

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SINALOA.
FACULTA DE DERECHO.
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



**“LA INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DEL ARTÍCULO 18
CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN PENAL EN
LA JUSTICIA DE ADOLESCENTES”.**

Tesis:

**QUE PRESENTA PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN CIENCIAS DEL DERECHO EL
MC. JOSE LUIS RICARDO LOPEZ ENRIQUEZ.**

BAJO LA DIRECCIÓN DEL C.

DR. CARLOS FRANCISCO CAMERO RAMÍREZ.

CON LA REVISIÓN Y COLABORACIÓN DE LOS CC.

DR. GONZALO ARMIENTA HERNÁNDEZ

DR. FERNANDO CASTILLO LORA.



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SINALOA
FACULTAD DE DERECHO, CULIACÁN
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DOCTORADO EN CIENCIAS DEL DERECHO**



PROYECTO DE TESIS DOCTORAL:

“La interpretación Doctrinal del artículo 18 Constitucional y su aplicación Penal en la justicia de adolescentes”.

**Alumno: M.C.JOSE LUIS RICARDO LOPEZ ENRIQUEZ.
Tutor: DR. CARLOS FRANCISCO CAMERO RAMIREZ.
Lectores: DR. GONZALO ARMIENTA HERNANDEZ.
DR. FERNANDO CASTILLO LORA.**

Culiacán, Sinaloa, a 28 de febrero de 2015.

INDICE

Introducción.....	VII
Capítulo 1. Generalidades conceptuales sobre la minoría de edad penal...	1
1.1. La minoría de edad.....	1
1.1.1. El concepto formal de menor de edad.....	2
1.1.2. La capacidad jurídica del menor.....	8
1.1.3. Breve desarrollo histórico del concepto penal de menor infractor.....	23
1.1.4. El discernimiento de la persona menor de edad como requisito criminalizador.....	24
1.1.5. El modelo correccional.....	32
1.1.6. El modelo garantista.....	50
1.2. Consideraciones sobre la edad penal.....	56
1.2.1. Consideraciones Políticas y jurídicas de la edad penal.....	56
1.2.2. La edad penal.	61
1.2.3. La pertinencia punitiva del derecho penal de menores.....	62
1.2.3.1. La trascendencia jurídica de la edad en el derecho penal.....	69
1.2.3.2. Derecho de la minoridad.....	74
1.2.4. El límite inferior y superior de la minoría de edad.....	77
1.2.5. La relevancia jurídica de la edad en el derecho penal de menores.....	80
1.2.6. Determinación de la minoría de edad a efectos penales.....	93
1.2.6.1. La ley Federal de Justicia para adolescentes.....	93
1.2.6.2. El ámbito subjetivo del menor de doce años de edad.....	94
1.2.6.3. El ámbito subjetivo del adolescente de doce años y menor de dieciocho.....	95
1.2.7. El tratamiento jurídico penal de la infancia: de la “compasión” a la "consideración".....	96
1.2.8. La justificación teórica para ubicar al sistema de justicia para adolescentes en el ámbito penal.....	98
1.2.9. La doctrina de la situación irregular.....	101
1.2.10. Una aproximación penal al derecho de adolescentes.....	103
1.2.11. El derecho penal garantista de los adolescentes.....	104
Capítulo 2. Desarrollo histórico legislativo de la justicia penal para adolescentes en el contexto jurídico constitucional mexicano.....	106
2.1. Antecedentes histórico punitivos en materia de menores en el derecho mexicano.....	106
2.1.1 Los Mayas.	106
2.1.2. Los Aztecas.....	107
2.1.3. La Época Colonial.	109
2.1.4. La Época Independentista.....	110
2.1.5. El Código Penal de 1871.....	111
2.1.6. El Código Penal de 1929.....	111
2.1.7. El Código Penal de 1931.	112
2.1.8. Los ordenamientos Locales sobre la Justicia de adolescentes a raíz de	113

la reforma constitucional de 2005.....	
2.2. Los objetivos de la Reforma Constitucional del artículo 18 de 2005.....	114
2.3. La interpretacion constitucional.....	118
2.4. Origen de la interpretación constitucional.....	119
2.5. Principios de la interpretación constitucional.....	131
2.5.1. La hermeneutica como interpretación.....	134
2.5.2. Interpretación tópica.	142
2.5.3. Interpretación institucional.....	145
2.6. Los Principios procesales constitucionales para el ambito Penal.....	149
2.6.1. Principio de Seguridad Jurídica.	149
2.6.2. Principio de la unidad de la constitución.....	153
2.6.3. Principio de concordancia práctica.	154
2.6.4. Principio de correccion funcional.	155
2.6.5. Principio de la funcion integradora.....	156
2.6.6. Principio de la fuerza normativa de la constitución.....	157
2.6.7. Principio de legalidad constitucional.....	159
2.7. La interpretacion de la ley penal.....	163
2.7.1 La Interpretación formal y Judicial de la Ley Penal.....	163
2.7.2. Criterios de clasificacion de la Interpretacion penal.....	165
2.7.2.1. Por su origen.....	166
2.7.2.1.1. Privada.	166
2.7.2.1.2. Auténtica.	167
2.7.2.1.3. Judicial.	167
2.7.2.2. Por su Método.	168
2.7.2.2.1. Histórico.	168
2.7.2.2.2. Gramatical.	169
2.7.2.2.3. Teleológico.	170
2.7.2.2.4. Sistemático.	170
2.7.2.3. Por Su Resultado.	171
2.7.2.3.1. Interpretación Declarativa.	171
2.7.2.3.2. Interpretación Extensiva.	172
2.7.2.3.3. Interpretación Restrictiva.	172
2.7.2.3.4. Interpretación Progresiva.	173
2.8. Integracion de la ley penal.	174
2.8.1. Necesidad de integrar la Ley.	174
2.8.2. Medios integradores de la Ley.	174
2.8.3. Integración por analogía.	174
2.8.4. Analogía e interpretación analógica.	175
2.9. Fundamento constitucional de la interpretación jurídica en materia penal en México.....	176
2.9.1. El paradigma sobre la nueva propuesta de interpretación penal.....	179
2.9.2. La necesidad de interpretar la ley penal.	182
2.9.3. Neopositivismo penal: Interpretar la ley o al legislador.	186
2.9.4. Hacia una nueva cultura penal.	191

2.10. La reforma al artículo 18 constitucional de diciembre de 2005 y el nuevo modelo de justicia penal para adolescentes.....	193
2.10.1. El Fundamento de la reforma.....	193
2.10.2. La Justificación de la reforma Constitucional del artículo 18.....	199
2.11. El nuevo modelo de justicia penal de los adolescentes, efecto de la reforma Constitucional del artículo 18 de diciembre de 2005.....	203
2.11.1. La definición de adolescente.....	203
2.11.2. Proyección del interés de los menores en el derecho penal de Menores.....	205
2.11.3. El Derecho Penal garantista de los adolescentes Concepto.....	205
2.11.4. Los principios generales del Garantismo Penal aplicados a la justicia de los adolescentes.....	206
2.11.5. El desarrollo jurídico del derecho penal juvenil y su relación con el derecho penal.....	208
2.12. Las garantías del debido proceso que se desprenden del artículo 18 Constitucional aplicables en la Justicia para Adolescentes.....	219
2.12.1. De legalidad.....	220
2.12.2. De presunción de inocencia.....	221
2.12.3. De ser informado.....	223
2.12.4. De jurisdicción, audiencia y defensa al debido proceso.....	224
2.12.5. A no confesar, a interrogar y a la defensa.....	225
2.12.6. A promover recurso de apelación.....	226
2.12.7. Derecho a tener interprete gratuito.....	227
2.12.8. Derecho a respetar su vida privada.....	227
2.13. Los principios generales del garantismo penal aplicados en el modelo de justicia de protección integral para los adolescentes.....	228
2.13.1. El interés superior del menores en el derecho penal.....	230
2.13.2. El principio de intervención mínima.....	234
2.13.3. Principio de reintegración social y familiar del adolescente.....	236
2.13.4. Principio de especialización.....	238
2.13.5. Principio de igualdad y no discriminación.....	239
2.13.6. Principio de presunción de inocencia.....	240
2.14. Las medidas de seguridad, como aspecto ejecutivo de la sanción a Menores.....	240
2.14.1. La proporcionalidad de la justicia de menores.....	241
2.14.2. Las medidas de seguridad y su finalidad: la reinserción social.....	242
2.14.3. El Internamiento, como medida extrema.....	242
Capítulo 3. El menor de edad en el derecho internacional, el derecho comparado y la jurisprudencia.....	251
3.1. La influencia de los derechos humanos en la formulación del derecho del menor.....	251
3.2. Los derechos del niño como exigencia de los derechos humanos.....	254
3.3. Instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño durante el siglo XX.....	258

3.4. Instrumentos sobre regulación menores en el ámbito universal.....	229
3.4.1. La Declaración de los derechos del niño de 1924.....	229
3.4.2. La Declaración de los derechos del niño de 1959.....	260
3.4.3. La Convención sobre los derechos del niño de 1989.....	264
3.4.4. Otros instrumentos internacionales relativos a menores de edad.....	266
3.4.4.1. El Convenio de Ginebra.....	266
3.4.4.2. El Convenio de La Haya.....	267
3.4.4.3. El Convención de Naciones Unidas sobre el consentimiento Matrimonial.....	267
3.4.4.4. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores o Reglas de Beijing.....	268
3.5. El interés superior del menor.....	269
3.5.1. Origen del concepto.....	269
3.5.2. Concepto de Interés superior del menor.....	272
3.6. Criterios para determinar el contenido esencial del interés del menor.....	274
3.6.1. La voluntad y libertad del menor.....	274
3.6.2. Aprendizaje de determinados valores y normas sociales.....	276
3.6.3. Participación y audiencia del menor.....	277
Capítulo 4: El Nuevo modelo de justicia penal de los adolescentes, efecto de la reforma constitucional del artículo 18 de diciembre de 2005 en México.....	279
4.1. Aspectos Generales de la Justicia Penal para Adolescentes.....	279
4.2. La Culpabilidad Penal.....	283
4.2.1. Moderna formulación de la culpabilidad normativa.....	285
4.3. La imputabilidad.....	285
4.3.1. Concepto y fundamento.....	285
4.3.1.1. El concepto en sentido estricto de la imputabilidad.....	287
4.3.2. La imputabilidad como elemento de la culpabilidad.....	293
4.4. La inimputabilidad.....	295
4.4.1. Concepto y fundamento.....	295
4.4.2. La Inimputabilidad de los menores.....	296
4.4.3. La minoría de edad como causa de inimputabilidad.....	299
4.5. La Ley Federal de Justicia para Adolescentes.....	301
4.5.1. Las características principales de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes.....	305
4.6. Los adolescentes desde la perspectiva del Código Nacional de Procedimientos Penales.....	307
4.7.El Derecho Internacional referente jurídico de la Justicia Federal para adolescentes.....	307
4.8. La justicia para adolescentes en México.....	309
4.8.1. Los Fundamentos del Sistema de Justicia para adolescentes en México.....	310
4.8.2. Los Sujetos del Sistema de Justicia para adolescentes.....	313

4.8.3. La aplicación de la Ley de Justicia para Adolescentes respecto al internamiento y ejecución de sanciones.....	314
4.9. La Justicia para Adolescentes en el Estado de Sinaloa.....	317
4.9.1. El Procedimiento especializado en la justicia para Adolescentes.....	319
4.9.2. El juicio oral.....	320
4.9.3. El procedimiento alternativo.....	320
Conclusiones.....	321
Propuestas.....	323
Bibliografía.....	324
Conclusiones.....	321
Propuestas.....	323

INTRODUCCIÓN

Resulta sumamente difícil entender primero y luego aceptar como tal, que en un abrir y cerrar de ojos como se dice coloquialmente, un niño o un joven menor de edad se situó en la posición de ser sujeto de un proceso penal como si ya fuera un adulto. En los diferentes medios de comunicación mediante los cuales nos informamos diariamente, o por la propia voz de nuestros vecinos y algunas veces de nuestros mismos familiares, nos enteramos de hechos delictivos en los cuales adolescentes y en algunos casos hasta niños han sido participes, ya como víctimas o ya como autores materiales de los mismos, y seguramente en alguna ocasión hemos sido testigos cuando no víctimas de algún ilícito en el cual esté involucrado algún menor de edad, esto sin duda es y debería ser preocupante para todos nosotros, por eso, luego nos preguntamos a que se debe el comportamiento desviado de jóvenes que aparentemente gozan de cabal salud física y mental, es quizás la ignorancia, la miseria, la falta de oportunidades, la escasa y deficiente educación, la impericia, inexperiencia, el caso fortuito e inesperado el que propicia que los menores delincan, otro asunto es poder determinar si su actuación fue con dolo o solo fue un hecho culposo, sin duda son muchas las causas que originan el delito. Pero, y después de la comisión del ilícito que sigue, cuál será su castigo, su pena o tratamiento, y como van a actuar los Gobiernos y la sociedad para prevenir en el futuro más delitos en los que se involucren a menores de edad. En un principio presentó en este trabajo, una investigación científica del tema sobre los menores o adolescentes infractores y del tratamiento que las sistemas jurídicos de nuestro país y de países europeos como Alemania, España, Italia e Inglaterra han dado a estos sujetos, así como otras culturas de América como los Mayas y los aztecas, pasando por la época de la colonial y hasta situarnos en la actualidad en la cual ya encontramos tratados internacionales y legislaciones de carácter nacional y estatal protectoras de los menores, que garantizan sus derechos fundamentales.

