera: "Las medidas que dicte el Juez Tutelar podrán ser sustituidas en cualquier tiempo por otras, de acuerdo con las necesidades del menor y tomando siempre en cuenta los resultados obtenidos" (artículo 109). Ya nos hemos referido a la excelente solución de Gro sobre la duración previamente indeterminada de la medida (artículo 110). El artículo 103 de Zac permite la modificación en todo tiempo, "según los resultados obtenidos en la persona del menor, por el tratamiento a que se ha sometido para su reeducación". El régimen de Méx, aludido en el texto principal, es éste: cuando el internamiento es indefinido o debe durar dos meses, por lo menos, cabe la modificación a solicitud de un consejero, del procurador de menores o del director de la Escuela de Rehabilitación; en cambio, es posible sin limitación en orden al tiempo, cuando la instancia respectiva proviene del titular del Ejecutivo (artículo 22). La correcta solución michoacana es en el sentido de permitir ampliamente la modificación de las resoluciones que venimos examinando (artículo 47).

minante el buen juicio del tribunal para establecer, ante cada caso concreto, cuándo se está frente a situaciones que pudieran redundar en perjuicio para el orden público o para las buenas costumbres. Además, la regla de publicidad suele descartarse o, al menos, atenuarse severamente en beneficio del inculpado, cosa que acontece, señaladamente, en el procedimiento para infractores menores de edad penal. En este sentido existe uniforme Derecho.<sup>94</sup>

Por otra parte, la publicidad restringida o, de plano, el secreto en ciertas actuaciones, siempre bajo el designio de proteger al individuo y de garantizar imparcial justicia, suelen traducirse en prohibición de publicidad del proceso o de ciertos actos suyos por medio de la prensa y otros instrumentos de comunicación masiva. Es patente que la acción de la prensa, la radio o la televisión, en favor o en contra de un reo, puede ejercer extraordinaria presión sobre quien ha de decidir, empañando y aun suprimiendo su imparcialidad; esto así particularmente en los jurados, donde las emociones juegan abundante papel.

En la legislación latinoamericana se ha optado por el secreto o por restringida publicidad ("publicidad para las partes" y para contadas personas que tienen directo interés en la suerte del menor), estableciéndose con frecuencia veda para la publicación de noticias sobre el proceso e impidiéndose también, en diversos casos, la asistencia del menor al plenario de su propio enjuiciamiento.<sup>95</sup> Este fortísimo imperio de principios inquisitivos, perfectamente explicables en el procedimien-

<sup>94</sup> Las mismas consideraciones que dan origen al secreto en el procedimiento para menores entran en juego para prohibir a éstos el acceso a las audiencias de tribunales para adultos. En los términos del artículo 12 de las Bases del procedimiento judicial penal de la URSS y de las Repúblicas federadas el principio de publicidad se deroga, entre otros supuestos, "por decisión motivada del Tribunal en las causas relativas a los delitos cometidos por personas que no hayan alcanzado la edad de dieciséis años..." Cosa similar acontece en los Estados Unidos. Cfr. JOHN CAREY, *Les critères minimum de la justice criminelle aux Etats Unis*, en rev. cit., p. 87. Asimismo en Francia, tanto ante los tribunales para menores como ante la *cour d'assises* para estos infractores. Cfr. Jean et Anne Marie LARGUIER, *La protection des droits de l'homme dans le procès pénal*, en rev. cit., p. 145. La publicidad se excluye en el procedimiento de menores para prevenir "una reacción psicológica que conduzca al individuo, que se siente excluido el mundo de las gentes honradas, a afirmarse, con orgullo mal entendido, como perteneciente al medio de James Bond". A. VANWELKENHUYZEN, *La protection des droits du prévenu dans le procès pénal de Belgique*, en *idem*, p. 45. Para quienes tienen contacto directo con los problemas de la delincuencia juvenil (y de la adulta) es bien conocido este proceso de satisfacción por la publicidad que hace del infractor persona notoria y, en cierto modo, importante.

<sup>95</sup> En Brasil sólo pueden asistir a las audiencias las personas cuya presencia sea necesaria para el proceso y aquéllas que cuenten con autorización judicial (CDM, artículo 88); se prohíbe y sanciona la comunicación al público de los actos del procedimiento, salvo por lo que hace a la sentencia, en la que, sin embargo, el nombre del menor será sustituido por una inicial (artículo 89); está proscrita la asistencia de menores a las audiencias de jueces y tribunales (artículo 91); la declaración de menores inculcados con adultos se recibirá en audiencia secreta en el juicio que se siga a los segundos (artículo 172, que se refiere a menores de 14-18

to especial que estudiamos, domina asimismo en el Derecho mexicano, que también quiere sustraer al niño o al adolescente de las ingratas consecuencias que para él pudiera tener la publicidad.<sup>96</sup>

#### 10. Prueba

Si en el enjuiciamiento de menores infractores viene al caso, aún más acentuadamente que en el proceso penal para adultos, la investigación de la verdad histórica, puesto que no sólo se trata de establecer la realidad de los hechos y la identidad del responsable, sino principalmente de fijar los íntimos problemas de éste y precisar, para combatirlos, los

años). En Colombia el menor no puede asistir a la audiencia de su propio procedimiento, a la que sí pueden concurrir, en cambio, el médico del juzgado, el promotor-curador, el delegado a cargo de la encuesta sobre el menor, los padres y parientes próximos de éste, así como otras personas interesadas en la protección de menores, a juicio del tribunal (LODM, artículo 21); el artículo 26 estatuye el secreto de las actuaciones y prohíbe informar al público, y el 27, que proscriba la difusión de noticias en estos casos, desautoriza cualquier medio tendiente a identificar al menor ante el público; el artículo 28 sanciona las infracciones a los dos anteriores; el 84 previene el carácter reservado de la ficha médico social del infractor; según el artículo 50, en los procedimientos que se refieren a menores abandonados o en peligro, la sentencia se dicta ante los padres o las personas de las que el menor dependa. La regla de secreto y la prohibición de publicidad sobre el hecho o acerca de la persona del menor, más las sanciones del caso, se fijan en CM de Ecuador: artículos 57, 2º párrafo, 61 y 62. El secreto atenuado, incluso con respecto al menor y su propia audiencia, rigen en Haití, donde se autoriza para concurrir a ésta, sin embargo, a los testigos, los parientes próximos, los representantes legales, miembros de la Barra, representantes de sociedades protectoras de la infancia, especialistas en delincuencia juvenil del Instituto de Bienestar Social o de cualquiera otra organización privada o pública (artículos 19, 21, 22 y 26 de LID). Por lo que toca a Panamá, existe secreto y prohibición de difundir noticias acerca de los menores infractores (LTTM, artículo 11). En Paraguay el secreto tiene por consecuencia excluir al defensor del acto en que declaren los menores, pero no del plenario, salvo que en éste comparezca el menor con su tutor o representante legal (artículo 1003 del Código de Procedimientos Penales). En República Dominicana LT permite concurrir a las audiencias a los funcionarios indicados en la ley, tutores, protutores y guardianes de los menores (artículo 16), y LP proscriba la publicación de noticias acerca de delincuencia, mendicidad y vagancia de menores de 18 años; cuando las publicaciones que lo hagan procedan del extranjero, queda prohibida su venta a menores de 18 años (artículos 1 y 2). En Uruguay pueden asistir a las diligencias sólo el fiscal de lo civil, el defensor, el representante legal del menor con sus abogados, el visitador social y las personas autorizadas por el juez (CN, artículo 120); se impide y sanciona la publicidad de noticias y notas gráficas (artículo 129). En Venezuela, el artículo 103 en EM veda la publicación por prensa o radio de nombres, fotografías y otras señas de identificación de los infractores o de los menores "que hayan sido víctimas de violación, corrupción, seducción o de cualquier otro delito cuya publicidad pueda dificultar su reeducación o perjudicar su desarrollo intelectual y moral".