La delincuencia es un fenómeno característico de todas las formaciones económico-sociales por los cuales atraviesa la humanidad, una de sus manifestaciones en la actualidad, es la delincuencia juvenil, la que aún y cuando es nociva; por ser un proceso que tiene fundamentalmente su radio de acción en los marcos territoriales, el Derecho Penal no ha podido enfrentarla debido a que sale de

sus marco de competencia, como analizaremos detalladamente en el desarrollo de la investigación.

Es necesario, incidir en este fenómeno llegar a un tratamiento equilibrado tanto teórica como legalmente, por lo que la presente investigación se encamina a obtener como resultados el diseño de un conjunto de medidas, con respecto a la aplicación de la teoría del delito con la finalidad de enfrentar el problema de la delincuencia juvenil.

Se impone la necesidad de realizar un análisis para definir cuáles serán entonces las respuestas acertadas que frente a este problema social, dará el Derecho Penal, valorar si ¿será necesario recurrir a la imposición de una pena, si están aptos síquica y físicamente estos menores para enfrentar el régimen de un sistema penitenciario?; será prioritario entonces una revisión exhaustiva a la teoría del delito y a los elementos que componen la misma, para así determinar si son acertadas las soluciones que nos brinda el Derecho Penal.

Por ello, abordaremos esta tesis, en cuatro capítulos, en los que pretendemos dilucidar aspectos relevantes de la Justicia para Adolescentes.

Por tanto, en el primer capítulo, trataremos de definir claramente el concepto de “menor infractor” o menor en conflicto con la ley penal; se realizará una investigación respecto de los antecedentes históricos en nuestro país de los modelos de justicia juvenil que han existido, hasta llegar a la historia moderna de los tribunales especializados para menores, siendo el objetivo específico de la investigación, ubicar las principales deficiencias que enfrentan actualmente la justicia para adolescentes derivadas de la reforma constitucional del artículo 18, aprobada en diciembre de 2005, tanto en el ámbito federal, como en el estado de Sinaloa, para impartir una justicia de calidad, que garantice eficazmente el tratamiento de los menores a la vida productiva, familiar y social. Nos queda claro que en el transcurso del siglo, esta concepción, ejemplificada en la terminología que decidió identificar a estas personas como menores, fue dando paso a un debate en que el reconocimiento de que tanto los niños, niñas, y los adolescentes son seres humanos completos, redundó en una lucha por su lugar como sujetos de derechos.

En el capítulo dos, procederemos a establecer, el estudio analítico del nuevo modelo de justicia de los adolescentes, que con la reforma del artículo 18 constitucional de diciembre de 2005, tanto la federación, como los estados, se encuentran obligados a implementar los cambios en la legislación, en sus ámbitos

de competencia. Desafortunadamente, el camino hacia el reconocimiento pleno de los derechos de los niños, niñas, y los adolescentes que tienen conflictos con las leyes penales en México, tropieza todavía con una celosa actitud que se niega a reconocer que se les puede dejar de tratar como objeto de tutela. Aún cuando una decena de entidades en el país ha optado por un régimen procesal, considerablemente alejado todavía del ideal del garantismo, el estado actual de la totalidad de las leyes que en México existe en torno a la delincuencia de jóvenes, refleja una realidad que la ideología tutelar, con la cascada de violaciones legales de derechos humanos que conlleva, sigue siendo predominante.

Resaltamos la importancia que tiene la citada reforma constitucional, aprobada el 12 de diciembre de 2005, a fin de dar cumplimiento a los compromisos internacionales que en materia de justicia penal para adolescentes, adoptó el estado mexicano. La reforma de mérito, sustentada en un modelo garantista, establece un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre los doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Es decir, establece un sistema especializado de justicia para adolescentes.

La consecuencia inevitable de este dilema esta a la vista: la discusión en vez de avanzar hacia el esclarecimiento, se ha oscurecido y lo que es peor, contaminado con un discurso puramente emotivo, que sin duda se ha politizado, ya que toma dos direcciones: 1) es puramente paternalista o 2) es acentuadamente represivo, so pretexto del aumento de la delincuencia; todo ello en perjuicio, directo e inmediato de los propios menores, por consiguiente nos avocaremos a elaborar una investigación y análisis sobre la reforma constitucional del artículo 18 realizada de el año 2005. Sistemáticamente, trataremos de revisar su marco histórico evolutivo inherente a la evolución de la justicia penal de los menores y por supuesto pretendemos abordar el contexto de la reforma en cuestión, para revisar las consecuencias de la misma.

En el capítulo tercero, nos avocaremos a realizar una análisis de los instrumentos internacionales, que tienen como premisa fundamental el interés superior del menor, naturalmente, el que la justicia penal de los niños, niñas, y los adolescentes esté en el centro de este debate, ha implicado un paulatino desplazamiento hacia un modelo de justicia que contrariamente a lo que plantearan las corrientes dominantes de mediados del siglo XX, aproximan la justicia juvenil al

ámbito del derecho penal, a diferencia de la ideología tutelar que terminó por extraer del derecho penal a los menores, la doctrina de la protección integral del niño, emanada de los instrumentos internacionales de protección de derechos de la infancia y de la adolescencia, se ha percatado de que una actitud tal no tiene sentido cuando se concibe al derecho penal como el límite a la potestad punitiva del estado, aún si ésta se oculta detrás de un rostro de humanismo y científicismo que como en el caso de las ideologías tutelares, en realidad demuestra que el proteccionismo puede ser sumamente autoritario. Abordaremos en este tema, algunos elementos del derecho comparado y de la jurisprudencia.

La protección jurídica de los menores ha sido reconocida básica y específicamente desde finales del siglo XX, tomando como sustento de tal protección, la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana; por ello los sistemas jurídicos de los estados democráticos debe velar por el respeto, protección y salvaguarda de los derechos fundamentales o humanos, tales como el derecho a la libertad, a la igualdad y derecho a la seguridad, el propósito es el de lograr el desarrollo integral de la persona humana como miembro integrante de una sociedad políticamente organizada, además de conseguir que el estado, sus instituciones, su orden normativo sea perfeccionado, por ello la necesidad de adecuar nuestro orden jurídico interno en materia de derecho de los menores a las disposiciones internacionales reconocidas por el estado mexicano en materia de Tratados y Derechos internacionales.

El capítulo cuarto, de esta investigación, nos avocaremos a realizar un análisis del enfoque penal finalista de la justicia de niños, niñas y adolescentes, situación que habremos de revisar en esta investigación, consiste en la ambigüedad que deviene en el sentido que el derecho penal y el derecho de menores, son dos entidades absolutamente diferentes; el derecho que debe juzgar a los menores y que debe regir en materia de menores, no es el derecho penal, tiene que ser algo diferente y podríamos decir algo mejor que el derecho penal.

Se pretende que el planteamiento metodológico de la presente investigación tiene como objetivo determinar y analizar brevemente si realmente se cumplen los postulados del artículo 18 Constitucional, y de establece una justicia para adolescentes, alejada del derecho penal, o solamente tiene un fin utilitario. Por otra parte, revisar si el garantismo actual, resulta una condición propicia para interpretar

la justicia y fomentar la impunidad de este grupo social. Revisar si emocionalmente estos sujetos, al cumplir la mayoría de edad, son responsables penalmente.

El sistema integral de justicia para adolescentes en México, así como en nuestra entidad federativa -Sinaloa-, genera numerosos cuestionamientos que deberán ser despejados durante la fase de investigación. Las preguntas que nos surgen previamente al proceso de investigación, las catalogamos en cinco partes: lo destinaremos para hacer un análisis minucioso sobre la culpabilidad, particularmente de sus elementos; la imputabilidad e inimputabilidad, aspecto central de la justicia penal de los adolescentes. En este mismo apartado, haremos una revisión de la normativa que se aplica en Sinaloa, para sancionar a aquellos sujetos menores a los dieciocho años de edad.

Ello, es necesario para conocer su naturaleza, estructura y funcionamiento, que nos permitan localizar las debilidades del sistema normativo instaurado en nuestra entidad, para que, en contrapartida, se encuentren las respuestas que permitan plantear las medidas a implantar para el mejoramiento de la justicia para menores, a fin de lograr una verdadera justicia especializada en menores.

Capítulo 1. Generalidades conceptuales sobre la minoría de edad penal.

1.1. La minoría de edad.

Los sistemas modernos de derecho penal de menores radican generalmente en estudios con sustentación antropológica y criminológica. Estos estudios dan lugar a la emergente condición específica de “joven”, imponiendo en el ámbito del sistema penal de la época la necesidad de no considerar al menor autor de un delito como si fuera una persona adulta. En la cultura jurídica existe la creencia de que el niño llega a la delincuencia en su mayor parte bajo la presión de la vida social, familiar e individual desfavorable y por lo tanto no deberían ser tratados como criminales, sino que deberían ser colocados bajo la protección del estado a fin de recibir diversos cuidados y derechos de educación que se les había negado por generaciones.

Los cambios en las relaciones familiares acaecidos en los albores de siglo XXI, comportan nuevos paradigmas en la concepción de la capacidad del menor. En estas reflexiones, se hace referencia a la capacidad de obrar del menor desde una dinámica participativa en las relaciones jurídicas civiles y familiares acorde a su capacidad de discernimiento y una más efectiva protección al ejercicio de sus derechos, que ahora estarán garantizados a nivel constitucional.

Sin embargo, pretendemos encontrar las razones por las que el derecho penal sirve al estado para originar una doble premisa: primeramente la edad de los sujetos para los que se concibe y seguidamente la consideración que política y jurídicamente se tenga hacia dichos sujetos como inimputables por una parte y por la otra sujetos de derecho pero bajo un encerramiento que donde quiera que sea implica la pérdida temporal de un derecho fundamental, como lo es la libertad. Es por consiguiente, que trataremos de explicar, como se exponen las circunstancias antes señaladas.

El primero de los elementos, la edad, permite explicar el fundamento de la existencia de un derecho penal, a la par que delimita el ámbito subjetivo sobre el que dichas especialidades deben tener vigencia. La discusión sobre la responsabilidad delictiva de los menores de edad ha versado principalmente sobre el concepto de imputabilidad o inimputabilidad; el problema se ha centrado en determinar si deben ser sujetos de reproche cuando ejecutan una conducta típica y antijurídica y, en consecuencia, cómo deben ser sancionados.

La libertad, es decir, el ejercicio del libre albedrío, es lo que fundamenta la responsabilidad de los actos del hombre, porque elige libremente, y es precisamente

de esta libertad que surge la imputabilidad. Al respecto, Zaffaroni sostiene que “la elección requiere de voluntad pero, fundamentalmente, de libertad. Ningún jurista puede afirmar juiciosamente que a un individuo se le puede reprochar una conducta si no ha tenido la posibilidad de escoger entre ésta y otra”.¹ Que de acuerdo con la teoría del delito, consideramos que la inimputabilidad es precisamente la imposibilidad de exigir una comprensión de la antijuridicidad en el comportamiento del menor, cuyo origen es precisamente proveniente de la incapacidad psíquica.

El segundo elemento, el tratamiento que deba dispensarse a los sujetos a quienes deba aplicarse el derecho penal de menores, cobra especial relevancia en virtud de lo dispuesto en los textos internacionales relativos a la materia, existen criterios que, con disposición uniformadora, pretenden establecer las principales líneas de la actuación de los estados en lo relativo a los menores de edad. La decisión de implementar en el país un nuevo modelo de justicia penal para adolescentes se contextualiza en el marco de la reforma integral al sistema de protección y justicia para los adolescentes, cuyo fin es adecuar el orden jurídico, la institucionalidad y las políticas públicas del país a los derechos, principios y líneas de acción emanados de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Toda vez que los elementos que conforman la base del derecho de menores se hayan podido, en mayor o menor medida, precisar, procederemos al análisis, en el terreno de la doctrina y de la legislación de menores, dirigido a averiguar cuáles son los aspectos que distinguen, fundan y motivan la pertinencia del derecho penal de menores.

1.1.1. El concepto formal de menor de edad.

El conflicto inicia en la denominación misma de menores, que aumenta al agregarle el calificativo infractor. Para muchos de los que investigamos el tema, es controversial utilizar este calificativo; partiendo de la idea en auge actualmente, de que los menores, por estar aún en proceso de maduración psicológica, bajo ningún concepto puede considerarse que infrinjan las leyes penales, sino que sus acciones

¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Derecho Penal Parte General, citado en Soto Acosta, Federico Carlos, *Los menores de edad frente al derecho penal*, México, Cuadernos de la Judicatura, Tribunal Superior de Justicia de Zacatecas, 2002, p.71.

son el resultado de las influencias del medio social o de sus progenitores, quienes la mayoría de las ocasiones los determinan a incurrir en actividades delictivas.

No se puede hablar de leyes para menores o derechos para menores sin tener bien en claro quiénes son catalogados como menores de edad, por eso es importante su definición.

Se define como la condición jurídica de la persona que no ha alcanzado cierta edad señalada por la ley para su plena capacidad, cuya etimología es: del latín *minor* y *aetas*.

Retomaremos desde el punto de vista formal, la propuesta de Castillejos Cifuentes, quien señala que debemos entender por el término niños y niñas, a todas aquellas personas menores de 18 años, tal y como lo establece la Convención de los Derechos del Niño; por adolescentes, a todo ser humano mayor de 12 años y de 18 años incumplidos; de acuerdo a la Ley de las y los Jóvenes del Distrito Federal, se entenderá por éstos a sujetos de derecho cuya edad comprende, cuando son mayores de edad, de los 18 a los 29 años, y cuando se trate de menores de edad, de los 14 a los 18 incumplidos. A contrario *sensu* de lo establecido en el Código Civil Federal, en específico, el artículo 646: la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos; por consecuencia, incumplida esta fecha se entiende en razón cuantitativa que son menores de edad, ya que el término es utilizado como dicho de una persona: que tiene menos edad que otra.²

Resulta evidente, que se pretende únicamente resolver, de manera formal y legal, el problema de la edad, actuando con criterio político y de manera utilitaria, puesto que ha sido la manera un tanto simple, retomar criterios políticos, cobijados en la necesidad de protección a los menores y adolescentes. Situación que de acuerdo con otros enfoques como el penal, sería menester discutirse en la óptica de la sistemática finalista.