<sup>96</sup> En DF, el artículo 79 dispone que a la audiencia asistan personas "mayores de edad" autorizadas para ello, expresamente, por el tribunal, así como los menores a quienes se refiere el procedimiento, si el mismo juzgador así lo acuerda. El artículo 101 reza: "Los tribunales y las instituciones auxiliares sólo proporcionarán datos a las autoridades judiciales", prescripción a todas luces errónea, pues es indispensable que además los proporcionen al Departamento de Prevención Social,

factores endógenos y exógenos que han influido sobre su conducta, precipitándola o determinándola, es natural que se confíe al juez amplísimo poder para allegarse todos los datos que lícitamente le permitan desempeñar con mayor eficacia su cometido.<sup>97</sup> Por otra parte, dado que el menor se encuentra sustraído, al menos en México, a las normas constitucionales que rigen el proceso ordinario y a las previsiones contenidas en las leyes comunes secundarias, no advertimos inconveniente en que el juzgador acuda al uso de expedientes de investigación que en el área de adultos quedarían, a nuestro juicio, vedados, como lo son el narcoanálisis y el empleo del detector de mentiras. Otra cosa es la tortura, que en modo alguno cabe aceptar, por cuanto implica un sufrimiento físico y psíquico que riñe con elementales principios de Derecho, cuya validez no depende de la edad del infractor ni de los fines del procedimiento.

A la amplia facultad, en cuanto a la ordenación y recepción de pruebas, que se desprende, por lo demás, de los poderes concedidos al juzgador y examinados *supra*, sub 6, debe asociarse razonable latitud para la apreciación de la prueba. Con ello queremos rechazar el régimen de la tasada, sin admitir tampoco el de libre convicción, que impera en el juicio por jurados; estimamos en todo caso preferible la sana crítica, que reclama del juez razonamiento puntual acerca del valor

que es autoridad administrativa. En Méx, el artículo 9 acepta el acceso a la sala de deliberaciones de personas cuya presencia se haya autorizado expresamente; el artículo 49 contiene una extraña norma, pues en caso de codelincuencia de menores y adultos faculta al consejo para rehusar información al tribunal ordinario, "explicando las razones que motiven su negativa": el artículo 52 establece el secreto de actuaciones, actas, estudios y dictámenes, que no podrán ser materia de información a "ninguna otra Autoridad ni particular", salvo a los padres o tutores y a la autoridad judicial. También este precepto es erróneo, pues resulta clara la necesidad de brindar acceso a tales documentos a autoridades administrativas diversas, como la Dirección General de Gobernación y los directores de las instituciones en que se alojan los infractores.

<sup>97</sup> En rigor, "si la prueba sirve para demostración y control de la certidumbre, con el fin de hacer posible la formulación de un juicio histórico, no debería existir ninguna limitación formal al desenvolvimiento de las operaciones necesarias para esa finalidad, y la libertad más absoluta se nos presenta como la única y esencial regla admisible en la materia". Carlo FURNO, *Teoría de la prueba legal*, trad. Sergio GONZÁLEZ COLLADO, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 143. En el proceso civil, considerado en general, "las aportaciones de pruebas son actos de parte. Ello es una consecuencia del principio dispositivo". GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, ob. cit., p. 253. En el penal, en cambio, el juez debe tutelar el interés represivo del Estado, indagando por su cuenta, oficiosamente, Cfr. Mireya DE SOLA DE PINO, *La confesión en el procedimiento penal venezolano*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1965, pp. 15-16. En mérito de la tónica acusatoria del Derecho Procesal Penal constitucional mexicano, en el proyecto de Código de la materia de 1963 (tipo) se suprimió la facultad del juez para allegarse a su arbitrio elementos probatorios. Cfr. *Exposición de Motivos*, para la promoción oficiosa de pruebas, Pallares estima que es ésta una norma en rev. cit., p. 16. Al criticar el artículo 414 del Cppdf, que otorga poder al juez indebida e inconstitucional, con la que "se vuelve al procedimiento inquisitorial y se unen en un mismo órgano la función judicial y la propia del Ministerio Público", *Prontuario de procedimientos penales*, ob. cit., p. 43.