Por supuesto, hay quienes sostienen la teoría opuesta, en el sentido de que debe considerárseles lo suficientemente responsables, y tratarlos igual que a los adultos infractores; tendencia, que cobra auge en nuestra sociedades mexicana, donde las conductas antisociales de los menores llegan a extremos preocupantes.

² Castillejos Cifuentes, Daniel A. *Análisis Constitucional sobre el uso del término menor y los niño, niña o adolescente*. Publicación Electrónica, núm. 5, 2011 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México. 2011. p. 70

Ambos puntos de vista, han sido tomados en consideración y practicados en diversos tiempos, y aún puede actualmente catalogarse a la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos en una u otra categoría; de tal suerte, que mientras en Europa, la tendencia es tratar a los menores de manera más flexible y tenue, quizá exageradamente humanitaria; en los Estados Unidos se sigue un régimen sumamente enérgico, siendo inclusive posible la imposición de la pena de muerte a los menores infractores, circunstancia que actualmente se prohíbe por el derecho internacional humanitario.

¿Realmente puede afirmarse que los menores cometen delitos?. Podríamos contestar tanto afirmativa como negativamente, siguiendo de una u otra postura. Sin embargo, sin adherirnos a los postulados de la escuela positivista, consideramos que los menores, más que infractores o delincuentes, son un síntoma de la existencia de fallas más graves en la estructura social, en especial dentro de la familia y el proceso educativo.

El ordenamiento jurídico mexicano, en el que se incluyen los textos legales que se han ratificados, provenientes del ámbito internacional, entre ellos: la Convención de los derechos del Niño, aprobada en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989; Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, Estrasburgo, el 25 de enero de 1996. En claro resaltar que nuestra legislación, indistintamente se emplean los vocablos menor, niño, niña, adolescente, juventud e infancia, donde la propia Constitución Política Federal, nos muestra esa variada terminología.

Sin embargo, la utilización de palabras distintas a la de "menor" en el ordenamiento jurídico representa un bajo porcentaje. Dicho término es el más utilizado en el lenguaje jurídico, como ejemplo más significativo de la utilización de la palabra diferente al de "menor" es el de la Convención de derechos del niño de 1989. Brevemente diremos que este ordenamiento internacional utiliza ambas palabras como sinónimas. Así se expresa en su artículo 1: *Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*³

³ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 1. http://www.unicef.org/CDN_06.pdf. Consultado el 15 de octubre de 2013.

Queda claro que en el orden jurídico mexicano, a la hora de delimitar el concepto *menor*, sobre todo cuando se asocia al adjetivo *infractor*, hacemos referencia al niño o a la niña mayor de 12 años y menor de 18, por la trascendencia de los comportamientos contrarios a la ley que puedan cometerse en esta franja de edad, y su relevancia jurídico-penal, criminológica y victimológica. Determinar la minoría de edad para los efectos de la responsabilidad penal ante la Ley, es un tema debatido, y existe una gran variedad de criterios para fijar la edad límite en que una persona pueda considerarse como menor. En México, como en otros países, cada vez que, lamentablemente, aparece un caso especialmente trágico y cruel cometido por menores, surgen muchas voces abogando acerca de la necesidad de rebajar aun más la edad penal a los menores. Nuestra opinión como investigadores de esta temática del menor infractor nos hace posicionarnos en contra de esta posibilidad, considerando que lejos de castigar, el camino más viable es la educación en valores, las redes de educadores de base, la protección social del menor en ocasiones, incluso, de su familia, como los puntos clave para el tratamiento con menores infractores. No olvidemos que en términos generales se considera menor de edad a quien por su desarrollo físico y psíquico no tiene la capacidad de autodeterminación del hombre, para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuricidad de su conducta.

En términos generales considera Vela Treviño, que el menor de edad a quien por su desarrollo físico y psíquico no tiene “La capacidad de autodeterminación del hombre, para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuricidad de su conducta”.⁴ En el ámbito jurídico-penal la capacidad de autodeterminación recibe el nombre de imputabilidad de ahí que quien no satisfaga el límite de edad que señala la ley, se le considerara un inimputable.

De acuerdo con el positivismo dogmático del delito, éste sólo se puede cometer, si los elementos del mismo se integran en su totalidad en cada caso concreto. Lo anterior contradice el esquema de aplicación del criterio penal a la justicia de adolescentes, habida cuenta que por una parte son inimputables, y por la otra deben ser sancionados en ciertos delitos, advirtiendo una política de doble tratamiento en la justicia de los adolescentes.

⁴ Vela Treviño, Sergio. *culpabilidad e inculpabilidad*. Editorial: Trillas, México, p.18

Así las cosas, la Constitución Mexicana, en el artículo 18, fija la mayoría de edad en dieciocho años, como ya se indicó. Por lo que, a *contrario sensu*, la minoría se sitúa por debajo de dicha edad. Hay que precisar que la naturaleza jurídica de la expresión "menor de edad" es civil. La minoría de edad es un estado civil, cuya noción es lo suficientemente compleja como para abordarla en unas pocas líneas. Sin embargo, es necesario referirnos a ese concepto ya que se califica la minoría de edad como un estado de la persona. El estado civil, según Castro y Bravo, tiene varios significados. Entre los que enuncia el autor, podemos destacar el que lo define como expresión de una institución, tal como el matrimonio, y un segundo sentido, el que más nos interesa, como cualidad jurídica de la persona.⁵

Nos queda claro que la referencia que hace el citado autor a la cualidad de la persona, lo hace para resaltar que el estado civil tiene carácter personal, está unido y califica a la persona, sin perjuicio de que puede considerarse estado civil la cualidad jurídica de la persona, por su especial situación y consiguiente condición de miembro en la organización jurídica, que como tal caracteriza su capacidad de obrar y el ámbito propio de su poder y responsabilidad

Por otra parte, Albaladejo García entiende la expresión *estado civil* como situaciones de derecho en las que está una persona. De donde se infiere que cuando una persona está en alguna o algunas de estas situaciones adquieren una cualidad o condición que se denomina también estado civil.⁶

De tal forma que el menor, como estado civil, es una persona con menos de dieciocho años, y que como tal tiene restringida su capacidad de obrar. No obstante, el derecho mexicano recoge normas respecto a menores de edad en las que, a efectos de esa norma concreta, se considera menor hasta una edad, generalmente más baja que la minoría de edad civil.

Es por ello, que los términos utilizados en este estudio no se refieren exclusivamente al término jurídico de "menor", sin embargo, nos queda claro que el término es el fundamental. Por una parte, porque se trata de un estudio jurídico y es necesaria la referencia principal ha dicho vocablo por su significado jurídico. Por otra parte, porque a través de la ley suprema, se determina de forma general y clara el

⁵ De Castro Y Bravo, Federico. *Derecho civil de España*, Madrid, Civitas, (edición facsímil), Vol. I, 1989. p.68.

⁶ Albaladejo García, Manuel (1991), *Derecho civil I. Introducción y derecho de la persona*, 12ª Ed. Editorial Bosch. Barcelona, España. pp. 233-239.

conjunto de personas objeto de este trabajo, es decir, todas las personas que no hayan cumplido los dieciocho años.

Aunque el término *menor* delimita el objeto fundamental de este estudio, el derecho contempla especialidades y particularidades en distintas franjas de edad de los menores de dieciocho años, sobre todo con relación a la capacidad de obrar, como se señalado precedentemente, Por lo cual elegiremos por utilizar el término en plural, "menores", en el sentido que expone el profesor Rivero Hernández. A fin de obviar cualquier confusión, vista la terminología en que se suele aplicar la denominación "menor" de manera semántica en el modelo mexicano.⁷

El citado autor, nos ubica de manera utilitaria en las fronteras determinadas para la edad del menor, para tal efecto debemos retomar diversos criterios de orden civil y familiar, para definir la edad en la que el menor puede ser imputado como autor de un hecho ilícito, con las excepciones que marca la ley para tal efecto.

No se olvide, por lo demás, que el significado del término "menor", tal y como ha sido expuesto, ha existido siempre. Es un término del que es necesario remontarse a sociedades antiguas, como la griega o la romana, aun cuando al menor no se le reconocían absolutamente derecho alguno, ni tan siquiera era considerado un bien susceptible de protección jurídica, sino un mero objeto de la propiedad estatal o paterna, caracterizado por un estado de imperfección del que sólo se salía con el transcurso del tiempo, y únicamente suavizado por un deber ético-religioso de piedad, para descubrir que sólo muy recientemente se le ha comenzado a contemplar como una persona en sentido pleno del término, a la que alcanzan los derechos y libertades de los que ésta es beneficiaria por esa condición humana general, incluso durante el período de tiempo durante el cual se halla en un proceso de formación.⁸

Se pretendió la creación de un derecho, más humano, que se le despojara de la crueldad con la que se aplicaba por el estado, circunstancia que hoy vemos avanzar con un sistema garantista.

⁷ Rivero Hernández, Francisco. *El interés del menor*. Madrid. Editorial Dykinson. 2000, p. 51.

⁸ Rico Pérez, Francisco, *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1980, p. 23 y ss.; citado en especial sobre la evolución histórica de la patria potestad, cfr. Gómez Morán, Luis, *La posición jurídica del menor en el derecho comparado*, Madrid. Instituto Editorial Reus, 1947, p. 170.

En efecto, fue durante el cristianismo cuando se produce un cambio trascendental en la percepción de la infancia, vinculado a la valoración de ciertas cualidades de la personalidad, presentes en el individuo durante este período vital, como la inocencia, como lo afirma Aries, Philipp; no se contemplará al menor, ni mucho menos, como un sujeto con una personalidad propia plena.⁹

Cambio que desde luego estamos de acuerdo en que solo suaviza el rigor de las disposiciones paterno-filiales de que ya hicimos mención precedentemente al referirnos a la sociedad antigua, sobre todo de la medieval, en la que se desconocía el sentimiento de infancia, asociándose esta etapa vital con el impudor más que con la inocencia, característica esta última, que sólo fue abriéndose paso con el advenimiento de la modernidad

1.1.2. La capacidad jurídica del menor.

Deducimos que sólo con el reconocimiento de personalidad jurídica plena del menor y su consiguiente consideración como titular de los derechos fundamentales, reconocidos a la persona por el mero hecho de serlo, será posible ver la minoría de edad no ya como *status* sino como un período temporal más en la existencia de la persona, que puede determinar, en atención a la protección que ésta demanda, su posición jurídica.

Y desde luego es necesario destacar que advertimos claramente que la concreta configuración jurídico-civil de la minoría de edad como un *status* del individuo, caracterizado por su falta de capacidad de obrar o por la limitación de ésta, como consecuencia de la debilidad e imperfección personal de quien se halla bajo la misma, encuentran correlación en la ausencia de su consideración regulativa a nivel constitucional. La relación jurídica entre el individuo y el estado, aunque ésta se desarrolle con la intermediación de quienes ejercen sobre él la patria potestad, viene definida en esos términos de falta de capacidad natural, falta de desarrollo físico y mental, que desembocan en una falta de capacidad de obrar en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, incluido, claro está, el de los derechos fundamentales, tan de moda en los tiempos actuales.

⁹ Aries, Philipp, *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Paris, Editions du Seuil, 1973, p. 143.

En la doctrina civil moderna se considera que el menor de edad, simplemente que tiene limitada su capacidad de obrar en la medida en que su capacidad intelectual y emocional está todavía en desarrollo y no han alcanzado su plenitud.

Por lo tanto si un menor de edad tiene capacidad natural en el sentido de madurez, discernimiento, capacidad de entender y querer, sería lógico que tendría a salvo la capacidad de obrar, es decir, para realizar el acto jurídico concreto. En definitiva si hay capacidad natural en el menor debe tener capacidad de obrar. De lo contrario se vulneraría su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este criterio de capacidad natural como sinónimo de capacidad de obrar se protege tanto en su ámbito patrimonial, como en el de la personalidad del menor.

Por lo que se refiere a los derechos de la personalidad del menor, De Lama precisa que para impedir que se afecten sus intereses existenciales, la apreciación de la existencia de la madurez necesaria debe hacerse de forma rigurosa ya que en definitiva están en juego la libertad y la igualdad de las personas.¹⁰

Concluimos que el menor de edad, al no tener plena capacidad de obrar, no pueden ejercer los derechos de la personalidad por sí mismos, necesitando por lo tanto la ayuda o colaboración de otras personas para que esos derechos personalismos –como son los derechos de la personalidad- no queden indefensos. Pero siempre bajo la consideración de que los derechos de la personalidad no pueden ser ejercitados más que por sus titulares, es decir los menores de edad. De ahí que el derecho de la personalidad del menor se convierta para esas otras personas como pueden ser sus padres, tutores o el Ministerio Público, las que van a estar legitimadas para su ejercicio en valor o bien de la personalidad.