asignado a las pruebas<sup>98</sup> y que, por otra parte, no descuida ciertas reglas de razón, que aherrojan al juzgador bajo el sistema de prueba tasada, pero solamente lo orientan en los términos del de sana crítica.<sup>99</sup>

El Derecho Procesal Penal mexicano ha abandonado gradualmente el añejo sistema de prueba tasada para pasar al de sana crítica,<sup>100</sup> que es también el aceptado en el régimen tutelar de menores, salvo en Méx., que optó por la libre convicción. La opción mayoritaria del Derecho mexicano sobre menores infractores se deduce de los preceptos correspondientes, pero no de las fórmulas expresamente empleadas para designar al sistema de valoración de pruebas, pues aquí se incide en el viejo error de confundir apreciación en conciencia o libre convicción con sana crítica.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> ALCALÁ-ZAMORA distingue entre sistemas de apreciación apriorística y extra-judicial: ordálico y legal; y sistemas de valoración *a posteriori* y judicial: libre y de sana crítica o apreciación razonada. Dejando de lado el sistema ordálico, ya extinto, y el legal o tasado (que consagra normas de experiencia y fue freno al absolutismo judicial), que no ofrecen mayor problema conceptual, cabe decir que el libre o de valoración en conciencia "traduce, no tanto la íntima convicción del juez acerca de los hechos del proceso, como su voluntad en cuanto a la fijación de los mismos... De ahí que... no sea exponente de liberalismo procesal, sino de dictadura judicial, puesto que se preocupa tan sólo de vencer, sin cuidarse además de convencer, como hace en cambio la sana crítica"; ésta "debe ser la demostración cabal de que la apreciación de la prueba efectuada por el juzgador se corresponde con la realidad de los hechos o, de no ser posible, a'canzar semejante grado de certeza, de que cuenta a su favor con las mayores probabilidades de reflejar esa coincidencia", *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., t. III, pp. 43 y ss. Sobre la prueba tasada como medio de prevenir la arbitrariedad judicial, cfr. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, en "Principios generales del proceso", EJE, Buenos Aires, 1961, t. II, p. 161.

<sup>99</sup> La prueba tasada encierra, no obstante sus notorias deficiencias como sistema, buen trasfondo de razón, en tanto es resultado de larga y aguda observación acerca de los elementos de juicio, que Pietro ELLERO reuniese de manera excelente bajo el rubro de "aforismos de la crítica y cánones del juicio". Cfr. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, trad. Adolfo POSADA, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, pp. 289 y ss.

<sup>100</sup> La tasada se contiene en el Cppdf (artículos 246 y ss.), en tanto la sana crítica halla acomodo, aunque no plenamente, en el Cfpp (especialmente, artículos 285 y 290). Entre los modernos códigos adjetivos mexicanos es categórica la admisión de la sana crítica en el del Estado de México, de 30 de diciembre de 1960, cuyo artículo 267 indica: "Las pruebas serán valorizadas, en su conjunto, por los Tribunales, siempre que se hayan practicado con los requisitos señalados en este Código." Y el artículo 269 determina: "Los Tribunales razonarán en sus resoluciones lógica y jurídicamente la prueba..."

<sup>101</sup> Efectivamente, son contradictorias las normas que sobre el particular existen en DF y en Zac. El artículo 97 de DF dispone que "los tribunales procederán con absoluta libertad de criterio y apreciarán en conciencia todos aquellos elementos de juicio capaces de determinar las resoluciones que adopten, expresando en cada resolución, brevemente, las razones que a sus miembros inclinen en un sentido determinado, y éstos serán los únicos responsables de sus determinaciones". Por su parte, el artículo 99 de Zac se ha concebido así: "El titular del Tribunal procederá con absoluta libertad de criterio, apreciando en conciencia las circunstancias del caso y demás elementos que en el mismo aparezcan, debiendo expresar en forma breve los fundamentos de su resolución", y la fracción VI del artículo 120 agrega que la resolución judicial deberá ser "debidamente fundada, valorizando los datos,