Por otra parte y como lo afirma Aldo Moro en su obra *Diritto Minorile*, la razón última de que el menor de edad fuese considerado fundamentalmente como objeto de la protección paterna o estatal, y no como un auténtico sujeto de derechos subjetivos, ni siquiera legales, era la consideración de la minoría de edad como *status* del individuo, semejante al género o al estado civil, durante el cual predominaba el aspecto de imperfección de la personalidad. Situación que acontece con nuestra Constitución Mexicana, dado que solo se transita en la regulación de esta institución, como una forma de paternalismo filial y estatal, con una acentuación

¹⁰ De Lama Aymá, Alejandra. *La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad*, Valencia. Edit. Tirant lo Blanch. 2006, p.67.

garantista, en vista de la exigencia de nuestros tiempos, poco se ha evolucionado hacia la conceptualización del menor, supeditando sus derechos al simple goce de los mismos, pero a *contrario sensu*, remarcándoles sus obligaciones para que en el ejercicio de la libertad y conciencia de sus actos, pueda ser castigado conforme al derecho de adultos, así las cosas, los derechos legales del menor aparecen como auténticos derechos reflejos del interés paterno o social en dicha protección y no del interés del propio menor en desarrollar su autonomía, por lo que la incapacidad de obrar del menor le convierte en no apto para el ejercicio de dichos derechos, que solo deben ser actuados a través de su representante legal, convirtiéndole de esta forma en un sujeto no apto para el ejercicio de su libertad plena.¹¹

Ahora bien, como se verá de inmediato, el último paso que se ha dado en este proceso evolutivo, consistente en la constitucionalización de esa posición jurídica, ha tenido como resultado que la necesidad de protección del menor se haya de desarrollar dentro de su consideración como sujeto de derechos, y que la plenitud en su ejercicio forme parte de la protección que aquél necesita. Por ello, la consideración del menor como un bien objeto de protección ha dado paso a un sistema mixto de protección: la heteroprotección que toma en consideración al menor como un sujeto en evolución y desarrollo y la autoprotección, que considera al menor como sujeto de la comunicación social y, por ello, sujeto de derechos desarrollados.

La actual protección constitucional del menor, establece Barata, hace que éste deje de ser considerado un mero bien objeto de protección legal y, al mismo tiempo, sin dejar de ser beneficiario de la protección ordenada a través de distintas obligaciones imperfectas que se imponen a los padres o tutores, se convierta, sobre todo, en un sujeto de derechos fundamentales, constitucionalmente garantizados, como de los legales, atribuidos por las diversas disposiciones estatales, con la incidencia que ello tiene en el significado jurídico del primer elemento mencionado.¹²

Lo cual desde luego es acertado, porque, la simple condición de humano, le debe garantizar no solo a los menores, sino a todas las personas, la protección

¹¹ Moro, Aldo Carlo, *Diritto Minorile*. 4ª Edición. Milano. Editorial Zanichelli, 1998, p. 5.

¹² Barata, Alessandro, *Infancia e democrazia. Per una interpretazione dinamica della Convenzione Internazionale sui diritti del bambino, Materiali per una storia della cultura giuridica*. Italia. Andros Impresores.. 1999, Vol. 29, N° 2. p. 510.

constitucional de los derechos, mayormente si estos se encuentran concebidos como derechos humanos, reconocidos en el plano internacional.

Para muchos estudiosos como Oscar Misle y Fernando Pereira, que estudian el ámbito de la investigación jurídica, así como de otros estudiosos defensores de la infancia, el término menor se ha interpretado como “un sello” para marcar la condición social de niños, niñas y jóvenes; éste se ha venido utilizando para criminalizar a este grupo social.¹³

Dicha circunstancia solo ocasiona exacerbar el conflicto porque se impide llegar a la raíz de los problemas, puesto que de manera utilitaria, se tratad de establecer una conceptualización, sin precisar su contenido sistemático y metodológicamente.

El punto del que debemos partir es la necesaria delimitación del elemento subjetivo de este trabajo, esto es, del término “menor”. Lo anterior se justifica porque ésta es la piedra angular de la que debemos partir para poder contextualizar las ideas que sobre el tratamiento que debemos proporcionar al menor de edad. Análisis, en el cual debemos retomar los criterios que la doctrina y la legislación tanto nacional, como internacional, han aportado sobre dicho concepto.

La precisión en el uso de los términos es necesaria, especialmente cuando se trata de vocablos que reúnen en sus definiciones varios significados. Ocurre en algunos casos con palabras como "menor", "niño", "adolescente" y "joven", que aparecerán a lo largo de este trabajo. Aunque la lectura de dichas palabras permite identificar aproximadamente la franja de edad de la persona, es conveniente definir y aclarar la terminología, ya que en otros períodos históricos el significado que se atribuía, por ejemplo, a "menor" no se refería necesariamente a lo que hoy entendemos por tal.

El término "niño" y su plural, "niños", se utilizan en el sentido de englobar tanto a los niños como a las niñas. La Lengua Española, entre sus reglas gramaticales, para expresar en conjunto a ambos géneros cuando existe una pluralidad, adopta el género masculino. Así, se utilizará "niños" para referirnos al conjunto de niños y niñas y, cuando sea preciso, se especificará el género.

¹³ Misle, Óscar y Pereira, Fernando, *Hacia un nuevo paradigma en la educación infantil y juvenil para la prevención y tratamiento del abuso sexual*, http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura3.NuevoParadigma.pdf, p. 3, consultado el 15 de octubre de 2013.

Precisamente por esa indefinición, es que no ha sido posible la delimitación de la justicia del adolescente, habida cuenta, que permean criterios políticos, teniendo que acudir a los Convenios Internacionales, para dilucidar dicha noción de menor, niña, niño y adolescente, como bien lo expone Castillejos Cifuentes.¹⁴

De donde deducimos, que en nuestra sociedad actual, se manejan estos criterios de manera utilitaria, para resolver superficialmente el problema de la justicia de los adolescentes.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término "*menor*" como "*La de la persona que no ha llegado a la mayor edad*",¹⁵ refiriéndose a todas aquellas personas que todavía se halla en la minoría de edad. La generalización en el uso del término excluyendo el ámbito jurídico, se puede constatar fácilmente en los medios de comunicación. Se tiende a emplear la palabra menor como sinónimo de niño, adolescente o joven, aún cuando el contexto en el que se usa no sea jurídico.

La definición conceptual en su sentido gramatical, como lo expone dicho Organismo Académico, en cierta manera por su aplicación se presta a confusión jurídica, respecto a la interpretación de la edad, parece un tanto fácil, sin embargo, al momento en que se trata de decidir el sentido del término, por lo que es menester, realizar una interpretación sistemática a efecto de comprender su aplicación en la necesidad de sancionar al menor.

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. de la Convención de Derechos del Niño: "se entiende por niño, a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".¹⁶ Disposición que desde luego, ha sido tomada para la regulación constitucional de dichas personas en el sistema mexicano, tal y como se encuentra previsto en el artículo 18, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que precisa para los efectos abordados que son menores las personas que tengan doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad.

¹⁴ Ibídem, p. 71 Nota 2

¹⁵ Real Academia de la Lengua Española. España. Octubre 2013.
<http://lema.rae.es/drae/?val=menores>

¹⁶ Ibídem, p. 2. Nota 3

Pero no solo se constitucionaliza la justicia de menores, sino que en apego al principio de supremacía constitucional, tanto la federación, estados y Distrito Federal de acuerdo con sus respectivas atribuciones, quedan obligados a establecer un sistema integral de justicia aplicable a quienes tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad y se les atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales, sin perjuicio de que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce la propia Constitución a todas las personas, así como a respetar aquellos derechos específicos que por su condición en desarrollo les han sido reconocidos. Resultando evidente, que el legislado al llevar a cabo la reforma respectiva, crea un desconcierto cuando por una parte no define el concepto de menor, sino que de manera utilitaria y semántica lo emplea para ejercer un control y tutela jurídica en el campo penal, reiterando el nuevo modelo histórico de justicia sobre el cual se deberá ejercitar el nuevo sistema de justicia de menores –adolescentes-, fundado en el garantismo constitucional, mediante lo cual sus derechos fundamentales deben ser respetados, por tanto la duda se impone en explicar si se castiga o no al menor infractor.

Podemos advertir que el origen de las transformaciones es precisamente el contenido planteado por la Convención, mismo que se incorporó en nuestra Carta Magna y que consistió precisamente en reconocer al niño y al adolescente como titulares de derecho propio y no como simples receptores de obligaciones atribuidas a los padres, según lo expone Solís Quiroga. Lo anterior no significa de modo alguno negar los derechos de los padres y de la familia vinculados a la filiación, sino simplemente reconocer que se trata de ámbitos separados y que no implica un poder discrecional y arbitrario de los padres sobre los hijos menores de edad. Por el contrario, se reconoce el tutelaje que deben ejercer los padres, mediante la institución de guarda y custodia del menor, de hecho, quizá sea en parte una solución fáctica, pues la idea propositiva que tenemos, es precisamente regresarle al padre o tutor la responsabilidad del comportamiento del menor, que haya una verdadera enseñanza de los valores sociales y un encausamiento real y empírico del menor.¹⁷

Debemos entender entonces por menores, sean niños y niñas, a todas aquellas personas menores de 18 años; por adolescentes, a todo ser humano mayor

¹⁷ Solís Quiroga, Héctor, *Justicia de Menores*, México, Ed. INACIPE, 1985, p. 28.

de 12 años y de 18 años incumplidos; de acuerdo a la Ley de las y los Jóvenes del Distrito Federal, se entenderá por éstos a sujetos de derecho cuya edad comprende, cuando son mayores de edad, de los 18 a los 29 años, y cuando se trate de menores de edad, de los 14 a los 18 incumplidos.

Diversos ordenamientos secundarios, como el Código Civil Federal, en específico, el artículo 646 señala: “la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos”; por consecuencia, incumplida esta fecha se entiende que son menores de edad, ya que no define con precisión el concepto de menor.

Se retoma la frontera convencional que emplea la Constitución Política Federal, ordenamiento que únicamente lo hace de manera declarativa.

Por lo que respecta al Código Civil vigente en el estado de Sinaloa, el artículo 22, también regula la capacidad jurídica de las personas físicas, misma que como lo señala se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Resulta claro que dicha protección legal, no sólo protege a la persona ya nacida, sino que también dispensa cierta protección al concebido y aún no nacido, al *nasciturus*.

Queda claro, que si al menor, lo tratamos como persona, este indudablemente, de manera formal, tiene derechos, que le deviene desde el momento de la concepción, por ello, es imprescindible, que antes de castigar, se le reconozcan los derechos, aun cuando estén limitados positivamente.

Así las cosas, el artículo 647 del Código Civil vigente en el estado de Sinaloa señala: “La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos”; de donde se advierte de la recta interpretación del numeral en cuestión que también se considera al no cumplir la edad de 18 años, deberán considerarse que son menores de edad, dicha legislación tampoco define con claridad el concepto de menor.

Para muchos es controversial y complejo utilizar este calificativo; partiendo de la idea, en uso actualmente, de que los menores, por estar aún en proceso de maduración psicológica, bajo ningún concepto puede considerarse que infrinjan las leyes penales, sino que sus acciones delictivas son el resultado de las influencias del medio social o de la desintegración familiar sus progenitores, en la mayoría de las ocasiones son víctimas. Por supuesto, hay quienes sostienen la tesis opuesta, en el sentido de que a los menores debe considerárseles lo suficientemente

responsables, dado el más acelerado desarrollo y tratarlos igual que a los adultos, donde las conductas antisociales de los menores llegan a extremos preocupantes.

Lo anterior se pone de manifiesto en el artículo 4º de la Ley para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, el párrafo sexto manifiesta que los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Tampoco hace una precisión terminológica del concepto menor, y solo destaca el garantismo de los derechos sociales que tiene ese grupo social.

Como lo advierte Santiago Nino, el uso del término menor, es ambiguo, y como ya se precisó con anterioridad, se emplea con un criterio semántico puesto que ningún ordenamiento, define y precisa el concepto menor.

Santiago Nino afirma que es prudente pensar que, en muchas ocasiones, surgen dudas sobre el uso de una palabra en una oración o disposición jurídica; éstas plantean problemas con relación a la determinación de su significado; sin embargo, en el caso específico de nuestra Carta Magna, el empleo del término es claro que no surgen equívocos, ya que se refiere en todo momento a las personas menores de edad.¹⁸

Sin embargo, se mantienen dudas, respecto, a la manera en que habrá de determinarse la edad, puesto que únicamente con un criterio normativo que determina las fronteras, se resuelve el problema de la imputabilidad e inimputabilidad del sujeto menor de edad.

En términos cognoscitivos, es fundamental preocuparnos por lo que efectivamente ha querido decir el legislador, según el significado de las palabras en el lenguaje ordinario; es importante señalar que el concepto es utilizado como referente a las personas que son menores de edad, ya que generalmente se hace uso del término en un contexto referido a la edad de los niños, niñas y adolescentes, y no así a la capacidad de este grupo como lo sostiene Quintín Vázquez. Sin duda, el concepto es utilizado por los legisladores como un referente de una cuestión cuantitativa, inclusive, en el proceso legislativo el término tiene un sentido semántico.¹⁹

¹⁸ Santiago Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 259

¹⁹ Quintín Vázquez García, integrante del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional en la Quincuagésima Novena Legislatura del H.

Ahora bien, de acuerdo a una interpretación no cognoscitiva, que centra su preocupación por intentar descifrar la intención que tuvo el legislador al emitir esa norma; en sentido estricto, la interpretación debe considerarse como la actividad que consiste en encontrar un significado a una formulación normativa en caso de duda; éstas surgen porque en muchas ocasiones las palabras de una oración plantean problemas en cuanto a la determinación de su significado, ya que el vínculo semántico da lugar a equívocos, como lo expone Santiago Nino afirma que debemos adjudicar un significado a la norma.²⁰

Y en el caso concreto del vocablo *menor*, utilizado por el legislador, Carlos Alchourrón, señala que es importante atender a la interpretación sistemática del derecho, con la que se pretende justificar las elecciones valorativas del concepto por referencia a otros componentes del sistema normativo; en otras palabras, la disposición constitucional que maneja el término de menores debe ser entendida dentro de un espectro de normas referidas al derecho de los niños, niñas, adolescentes.²¹

Así las cosas, se ha dicho tradicionalmente que el argumento semántico es la máxima expresión del formalismo jurídico. De tal manera que se convierte en parte del contexto gramatical de interpretación y su uso se precisa en aquellos casos en los cuales se hace necesario resolver dudas o controversias lingüísticas por medio de las reglas del lenguaje, como en el caso de la definición del término menor de edad. Es necesario recordar que los problemas de comprensión e interpretación del lenguaje se deben en su mayor parte a la vaguedad y ambigüedad del mismo; entonces, cuando se presenta una indeterminación del lenguaje es necesario, el legislador recurre en primera instancia al contexto en el cual han sido utilizadas las palabras, pero si aun así la indeterminación continúa, es preciso recurrir al

Congreso de la Unión, expone ante el Pleno de esta H. Cámara de Diputados la presente iniciativa de decreto que adiciona el párrafo sexto del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativa a la seguridad integral que se les debe brindar a los niños, a las niñas y adolescentes, de conformidad con la siguiente./ Exposición de Motivos. <http://cronica.diputados.gob.mx/>, consultado el 15 de octubre de 2013.

²⁰ Santiago Nino, Carlos, citado por Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de G. R. Carrió, Buenos, Aires, 1973, p.78

²¹ Alchourrón, Carlos, *Derecho y lógica-30*, http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras//isonomia13/isonomia13_02pdf, consultado el 15 de octubre de 2013.

argumento semántico mediante dos recursos: el uso del lenguaje y las reglas gramaticales del mismo.

Por definición el uso del argumento semántico consiste en resolver la duda interpretativa o justificar el significado sin salir del texto objeto de interpretación, es decir, recurriendo a las reglas de uso del lenguaje en el que esté redactado el enunciado objeto de interpretación.

Sin embargo, con esa pauta las incertidumbres no necesariamente desaparecen ya que siempre puede persistir la duda acerca de si asignar a un término su significado ordinario, es decir, aplicarlo con su sentido común, o asignarle su sentido técnico, técnico-jurídico o tecnicado cuando los posee, sin salirse del ámbito jurídico

Por lo que, sistemáticamente, debemos interpretar que estas disposiciones se refieren a la protección de un grupo de personas que se distingue de otro únicamente por su edad y no por razones de capacidad o aptitudes; sin duda, y desde un punto de vista netamente jurídico, por ello llegamos a la conclusión de que la expresión menor es utilizada en nuestra legislación como simple sustantivo, que hace distinción solamente de las personas menores de las mayores, en cuanto a la edad.

Ambos puntos de vista, han sido tomados en consideración y practicados en diversos tiempos, de tal suerte, que mientras en Europa, la tendencia es tratar a los menores con un sentido garantista, quizá exageradamente humanitario; en los Estados Unidos se sigue un régimen sumamente enérgico, siendo inclusive posible la imposición de la pena de muerte a los menores infractores, y hablando de reacciones extremas.

Lo anteriormente señalado, es motivo de la presente investigación, preguntarnos si ¿Realmente puede afirmarse que los menores cometen delitos? Podríamos contestar tanto afirmativa como negativamente, siguiendo una u otra postura. Sin embargo, sin adherirnos a los postulados de la escuela positivista, quizá una primera respuesta sería en el sentido de considerar que los menores, más que infractores o delincuentes, son un síntoma de la existencia de fallas más graves en la estructura social, en especial dentro de la familia, del proceso educativo y quizá de la falta de programas congruentes y pertinentes del estado.

Tomemos como referencia el concepto sobre menor infractor que nos proporciona el Diccionario Jurídico Mexicano, que a la letra señala: Conforme a la

doctrina jurídica “se considera que el menor de edad infractor es inimputable, es decir que no tiene la capacidad de querer y entender lo negativo del delito. Siendo inimputable, faltaría un elemento en la teoría del delito, que se forma por la acción, tipo, antijuricidad y culpabilidad, siendo la imputabilidad el presupuesto de la culpabilidad. Nadie puede ser culpable si no tiene la capacidad de saber que lo que hace está mal. Por este motivo, el menor de edad no comete delitos y, por lo tanto, no es posible aplicarle una pena.”²² Razonable es interpretar, que dicho concepto, que el menor es inimputable, sencillamente por su aspecto cognoscitivo al no haber madurado lo suficientemente emocional, razón no se le puede aplicar una pena en sentido estricto, por ende habrá que revisar que las medidas que se apliquen hagan presumir la seguridad que habrá de encauzar su comportamiento.

Siguiendo las recomendaciones de los diversos autores e investigadores sobre la unificación de criterios en el uso de términos relativos a los menores, procedemos citar otros conceptos de término “menor de edad”, previamente a entrar a otras consideraciones. No se puede hablar de leyes o derechos para menores sin tener bien claro quiénes son catalogados como menores de edad, por eso es importante su definición.

Al respecto Orellana Wiarco, propone el empleo de los términos: “menor infractor para aquellos menores que hayan ejecutado una conducta prevista como delito o su conducta pueda señalarse como pre delinencial”²³ como es el consumo de drogas, perversiones sexuales, homicidio, secuestro, crimen organizado, que hoy en la actualidad se han masificado generando un impacto social que requiere de la regulación del comportamiento de los menores.

Sin embargo, en México se considera que el menor de edad infractor es inimputable, es decir, que no tiene la capacidad de querer y entender lo negativo del delito. Siendo inimputable, faltaría un elemento en la teoría del delito, que se forma por la acción, tipo, antijuridicidad y culpabilidad, siendo la imputabilidad el presupuesto de la culpabilidad. Nadie puede ser culpable si no tiene la capacidad de saber que lo que hace ésta mal. Por este motivo, el menor de edad no comete delitos y, por lo tanto, no es posible aplicarle una pena. Pero tampoco podemos dejarlo en libertad, una vez que ha demostrado que tiene una tendencia hacia las

²² Diccionario jurídico mexicano, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Porrúa, 7ª. edición, México, 1994, p. 172

²³ Orellana Wiarco, O. *Manual de Criminología*. México. 2004. Porrúa., p.33

conductas antisociales. Por ello, lo aplicable al caso es la medida de seguridad. Esta medida de seguridad será determinada por el Juez especializado en Justicia para Adolescentes, organismo que tiene por objeto promover la readaptación de los menores mediante el estudio de personalidad, medidas correctivas de protección y vigilancia del tratamiento.

Por otra parte Orellana sugiere el término de “menor contraventor, para los menores que cometan faltas leves, o bien en forma sistemática desobedezcan los reglamentos escolares”²⁴ como el abandono de las aulas o la escuela, desobediencia a la autoridad de padres o tutores, ausencias injustificadas del hogar, violencia intrafamiliar. Hemos creído, que uno de los factores en la necesidad de regulación, es el rompimiento del mandato familiar, ya que una gran cantidad de menores son formados en familias mono parentales, donde evidentemente, hace falta mayor supervisión de parte del padre o de la madre en el comportamiento de los menores, principalmente de aquéllos mayores de doce de edad.

Surge otro concepto que resulta interesante citar, el de menor en riesgo social es decir un menor o joven que presenta claros indicios personales y sociales de hallarse en riesgo de iniciar una carrera delictiva, o al menos de sufrir importantes deficiencias en su normal proceso de socialización. Este último punto es aquí de la mayor trascendencia. Cabe destacar que la personalidad del menor está evolucionando constantemente, sin que quede todavía sólidamente asentada. Su proceso educativo sigue manteniéndose inmaduro. Su futuro laboral todavía será indefinido. En el ámbito social, su círculo de amistades irá variando con cierta frecuencia. Desde la perspectiva sentimental, lo normal es que no haya encontrado todavía una relación estable.

El autor peruano Fermín Chunga Lamonja, define el término -menor de edad- como “la condición jurídica de la persona que no ha alcanzado cierta edad señalada por la ley para su plena capacidad”²⁵

Donde resulta obvio, advertir, que utiliza un criterio eminentemente jurídico, cuando expresa la condición legal, establecida positivamente para interpretar el citado concepto, de lo cual consideramos que es un tanto impreciso, en vista de que no precisa cual es el ordenamiento que funda su concepto.

²⁴ Ibídem, p.34 Nota 23

²⁵ Chunga Lamonja, Fermín, “Derecho de Menores”, Sexta Edición, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2002, p. 531

Por otra parte, el termino menor según los doctores Rafael Sajón, Pedro Achard y Ubaldino Calvento, publicado por el Instituto Interamericano del Niño, organismo especializado de la OEA, señala que “es la condición jurídica de la persona que no ha alcanzado cierta edad señalada por la ley para su plena capacidad”²⁶ consecuentemente no es como afirma Emilio García Méndez un término peyorativo que implica una inferioridad y marca una diferencia entre los menores de edad. Es simplemente una etapa de la vida del ser humano en que mayormente rige la capacidad de goce y no, a plenitud, la capacidad de ejercicio.

Creemos, que dicha definición, fue un esfuerzo limitado, para resolver el problema de la edad, aun cuando lo hicieron de manera limitada, empleando el carácter normativo, que sin demerito, han sido factores que han incidido en la formulación del nuevo sistema garantista.

Nuestro Código Civil Federal mexicano, no precisa una definición del menor de edad, pero en su Artículo se refiere que tienen capacidad de ejercicio de los derechos civiles las personas que haya cumplido los 18 años de edad, por ende, "Niño", según la mayoría de las normas jurídicas internacionales, es toda persona menor de 18 años, con la excepción dispuestas en los artículos 148 y 149, que establecen como minoría de edad para ejercitar la figura del matrimonio a los 16 y 14 años, para los varones y mujeres, respectivamente. Además de la capacidad que se adquiera por emancipación, sea por matrimonio o título oficial, sin que por eso pierda la calidad de menor de edad, solo se le está otorgando facultad para realizar determinados actos.

La minoría de edad es el periodo de vida que abarca desde el primer año de existencia hasta la edad legal necesaria para convertirse en adultos. Entendiendo lo anterior debemos concordar en que ser menor de edad es cuando, legalmente, un individuo aún no ha alcanzado la edad adulta. La persona se encuentra por debajo de los 18 años, según la legislación en la mayoría de los países. Anteriormente, varias décadas atrás, se llegaba a esa edad tras cumplir los 21 en nuestro país. Un menor de edad sería por tanto aquella persona que, por razón de su edad biológica, no tiene todavía plena capacidad de obrar legalmente. La ley específica de cada lugar será la encargada de establecer la edad a partir de la cual una persona deja de

²⁶ Chunga Lamonja, Fermín, El Adolescente Infractor y la Ley Penal, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2007. p.16

ser menor de edad y tras superar esta etapa entonces se hace responsable por si mismo, si no entra dentro del cuadro de los incapaces.

La mayor parte de los países del mundo han fijado asimismo la mayoría de edad civil en los 18 años. Amnistía Internacional utiliza esta definición, al igual que la mayoría de ONG y los grupos de defensa de los derechos del niño. Los conceptos que ayudan a definir la infancia, como la madurez y la edad de la responsabilidad penal, se capacidad que se adquiriera por emancipación, sea por matrimonio o título oficial, sin que por eso pierda la calidad de menor de edad, solo se le está otorgando facultad para realizar determinados actos.

La gran mayoría de las concepciones sobre “el menor”, consideramos que son un tanto utilitaristas, predominantes durante la modernidad, han permitido en múltiples ocasiones el exceso de la intervención punitiva del estado, aduciendo la necesidad de garantizar el bienestar de la mayoría no delincuente. Está claro, que el derecho moderno, abandono el principio retribucionista de la pena, y se sitúo en el planteamiento garantista, que nos indica que el derecho penal, además de procurar el máximo bienestar posible de los no desviados, ha de buscar también el mínimo malestar necesario de los desviados, donde se advierte que la prevención de los delitos, requiere de una pena mayor, de modo que la prevención solo sirve para justificar la prohibición penal y el límite mínimo de las penas, el umbral por debajo del cual ellas carecen de capacidad disuasoria.

Sin embargo, el estado tiene la obligación formal de ser cuidado en la construcción de sus políticas públicas orientadas a la protección y seguridad ciudadana, en México, la justicia de menores requiere un tratamiento especializado. En este sentido, como lo hemos señalado, no se pueden establecer medidas irracionales que provoquen la inexistencia de derechos, como bien lo planteo Günther Jakobs en su Derecho Penal del Enemigo, autor que señala existe un relajamiento de los principios constitucionales al autorizar la violación de derecho fundamentales a los menores, con el subprograma de “mochila segura”, se trata de recuperar los espacios marginando a los vagabundos, excluyéndolos de los parques y jardines, crear zonas de tolerancia para la prostitución y criminalizando las conductas antisociales como la drogadicción y la vagancia. Mientras que la norma penal positiva sufre de la hipertrofia legislativa al crearse la figura del “Feminicidio”, como tipo penal que atenta contra las mujeres, se crean las figuras penales, que reconocen el derecho premial, el falso colaborador y los procedimientos

sumarísimos donde se extienden las facultades de los policías para la persecución de los delincuentes.²⁷

Ese ha sido el riesgo que se corrió al dar paso al nuevo sistema de justicia para adolescentes, excepcionando el principio de legalidad constitucional, al conceder facultades meta constitucionales violentar el estado de derecho. Sin embargo, en la actualidad, se acepta la doble finalidad del derecho penal, según la cual éste cumple también importantes funciones como herramienta de minimización de la violencia hacia los destinatarios de sus normas, cuando las personas caen en el supuesto de infracción a la ley penal.