Como se advierte, en el ámbito probatorio el procedimiento tutelar se ha inclinado hacia el acusatorio, rechazando el régimen tasado típico del inquisitivo.<sup>102</sup> Esta preferencia es acertada y sirve mejor a la indagación de la verdad material, que desdeña las severas limitaciones de la prueba tasada. A nuestro juicio, no es conveniente tampoco la valoración en conciencia, y menos todavía tratándose de jueces letrados o de tribunales en que participan expertos en diversas disciplinas. La gran importancia que la pericia tiene en el enjuiciamiento de menores (no tanto por lo que mira a comprobación de hechos y de autoría, sino por lo que atiende a definición de la personalidad del sujeto) requiere régimen de crítica. En efecto, no sería acertado negar valor a los estudios elaborados por técnicos sin expresar la razón del rechazo. Este razonamiento se proyecta, asimismo, con suma utilidad, hacia el periodo ejecutivo.

### 11. *La competencia del juez especial sobre adultos*

Al hablar de extensión de la competencia del juez de menores sobre adultos, cabe considerar dos hipótesis, con una subdivisión de la segunda. Es posible que se niegue radical y terminantemente al juez tutelar competencia para conocer de cuestiones referentes a adultos (véase, sin embargo, nota 73, de donde resulta siempre una ingerencia tácita en derechos cuya titularidad corresponde a mayores), como se la niega al común para entender de las concernientes a menores, rompiéndose así la continuidad de la causa en casos de participación de unos y otros en hechos delictuosos. La segunda hipótesis corresponde a la atribución de competencia a tribunales para menores a fin de conocer sobre asuntos conectados con adultos, hipótesis subdivisible en tres supuestos: a) materia civil, b) materia penal, y c) materia administrativa.

informes, dictámenes y demás elementos de convicción, y en general todas las actuaciones, conforme a la más absoluta libertad de criterio y conciencia recta; expresando con brevedad en su resolución los motivos que lo hayan llevado a determinar las medidas y tratamientos de rehabilitación especificados en la resolución definitiva". Es claro que esta motivación no corresponde a la valoración en conciencia; compárese, en este sentido, el texto transcrito con los relativos a apreciación de pruebas por el jurado para emitir veredicto. En cuanto a otros países latinoamericanos, existen tanto libre convicción como sana crítica; así, en Colombia la declaración del testigo se valora "conforme a las reglas de la crítica del testimonio" (LODN, artículo 12; en sentido similar, cfr. artículo 19); en Chile se aprecia la prueba en conciencia (artículo 26 de LPM).

<sup>102</sup> Sin embargo, LEONE incluye entre los principios fundamentales del sistema inquisitivo la "libertad del juez en la búsqueda, adquisición y valoración de las pruebas, independientemente de todo comportamiento de las partes", afirmación que no obsta para que líneas abajo indique, contradiciéndose, que a fin de evitar arbitrariedades el proceso inquisitorio contaba con varios dispositivos, entre ellos "la prueba regulada por ley en su fuente (criterio de la prueba legal)", *Tratado de Derecho Procesal Penal*, ob. cit., t. 1, p. 24.

El supuesto a) se relaciona con asuntos tales como suspensión o privación de patria potestad y tutela, o rehabilitación en el goce de estos derechos. El supuesto b) tiene que ver con la sanción penal a los adultos participantes en infracciones de menores o responsables de delitos cuyas víctimas sean menores. El supuesto c), por su parte, hace referencia a la adopción de medidas administrativas, generalmente sancionadoras, para la mejor tutela de los menores en general.