Y por lo que hace a la relación de los menores con el derecho penal; la tendencia moderna es que no pueden someterse al ámbito que rige para los adultos. Sea, como se afirma de manera tradicional en la doctrina, porque son inimputables; o bien, porque se reconoce que su personalidad apenas se encuentra en formación, pudiendo contar con cierta madurez, más no completa.

Por su parte González del Solar, acepta que hablar de menores significa hablar de hombres que atraviesan etapas prematuras de su vida; hablar de “derecho de menores” importa hablar de aquello que comienza o se adecua al ser humano en la minoría de edad”.²⁸ Por ello, tiene gran importancia, actualmente que se haya reiterado la supremacía constitucional de los derechos humanos y mención aparte, todos aquellos Tratados y Convenciones que protegen a los menores y les garantizan un trato adecuado.

A nadie escapa que las ideas con relación a la significación del derecho penal y sus fines, han mutado notoriamente a lo largo de los siglos. de tal manera que las las respuestas han oscilado entre las justificaciones retribucionistas absolutas que justifican la aplicación de una pena, en atención a la pretendida disolución del mal producido por el delito por el correspondiente de la pena, y las justificaciones de orden utilitarista, que atienden no al fin de la pena como legítimo en sí mismo, sino a fines extrapunitivos asociados a ella.

Dichas concepciones utilitaristas, predominantes durante la modernidad, han

²⁷ Günther Jakobs/Cancio Meliá. *Derecho penal del Enemigo*. Buenos Aires. 2005. p. 39.

²⁸ González Del Solar, José H. *Delincuencia y Derecho de Menores. Aporte para una legislación integral*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, p. 101.

permitido en múltiples ocasiones la extralimitación de la intervención punitiva del estado, aduciendo la necesidad de garantizar el bienestar de la mayoría no delincuente.

En la actualidad, se acepta la doble finalidad del derecho penal, según la cual “éste cumple también importantes funciones como herramienta de minimización de la violencia hacia los destinatarios de sus normas, cuando las personas caen en el supuesto de infracción a la ley penal.

1.1.3. Breve desarrollo histórico del concepto penal de menor infractor.

Con anterioridad a este tratamiento jurídico diferenciado de los adolescentes, las conductas desviadas o antisociales cometidas por dichos menores de edad eran reguladas por los códigos penales existentes. Dichos códigos disponían en general la aplicación de penas, reducidas en un tercio, cuando la comisión del ilícito se realizaba por menores de entre siete y dieciocho años de edad, siendo la pena más común la privación de la libertad. De tal forma que los menores de edad y adultos eran alojados en las mismas instituciones penitenciarias sin ningún tipo de diferencia respecto a los adultos. Este tipo de privaciones de libertad en condiciones de promiscuidad evidente entre adultos y menores de edad, como lo precisa García Méndez, terminaron generando un fuerte rechazo en los sectores más sensibles de la sociedad americana de fines del siglo XIX.²⁹

El conocimiento y la experiencia acumulados en varias partes del mundo propiciaron la construcción de una identidad propia para la niñez. Conforme transcurrió el siglo XX, la niñez se consolidó como un campo específico de estudio, en áreas como la medicina, la psicología, la pedagogía y, como veremos enseguida, en los ámbitos de la justicia y el derecho, según lo afirma Elena Azaola. En el caso de México, los especialistas en el tema coinciden en que se han aplicado tres diferentes modelos (penal, tutelar y de garantías), los cuales corresponden con

²⁹ García Méndez, Emilio. *“Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina: antecedentes, características, tendencias y perspectivas”*, citado en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año VI, n° 10-B, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 261-275.

diversas instituciones nacionales, así como con diversos tratados y acuerdos internacionales.³⁰

Haremos aquí un breve análisis histórico de la concepción jurídica del menor, en especial, por lo que hace a su conducta infractora, destacando en especial tres momentos, más o menos generales, de relevancia: a) la valoración de la responsabilidad del menor y la atenuación de la pena, según la idea de la *madurez o discernimiento*; b) la *reforma correccional*, con la separación del menor del derecho penal según el modelo tutelar y; c) el auge del *modelo garantista*, como respuesta a las inconsistencias jurídicas y arbitrariedades cometidas por instituciones tutelares, el cual pretende, sin regresar al menor a la jurisdicción penal, recuperarle ciertos derechos que le habían sido denegados.

Es importante mencionar, que si bien, cada uno de los modelos mostraron deficiencias en su aplicación práctica; no debe olvidarse que en el origen de cada sistema de justicia especializada para menores, se encuentra la favorable intención de crear un esquema que permita un trato más humanitario, justo o simplemente más adecuado para los infantes; como reflejo de la misma humanización que se exige del Derecho de adultos. Como apunta Martínez Reguera, “La historia ha puesto de manifiesto que siempre junto a los esfuerzos por humanizar la justicia del menor, se encuentra el intento de racionalizar la sociedad de los adultos y, por ello, se exige una acción correspondiente para con los menores.”³¹

1.1.4. El discernimiento de la persona menor de edad como requisito criminalizador.

Se entiende por discernimiento de un menor, a la capacidad de distinguir entre lo correcto y lo incorrecto y actuar conforme a ello, según lo ha señalado la doctrina mayoritaria, es una materia íntimamente relacionada a uno de los elementos del delito, cual es la imputabilidad.

³⁰ Azaola, Elena. *Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores*, en *Memoria del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, México. Cuadernos del Instituto, núm. 1, 1996, p. 19.

³¹ Martínez Reguera, Enrique, *¿Tratamiento penal para menores?* Madrid. Caritas Española, España, 1989, p. 18.

El propósito de este principio radica en determinar el valor subjetivo que tiene la capacidad del menor, a partir de la edad del sujeto, y tratando de comprender la capacidad de reflexión o discernimiento que adquiere en su proceso existencial, en lo que se denomina discernimiento, reflexión o intención, que sea necesario castigar, de acuerdo con la gravedad de la falta cometida.

En este mismo sentido, se postula de ser necesario el aislamiento total de niños y jóvenes respecto de las influencias negativas de los criminales adultos. La elección entre un catálogo amplio de medidas la realiza un agente social sin que sea necesaria su calificación jurídica, pudiendo incluso decretar el internamiento indefinido para sujetos "en peligro" aunque no hayan infringido norma penal.

Ahora bien, es menester, hacer un análisis aunque sea superfluo, sobre los antecedentes en las civilizaciones antiguas acerca del trato diferenciado que se aplicaba al menor, siempre teniendo como eje: la edad. Situación que cambiara hasta la aparición del estado moderno cuando se comienza a identificar la evolución de un sistema de justicia penal especializado para estas personas, distinto del sistema general utilizado para castigar los delitos de los adultos.

Un antecedente necesario de mencionar es sobre el derecho romano, que hizo la distinción entre infantes, impúberes y menores, fue la preocupación primordial fijar las edades en que, por falta de desarrollo mental, carecía el niño ciertamente de imputabilidad, como lo señala Martínez Reguera.³²

Es importante mencionar, que si bien, cada uno de los modelos mostraron severas deficiencias en su aplicación práctica; no por ello debe olvidarse que en el origen de cada sistema de justicia especializada para menores, se encuentra la loable intención de crear un esquema que permita un trato más humanitario, justo o simplemente más adecuado para los infantes; como reflejo de la misma humanización que se exige del Derecho de adultos. La historia ha puesto de manifiesto que siempre bajo o junto a los esfuerzos por humanizar la justicia del menor, se encuentra un intento de racionalizar la sociedad de los adultos y, por ello, se exige una acción correspondiente para con los menores.

Ilustrativo se aprecia el sistema romano, solo al mayor de edad se presume la completa responsabilidad pero se debe dar plena validez y efectos a la prueba en contrario.

³² *Ibíd.* p. 635. Nota 31

Bavestrello Bontá señala que desde la Roma Antigua Justiniano, junto con afirmar la irresponsabilidad absoluta de los menores de siete años, se ordenaba estudiar la existencia del "*doli capax*", entre esta edad y los doce y los catorce años, según se tratara de mujeres o varones respectivamente. Los mayores de estas edades y hasta los veinticinco años eran sancionados como responsables de sus actos ilícitos, pero estas sanciones eran mucho más atenuadas que las aplicadas a los mayores de edad.³³

Podemos apreciar, que ya desde la Roma antigua, existe una preocupación, por reglamentar el comportamiento de los menores, inclusive ya se propone la edad como frontera, por ello, es que entendemos, que el avance actual, es lento, ya que poco hemos avanzado en la conceptualización de esta figura.

Por lo que hace a los primitivos regímenes jurídicos surgidos tras la caída del Imperio Romano de Occidente, podemos citar el Derecho anglosajón, en el cual se consideraba como límite de irresponsabilidad penal los diez años, como lo precisa Raúl Horacio Viñas. Pasada esa edad, podía imponerse al menor inclusive la pena capital.³⁴

El Derecho canónico se apegó, por lo general, a los criterios establecidos por el derecho romano imperial, sobre todo en lo relativo a la presunción de irresponsabilidad, la diferenciación en los grados de responsabilidad según la situación específica del menor estaría circunscrita a su nuevo nivel cercano a la pubertad, la valoración de la capacidad de discernimiento, con posibilidad de atribución de dolo y una atenuación genérica de las penas, dejada al arbitrio judicial.

Como resulta evidente, el principio de discernimiento, está ligado, absolutamente a la valoración de la edad del menor y al principio de comprensión del entorno social, entender entre lo bueno y lo malo, lo legal y lo ilegal. Dicha posición queda sujeta al arbitrio de la propia autoridad del estado. Advertimos la presencia del estado autoritario, donde la voluntad y derecho del menor, era prácticamente inexistente, se trataba de apreciar el objeto y no al sujeto.

En efecto, fue a partir de las ideas revolucionarias del marqués de Beccaria, quien protestó enérgicamente contra la crueldad del sistema penal del antiguo

³³ Bavestrello Bontá, Irma. *Derecho de Menores*. Editorial Lexis Nexis. Santiago Chile. 2003. p. 130

³⁴ Viñas, Raúl Horacio. *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 1983, p. 25.

régimen, se fueron desarrollando una serie de teorías para tratar de explicar el fenómeno penal y, a partir de ellas, diseñar instituciones que se dedicasen a reprimir o controlar dicho fenómeno.

En esta etapa, podríamos ubicar la promulgación de los primeros Códigos Penales Liberales a mediados del siglo XIX, en los que las relaciones del estado con los considerados menores de edad se caracterizaban por que el niño, adolescente o menor de edad era considerado como un adulto pequeño, ya que no existían propiamente instituciones especializadas a cargo del estado dedicadas a su tratamiento y las que se encargaban de la atención de los niños desprotegidos eran principalmente de carácter civil o religioso, por medio de hospicios, orfanatos o centros de educación.

Las relaciones del estado con los menores de edad en caso de comisión de delitos tipificados en leyes penales, era por medio de los órganos de justicia comunes a los de los adultos, aunque con algunas consideraciones especiales principalmente dentro del procedimiento, tales como la cantidad de pena impuesta y los lugares en los que ésta debía purgarse.

El tipo de trato que el estado daba al menor estaba determinado principalmente por el examen directo que realizaba el Juez de la causa para conocer la capacidad del niño en discernir sobre la bondad o maldad de sus actos. De este modo, con base en su propia subjetividad, el juez decidía cuál sería el procedimiento, la sanción, el lugar de reclusión y, con ello, el destino de vida del menor. El menor, no tiene voz, ni derechos, solo se le considera un objeto social.

Por lo que hace a los primitivos regímenes jurídicos surgidos tras la caída del Imperio Romano de Occidente, podemos citar el Derecho Anglosajón, en el cual se consideraba como límite de irresponsabilidad penal los diez años. Pasada esa edad, podía imponerse al menor inclusive la pena capital. Se advierte por Raúl Horacio Viñas, que existe, mayor rigidez, respecto a la sanción del menor, en el derecho anglosajón, y que la madurez, en este caso, está considerada como el eje del desarrollo emocional y social del sujeto, mayormente precoz, aun cuando otros sistemas no lo consideren de esta manera.³⁵

En la legislación que se ha dado en llamar *intermedia*, propuesta por el Emperador Carlos V, destaca las enseñanzas romanas, al asimilar la minoridad a la

³⁵ *Ibíd*em, p. 26. Nota 34.

enajenación y al aceptar el examen del dolo que, comprobado por consejo de entendidos, hacía responsable al menor. Un ejemplo de se circunscribe a la sanción que se aplicaba al ladrón menor de 14 años, a quien se le imponía pena de castigo corporal y renuncia eterna a vengarse (en lugar de la pena capital), pero si se trataba de un muy peligroso o gran ladrón -previa consulta a un Consejo podías ser penado en bienes, cuerpo o vida con tal que se acreditase que tenía la malicia de los mayores. Para otros delitos se repetía la consulta al Consejo o a jueces superiores, a efectos de saber si el menor realmente carecía de sentido moral. En otras palabras, Raúl Horacio Viñas menciona que se trataba de establecer si el menor poseía suficiente “discernimiento” (para distinguir el bien del mal), problemática que se inició en el Derecho Romano, continuó con el Derecho canónico y siguió con las prácticas jurisprudenciales de las ciudades italianas del Medioevo.³⁶

En las Siete Partidas, con relación a los menores, la séptima partida, Título 8, Ley 8, establecían la irresponsabilidad completa de los que no habían cumplido diez años y medio y la culpabilidad atenuada de los que no habían llegado a los diecisiete años. Esa misma regla se encuentra reiterada en diversas leyes, respecto de delitos especiales.

Sobre las VII Partidas, Rodríguez Manzanera comenta que establecían un sistema de irresponsabilidad penal total para los menores de diez años y medio, a quienes se denominaba infantes; y una especie de semi-imputabilidad para los mayores de diez años y medio, pero menores de diecisiete. El sistema contemplaba ciertas excepciones, dependiendo del delito: no podía aplicarse la pena de muerte al menor de 17 años; la inimputabilidad se conservaba en diez años y medio para la mayoría de los delitos, la inimputabilidad total se extendía a catorce años en delitos sexuales como lujuria, sodomía e incesto, y entre los diez y medio y los catorce años había una semi-imputabilidad para los delitos de lesiones, homicidio y hurto, pudiendo aplicarse penas leves.³⁷

Según apunta Viñas, si el menor distinguía lo justo de lo injusto, sufría una pena correccional, atenuada; la prisión no excedería de 20 años; en caso negativo, eran devueltos a sus padres o tutores, o destinados a casas de corrección. No

³⁶ *Ibíd.*, p. 28. Nota 34.

³⁷ Rodríguez Manzanera Luis, *Criminalidad de Menores*, México, Ed. Porrúa, S.A., 1987. p. 167

obstante, se ha señalado el retroceso de no haber establecido una edad mínima de inimputabilidad absoluta.

Posteriormente, con la difusión de las ideas de la escuela llamada clásica, se establece claramente una etapa de inimputabilidad absoluta en la infancia, considerándose que el menor carece de toda maldad. Las nuevas medidas son de carácter preventivo-correctivo, asumiendo gran relevancia la figura del discernimiento. Si éste faltaba, se absolvía; estando presente, se atenuaban las penas. El fundamento de tales absoluciones o atenuaciones en razón del discernimiento, como lo sostiene Viñas, se basaba en un principio de la ciencia moral; se responde en la medida que se distinga el bien del mal, pero también en otro principio de ciencia biológica: el entendimiento sólo gradualmente llega al desarrollo.³⁸

El principal representante de la escuela clásica, Francisco Carrara, quien elaboró su doctrina penal con base en los principios del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, mencionaba a la edad como la primera causa que perturba la inteligencia e influyen sobre la imputación. El primer período comprende la infancia, desde el nacimiento hasta los siete años; y la impubertad próxima a la infancia, que va de los siete a los doce años. En esta etapa, se presume *juris et de jure* que el sujeto carece de discernimiento, y por tanto, es inimputable. El segundo período, que Carrara llama de la responsabilidad condicional o menos plena, comprende dos fases: de los doce a los catorce años o la impubertad próxima a la minoridad; y la minoridad propiamente, de los catorce a los dieciocho años cumplidos. En este período, la capacidad se presume *juris tantum*, por lo que el agente es sometido a juicio, para determinar si obró con discernimiento o sin él. Si no se acredita el discernimiento, se le absuelve; en caso positivo, se le condena, aunque con menor intensidad que al adulto.³⁹

De acuerdo con Fontán Balestra, “esta doctrina basa todo el problema de la delincuencia juvenil en el análisis del discernimiento. Si éste falta, por presunción irrefragable de la ley (primer período) o por haberse demostrado así en el juicio (segundo período), el agente queda al margen del Derecho penal, no sólo en el sentido de que se lo exime de pena, sino en cuanto el poder público se desentiende

³⁸ Ibídem. p, 29 Nota 34

³⁹ Carrara, Francesco. Derecho Penal (Traducción: Enrique Figueroa Alfonzo). México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1995, p.

de él, porque excluida la pretensión punitiva cesa la función del juez a su respecto. Probado, correlativamente, el discernimiento, se aplica una pena, aunque de menor intensidad o grado”,⁴⁰ de lo cual deducimos que el menor queda sujeto a la tutela penal, sin concederle derecho alguno, puesto que para eso el estado se ha convertido en un ente autoritario.

En importantes discusiones doctrinales, trató de dilucidarse el significado del *discernimiento*, concepto que abordamos sólo por interés histórico, en función de haber sido superado actualmente. Al respecto, Solís Quiroga apunta que la “Escuela Clásica tomó como base de sus criterios punitivos la existencia del libre albedrío y de la responsabilidad moral, siempre de origen teológico, tomando como meollo de la conducta el sentido, que consideraba universal e innato en la especie humana, de lo que es justo, bueno, honesto y lícito. A veces tomaba como producto intelectual y a veces como producto del sentimiento el discernimiento, que suponía existía en todo ser humano adulto, y que podía ser alcanzado por los menores como los demuestra la investigación que se hacía de él en ciertas edades infantiles o juveniles, marcadas expresamente para ello en los diversos pueblos. Se afirmaba, pues, que existía el discernimiento y que, como consecuencia natural, el individuo estaba obligado a hacer el bien, a dirigir su conducta indefectiblemente a lo lícito. Si en cualquier caso obrar ilícitamente, con mala intención o dolo, ello demostraba que había actuado así voluntariamente, por su propia decisión, y por tanto, debía ser castigado.”⁴¹

No puede considerarse que hayan existido uniformidad de criterios respecto al discernimiento; en el aspecto del derecho positivo, numerosos países equipararon al menor con el adulto, siendo severos con él; en contraparte, otros estados prefirieron distinguir al menor con base en argumentos lógicos o en razones piadosas, eximiéndolo de la pena o aplicándola atenuada.

En el campo doctrinal, fue notoria la ambigüedad del concepto, sin que existiera un acuerdo entre los tratadistas al respecto. Haciendo un recorrido por las concepciones de importantes juristas, mencionamos a Carrara, quien, en una apreciación moral y valorativa, identificaba el discernimiento con la capacidad de

⁴⁰ Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Argentina Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, , 1980, p. 495.

⁴¹ *Ibíd.* p.47. Nota 17

distinguir el bien del mal. En el mismo sentido, Silvela habla de la capacidad de distinción de lo bueno y lo malo, y de comprender la diferencia entre el cumplimiento y la práctica del Derecho, y su infracción o falta.

De tal manera que entendemos que el discernimiento es la inteligencia con que el individuo procede al cometer el delito.

Solís Quiroga distingue entre el discernimiento jurídico y el discernimiento social; el primero se refiere a conocer que el delito es castigado; el segundo, a saber que hay maneras rectas y honradas de comportarse y otros que no lo son. El citado Solís Quiroga se apoya en la propuesta de Von Liszt al considerar al discernimiento “como la conciencia de la punibilidad del acto cometido, la madurez mental necesaria para la obtención del conocimiento de la culpabilidad.”⁴² Para Mezger, el discernimiento es la capacidad de comprender la injusticia del hecho y actuar según esa comprensión.

Con mayor concreción, Solís Quiroga cita a Georges Vidal quien hace notar que mientras para unos el discernimiento es la inteligencia del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto; para otros es la facultad de comprender la ilegalidad del hecho. En 1906, manifiesta que la concepción del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto es superficial, pues “es producto de factores en proceso de formación tales como la inteligencia, a la que faltan todavía el juicio, la reflexión; y la educación, a la que faltan, después de cada error, los reproches familiares, la actitud de la policía y los magistrados, y que hay necesidad de conocer el medio en que el niño ha ido creciendo.”⁴³ Por consiguientes, es evidente que se decide en nombre del menor, violando sus más elementales derechos, en aras del principio de protección del menor infractor.

El criterio se va orientando más a lo jurídico que a lo moral, vincula a la razón con el discernimiento, siendo éste el conocimiento exacto de la licitud o ilicitud de la propia conducta, por lo tanto se mantiene el criterio de que el discernimiento es la aptitud para distinguir el bien del mal, pero va más allá, al considerarlo como “el reconocimiento de poseer relativa lucidez para orientarse ante las alternativas de lo justo y lo injusto, de la moralidad o inmoralidad, de lo lícito y lo ilícito.

⁴² *Ibíd*em, p. 50. Nota 17.

⁴³ *Ibíd*em, p. 51. Nota 17.

De tal manera que podemos hacer una distinción entre el discernimiento jurídico y discernimiento moral; el primero consiste en saber que la ejecución de un hecho determinado motiva la imposición de una pena y el segundo en la noción del bien y el mal.

Sobre esta diversidad de conceptualizaciones del discernimiento, Solís Quiroga afirma que “es impresionante ver cómo, en un asunto de tal seriedad, como es la imposición de penas que afectarán la vida entera de los menores de edad y de su familia, los autores han discrepado tanto en lo que pueda entenderse por discernimiento, base estimada como esencial y previa para definir su aplicación”.⁴⁴

Y agrega el carácter positivo de haber abandonado el criterio del discernimiento, en virtud que debe considerarse que, si para los jueces en especial, y los adultos en general, es difícil discernir si un acto en determinadas circunstancias reales es lícito o conveniente, no se tiene el derecho de imponer al niño o al adolescente la “simple” obligación de haber discernido, antes de obrar, sobre la bondad del acto ejecutado, cuando está todavía en etapas de desarrollo incompleto y bajo la acción de la inmadurez, posiblemente recibiendo múltiples influencias inconvenientes, patológicas o anómalas, que impresionan fuertemente su desarrollo psicológico.

Nos queda claro que en respuesta a la escuela clásica, las ideas positivistas apelan a otra manera de estudiar y atender la cuestión de los menores que infringen leyes penales. Como afirma asimismo Solís Quiroga, si “a la sociedad interesa evitar que los delincuentes la sigan perjudicando, deben investigarse las causas de la mala conducta (entre las cuales las hay endógenas y exógenas de gran importancia, privando en cada sujeto una diferente constelación causal) y combatirlas eficazmente).”⁴⁵

1.1.5. El modelo correccional.

Una gran parte autores de derecho penal y diversos especialistas en justicia para menores ubican el nacimiento de esta rama del derecho con la creación del Tribunal para Menores de Illinois, en 1899, sin embargo, no podemos omitir el sistema diferenciado que contemplaron los códigos penales inspirados en la

⁴⁴ Ibídem, p. 53. Nota 17

⁴⁵ Ibídem, p. 55. Nota 17

corriente clásica del representante de la Escuela Clásica Francisco Carrara que de manera generalizada se estableció en buena parte de los países de occidente en la segunda mitad del siglo XIX, y que justificaba un tratamiento penal especial para los menores, a partir de reconocer una insuficiente evolución intelectual que limitaba su capacidad de comprender la significación delictiva de su conducta; esto es, de su poco desarrollada capacidad de "discernimiento", la cual les asemejaba a los locos y sordomudos.⁴⁶

Esta doctrina clásica justificaba el derecho de reprimir el delito, a partir del libre albedrío del sujeto para elegir entre el bien y el mal y le atribuía a la pena, al considerarla un castigo, un poder de persuasión para evitar la comisión de los delitos.

La diferenciación objetiva en el trato respecto de los adultos se refleja principalmente en la imposición de la privación de la libertad por un término muy inferior al que correspondería a los adultos por la comisión del mismo delito, y en el caso especial de nuestro país, a la remisión a centros especializados de educación correccional o corrección penal, que eran instituciones existentes en México desde la cuarta década del siglo XIX.

A fines del siglo XIX, diversos doctrinarios advirtieron que el sistema empleado para el tratamiento de menores bajo el pensamiento clásico no resolvía en nada el problema de la delincuencia perpetrada por ellos, sino más bien la agravaba, pues en la práctica se les privaba de la libertad a los menores por breves periodos de tiempo, de acuerdo con los delitos que cometían; además de que se les recluía en las mismas instalaciones que a los adultos, exponiéndolos a las negativas influencias de la convivencia cotidiana con ellos, sin contar los abusos extremos a los que podrían ser sometidos.

El positivismo penal, que basaba el derecho del estado de reprimir las conductas delictivas en defensa de la sociedad y no en la responsabilidad moral del delincuente –como lo hacía la escuela clásica de Beccaria–, puso de relieve la necesidad de que el estado realizara acciones más directas para la prevención del delito, en lugar de tomar medidas para la represión o castigo del mismo, y cuestionó

⁴⁶ Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal* (Traducción de: José Ortega Torres/Jorge Guerrero). Bogotá, Temis, Tomo X. 1991, pp. 94.

seriamente la capacidad de la pena para lograr inhibir al delincuente en la comisión de conductas antisociales.

Habiéndose reconocido la importancia de la figura del delincuente y las características personales del mismo, el tema de la niñez infractora comenzó a llamar la atención de una gran cantidad de profesionales encargados del estudio de la conducta humana e inició un movimiento por tratar de extraer del ámbito del sistema penal a la niñez involucrada en conductas delictivas, pero asumiendo la función de prevención a cargo del estado, y considerando que tanto el abandono material como el abandono moral de los padres o encargados del menor daban motivos para un futuro poco prometedor para un niño.

De esta manera, se fortaleció la idea del estado protector, a quien se le reconoce la obligación de protegerlos en sustitución de los padres y de las personas e instituciones que socialmente debían hacerse cargo de los menores abandonados, huérfanos o en peligro, asumiéndose la figura de subsidiariedad en la patria potestad, convirtiéndose en estados paternalistas o proteccionistas, que se procuraban a la persona del menor.

Deducimos que esta atribución del estado se justificaba en dos líneas ideológicas: la primera en su obligación de acudir en apoyo de los sectores marginados y de mayor vulnerabilidad, como son los niños; la segunda, como un mecanismo de control y prevención del delito. Este modelo propuso crear instituciones especializadas para el tratamiento de los menores en riesgo social, considerando el abandono tanto moral como físico, así como la comisión de una infracción administrativa o de un delito como síntoma indicador de la insuficiencia e incapacidad de los padres o de los encargados de ejercer adecuadamente la patria potestad.

Este sistema permaneció durante varias décadas rigiendo las relaciones entre el estado y la juventud en conflicto con la ley penal, hasta que se dio inicio a un periodo que lo pondría en seria crisis, pues al cabo de algunas décadas, erradicarlo de los sistemas de justicia de los países occidentales a finales del siglo pasado y principios del siglo XX.