En Derecho extranjero son bien conocidas estas diversas formas de competencia en razón de la materia,<sup>103</sup> no así en el mexicano, donde la segunda, la propiamente penal, no existe, cosa congruente con el espíritu distinto que anima y en cierto modo contrapone a la jurisdicción común y a la especial;<sup>104</sup> la primera se deduce tácitamente de las medidas que importan suspensión o privación de derechos de adultos sobre menores sujetos a su cuidado; y la tercera se capta expresamente en Zac, dando así a órganos judiciales atribuciones que normalmente incumben a las administrativas policiales o tutelares.<sup>105</sup>

<sup>103</sup> La ingerencia de tribunales para menores en sanción de adultos o en el cumplimiento de obligaciones de éstos se regula en Brasil (CDM, artículos 31 y ss., y 55 y 75), Colombia (LODN, artículo 51), Ecuador (CM, artículos 42, 53 y 54), Haití (LID, artículo 37), Panamá (LTTM, artículos 5, 14 y 15), República Dominicana (LAM, artículo 5, y LT, artículos 2 y 17). Es ilustrativo, por su amplitud, el artículo 5 de LTTM, de Panamá: "También tendrá el Tribunal Tutelar de Menores jurisdicción privativa sobre los casos contra adultos acusados de contribuir en alguna forma a la delincuencia juvenil, de faltar al cumplimiento de las obligaciones civiles que las leyes establecen a favor de los menores, o de ejecutar actos en perjuicio de los derechos consagrados en favor de éstos." El párrafo del mismo precepto crea una jurisdicción concurrente entre el Tribunal para Menores y el Tribunal Superior de Distrito Judicial, con audiencia ante un jurado de conciencia; el acusado puede acogerse a una u otra jurisdicción. Interesante, asimismo, es el artículo 2 de LT de República Dominicana: los tribunales para menores conocerán de las imputaciones que se hagan a menores de entre 8 y 18 años por haber incurrido en conductas estimadas delictuosas, pero "cuando tales hechos sean cometidos por menores que aún no hayan cumplido los ocho años, las persecuciones y procedimientos establecidos en las leyes, serán dirigidos contra el padre, la madre, el tutor o guardián del menor".

<sup>104</sup> SAJÓN y ACHARD censuran que se otorgue a los tribunales para menores competencia para el conocimiento de delitos perpetrados por adultos. La "jurisdicción de menores tiene un sentido pedagógico y proteccional —como lo tiene todo este Derecho— y de ninguna manera represivo o sancionador. Las cualidades que se requieren para ambas funciones son, por consiguiente, diametralmente diferentes", *Situación de la legislación relativa a la minoridad en Latinoamérica*, ob. cit., p. 16. RAMOS PEDRUEZA no era partidario de dividir la jurisdicción cuando en un solo delito concurren menores y adultos. Este catedrático optaba por la siguiente solución: si el adulto es mero encubridor, el conocimiento total incumbe al tribunal para menores, en tanto se atribuye al común cuando el adulto es autor o cómplice. Cfr. *Los tribunales para menores delincuentes. Bases para un proyecto de ley*, ob. cit., p. 9. Sin embargo, este criterio deja sin respuesta algunos problemas, como el que se plantea cuando adultos y menores concurren al delito en el mismo plano de participación: como coautores, por ejemplo.

<sup>105</sup> Los artículos 52 y 61 de Zac facultan al juez para menores a efecto de ordenar el cierre temporal de establecimientos en que se infrinjan las normas sobre prohibición de acceso a menores. No sorprende esta disposición puesto que el mencionado juez resulta ser, al mismo tiempo, el Jefe de Prevención Social y

Estimamos correcto el régimen adoptado mayoritariamente por las leyes mexicanas (exclusión de conocimiento sobre cuestiones de Derecho Penal común y administrativo), pero también creemos indispensable —y consecuente con la Constitución— proveer algún procedimiento ante los tribunales para menores, así sea sumario, en forma tal que no queden los adultos privados de derechos sin su expresa conformidad o sin audiencia en juicio.

Protección Infantil y Juvenil en el Estado, mas aquella atribución no se le otorga en su calidad de autoridad puramente administrativa, sino en su condición de juez. Por cierto, el artículo 52 introduce una distinción incomprensible a la vista de la ley total, ya que habla de que pueden ordenar el cierre indicado el Jefe de Prevención Social "y" el juez de menores, que son, sin embargo, una sola persona. Similar atribución asigna Gro a un organismo administrativo: el Consejo de Protección de Menores (artículo 112).