A partir de la propuesta de Declaración por parte de Naciones Unidas del año de 1979, como el Año Internacional del Niño, con el objeto de celebrar la Declaración de Ginebra, realizada en 1959 y la conmemoración de la creación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el gobierno de Polonia

propuso un avance en el tratamiento de menores, exponiendo organizar una Convención de los Derechos del Niño, con el objeto de actualizar los principios recogidos en la mencionada Declaración de Ginebra, básicamente para adicionar ciertos mecanismos que comprometieran a los estados integrantes de la Convención a la realización de acciones tendientes a la actualización de dichos principios en sus respectivos países. Petición que fue avalada por la Asamblea General de las naciones Unidas, quien propuso la creación de una comisión redactora, que diez años más tarde, concluyó la redacción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual fue aprobada en 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas y puesta a ratificación de los países miembros, siendo ratificada por el estado mexicano, específicamente por el Senado de la República el 19 de junio de 1990 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, documento que hasta la fecha ha sido suscrito por más de 190 naciones convirtiéndose en el tratado o instrumento internacional con mayor aceptación en la historia.

Derivado de esta propuesta de reconocimiento de los derechos de los niños y la operación de la Convención mencionada, se inició un movimiento doctrinario que se ha llamado "doctrina de protección integral", sustentada en dicha Convención y otros documentos internacionales que marcan una concepción particular de la infancia diferente a los modelos ideológicos anteriores.

Proveniente de la doctrina de protección integral, término empleado por los defensores de la doctrina de protección integral como lo es el caso de Emilio García Méndez, Miguel Cillero Buñol y Carlos Tiffer, entre otros, que anima una visión global de los derechos de la infancia tratando de cubrir todos los aspectos vitales y sociales del menor, como es la salud, la educación, la protección, la convivencia familiar, el juego, la privacidad, entre otros muchos, en el caso de los menores o niños que se encuentran en especial estado de vulnerabilidad por la comisión de un delito, se desarrolla una nueva visión que cuestiona terminantemente la doctrina tutelar o de situación irregular, a la que se ha llamado "Modelo de Responsabilidad Penal para el Adolescente".

La transición de un sistema penal basado en el discernimiento a un modelo tutelar o de situación irregular, supuso la necesidad de una intervención por parte del estado de manera más directa, sin necesidad de reparar en el respeto de las garantías procesales o de alguna otra índole, que son características del sistema de

justicia penal, en atención a que, como el menor había salido del ámbito de la justicia penal y se había creado un sistema de enjuiciamiento inspirado en la idea de protección y tutela de un ser humano en situación de peligro o de abandono, esta acción del estado se inscribía en una actividad de carácter social y de ninguna manera podría asociarse con las funciones punitivas de carácter penal; y como consecuencia, el estado actuaba en el ejercicio sustituto de la patria potestad y, por ello, no operaban en este caso las garantías procesales de carácter penal que establece la Constitución para regular la actuación del estado en el ejercicio de este derecho.

Bajo esta justificación, el procedimiento tutelar, más que buscar la comprobación del acto delictivo y la participación o responsabilidad del activo en el mismo, tendía a conocer las circunstancias particulares de la persona, con el objeto de lograr identificar el tipo de medida o de tratamiento al cual debería ser sometido el menor para lograr su readaptación y una reinserción social más adecuada.

Tomando algunas instituciones propuestas por el positivismo penal, el proceso tutelar se encontraba a cargo de profesionales de la ciencia de la conducta humana, como el caso de psicólogos o psiquiatras, educadores, médicos, trabajadores sociales, etcétera; no existían formalidades y se encontraba basado en la observación de la conducta del sujeto y en el resultado de estudios de carácter médico, psicológico, socioeconómico, pedagógico, entre otros, y derivado de los resultados de éstos, determinar la medida aplicable.

Considerando que se trataba de una medida de prevención, de tratamiento o de seguridad, no existía para éstas un término temporal, ya que las mismas eran aplicables a los inimputables del delito, como el caso de los dementes. Por esa misma razón, y al no encontrarse en presencia de un conflicto de carácter litigioso, no existía la posibilidad de acudir a una defensa profesional para argumentar en favor de los derechos del menor; en fin, para el caso concreto no se consideraba necesario el respeto a las garantías individuales derivadas del principio del debido proceso penal.

Frente al panorama que presentaba la doctrina de situación irregular, doctrina tutelar para menores o proteccionista, los partidarios de la "doctrina de protección integral", congruente con la doctrina garantista del derecho penal consideraron que aquel modelo resultaba muy perjudicial para este grupo social, ya que de manera sistemática violaba sus derechos humanos más elementales, lo cual resulta tanto

más censurable por cuanto se trataba de un grupo de personas integrado por menores de edad que se encontraban frente al aparato represivo del estado por la comisión de una conducta juzgada delictiva, o lo que es peor, por encontrarse en un estado de peligro o abandono moral o material y por esa razón se veían privados de sus derechos humanos, como el derecho a la vida en familia o a un proceso o juicio justo, ya que bajo el argumento de la protección se veían sujetos a una serie de abusos y a consecuencias más gravosas que los propios adultos cuando realizaban esas mismas conductas.

De este modo se propuso un modelo de responsabilidad penal especializado para menores infractores o para adolescentes, a cargo de autoridades especializadas en la materia, en el que se cumplan los principios fundamentales del proceso acusatorio y en el que el estado ponga especial atención en las sanciones o medidas aplicables a los menores responsables de la comisión de conductas tipificadas como delitos por las leyes penales.

Esto es, si bien los menores de edad no son imputables en términos formales para ser contemplados dentro de las estructuras del sistema penal para los adultos, sí son responsables de sus actos; sin embargo, es necesario reconocer que se trata de una "persona en desarrollo", por lo que las consecuencias jurídicas derivadas de su conducta deben carecer de un carácter afflictivo y, en cambio, deben ser de carácter formativo y educativo, orientadas a lograr la reinserción social del menor, internacionalmente se ubican en el rango de 18 años, como lo establece también nuestra Constitución en el artículo 18, reformado el 12 de diciembre de 2005

Y si bien es cierto que en algunos casos en los que la conducta desplegada por el menor es de tal magnitud que amerite la segregación de la sociedad a través del internamiento o privación de la libertad, esta medida o sanción debe estar encaminada a proporcionar en el menor tiempo posible un tratamiento que facilite la reinserción del sujeto a la sociedad.

Lo anterior no significa que los menores hayan regresado al sistema de justicia penal o sean nuevamente sujetos del aparato represivo del estado como lo estuvieron durante el siglo XIX, antes de la aparición del sistema tutelar, ni implica tampoco que ahora serán remitidos nuevamente a las cárceles en convivencia con los adultos delincuentes, con las conocidas inconveniencias que ello genera. En estricto sentido significa un avance o evolución en la concepción de lo que actualmente entendemos como minoridad y también representa un gran adelanto en

materia del reconocimiento de sus derechos fundamentales, que por razón de una bien intencionada protección, fueron vulnerados de manera sistemática.

Debemos apuntar, antes de terminar con este breve resumen evolutivo, que el sistema tutelar había dado muestras de su ineffectividad para lograr los objetivos para los que estuvo diseñado, ya que frente al aumento del índice de criminalidad, parecía ser un estado de excepción que promovía la impunidad de los adolescentes en la comisión de delitos, lo que aparentemente era aprovechado por bandas delincuenciales organizadas para extender su actividad delictiva sin consecuencias graves para ellos. A partir de este fenómeno, el clamor social se orientaba hacia una solución que en muy poco resolvería en realidad el problema, pues las voces de demanda se dirigían a exigir que la edad penal para que el menor fuese sujeto del sistema de justicia para adultos iniciara una escala de reducción, pretendiendo que con la amenaza de la pena privativa de libertad y la sujeción al sistema penal en general, se lograría inhibir al joven de la conducta delictiva.

A principios de siglo XX, no había en México un derecho especial para menores, esto es, los niños no eran una "materia" sobre la cual debían dictarse normas específicas. Cuando un menor de edad infringía los códigos penales, sólo se consideraba la posibilidad de que recibiera una pena menor atenuada, se señala en el derecho penal, que es donde inicialmente se regulaba el comportamiento del menor, a la que recibiría si tuviera la mayoría de edad.

Durante las primeras décadas del siglo pasado, se elaboraron un conjunto de proyectos legislativos que, respondiendo a una tendencia que rebasa el ámbito nacional, intentaban justificar la creación de un nuevo espacio, esgrimiendo las razones por las que los menores delincuentes debían recibir un trato aparte, diferente al del adulto.

Este proceso de diferenciación, tiene como propósito el de constituir una identidad propia para la infancia que se había originado en el mundo occidental hacia finales del siglo XIX, cobró auge en nuestro país al término del periodo revolucionario. Al igual que en otras sociedades, en la nuestra también surgieron grupos abanderados de los derechos del niño y grupos que, en todos los campos, pugnaban por que éste recibiera un trato especial.

Como han señalado diversos autores, si bien el concepto de niño hizo posible en el siglo XIX el desarrollo de un saber teórico sobre la infancia, su principal efecto fue que la sociedad confinó el periodo de la infancia a un sistema cerrado y

reglamentado, distinto al mundo del adulto. Así, en todas partes, después de la época del "descubrimiento de la infancia", siguió la de la infancia enferma, delincuente o, en múltiples formas, desviada.

De tal manera que tanto el legislador, el médico, el psicólogo o el maestro, comienzan a interesarse en administrar la vida del niño, en prescribir lo que puede y lo que debe, lo que no puede y no debe hacer. De este modo, la programación que resulta del saber teórico sobre el niño es puesta al servicio de la administración, de los intereses del estado. Mannoni Maud señala que el saber teórico reaparece bajo los rasgos de un poder administrativo que, en adelante, estará facultado para reglamentar sobre las necesidades que debería tener el niño, así como sobre el grado de desarrollo que, científicamente, tendría derecho a esperarse de él.⁴⁷

Por cuanto toca al ámbito de la justicia, los niños y los adolescentes quedaron fuera de los tribunales para adultos y fuera también de sus prisiones. Los antiguos internados correccionales, antes en manos de órdenes religiosas y patronatos de beneficencia, fueron de una u otra manera incorporados a la esfera pública y pasaron a formar parte de los aparatos de estado, el estado se convirtió en un instrumento Tutelar del comportamiento del menor.

En adelante, lo que se venía haciendo en esos internados pasó a convertirse en un procedimiento "oficial" dentro del ámbito de impartición de justicia. Educar a estos niños en una cierta manera o "corregirlos", que no se explique como una obra de caridad, o de filantropía, sino de "justicia" impartida por el estado. De este modo, si a principios de siglo existían unos cuantos establecimientos correccionales en el país, hoy en día cada estado de la República cuenta con sus leyes e instituciones propias para menores infractores.

En el orden normativo hay básicamente tres grandes cambios que resaltan como constitutivos del campo en este siglo. A) El primero es el que corresponde a la fundación de los tribunales para menores que en cada estado se produjo entre los años 1920 y 1940. B) El segundo es el que los sustituye por los Consejos Tutelares, en la década de los setenta, dentro del esquema del derecho tutelar y el tercero es el que se ha iniciado en la década de los noventa con los Consejos de Menores, llamado modelo garantista.

⁴⁷ Maud, Mannoni, *La educación imposible*, Siglo XXI Editores, México, 1983, pp. 127-130.

En cuanto al primero, se trata sobre todo de justificar la necesidad de crear una justicia especial para menores. Se le puede considerar entonces como el momento que instituye el campo del derecho de menores. Esta fundación se sustenta en un discurso que, de manera especial, insiste en que los tribunales y prisiones ordinarios no son un lugar idóneo para menores, por lo que hay que crear instancias propias, adecuadas a su condición de minoridad.

El segundo momento que redefine el campo, lo reconstituye en torno a nuevos objetos, es el que se produce con el cambio de los tribunales por los consejos tutelares. Este giro pretende haber abandonado al derecho penal y sustraído a los menores de este territorio para incorporarlos al derecho tutelar. En éste no se habla de pena, sino de "tratamiento"; no de corrección sino de "readaptación social"; no de reclusión sino de "internamiento" y no de liberación sino de "externación" o "reintegración social".

Detrás de los cambios en el lenguaje se encuentra una concepción que, en ese momento, tiende a promover la imagen de un estado protector, aun cuando en la práctica oscilara entre un modelo penal y uno asistencial. Eugenio Raúl Zaffaroni y Alessandro Baratta señalan que en el nivel discursivo, el acento en los consejos tutelares, está dado por una concepción no-punitiva, que tiende a justificar la actuación del estado sobre los menores con argumentos "técnicos" y "científicos", simples razones de poder. El estado aun cuando democrático, solo impone su poder de estado, aparentando control administrativo, ejerce una subordinación plena del menor.⁴⁸

Sin embargo, la puesta en práctica de una política que se erige en defensa del menor, termina, paradójicamente, colocándolo en una posición de desventaja con respecto al adulto que se somete a un procedimiento penal. Es decir, habiéndose propuesto crear una justicia especial para los menores y habiendo colocado al estado como el representante legítimo de sus intereses, el derecho tutelar creó una especie de régimen de excepción que en buena parte confiscó sus derechos. Dentro de este modelo, parcialmente vigente, en la mitad de los estados de la República, las instituciones tutelares se ocupan por igual de los niños que han cometido una infracción, como de aquellos a los que se considera "en estado de

⁴⁸ Zaffaroni Eugenio Raúl y Alessandro Baratta. *Hacia el Derecho Penal del Nuevo Milenio*, México. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1991, p. 59

peligro". Queda claro, que a pesar de que se vive actualmente, un nuevo estilo en la justicia de menores, denominada garantismo, también es cierto, que aun no acaba por definirse, pues en la especie, aun tenemos un tipo de Consejo Tutelar, que es en el fondo, un tanto paternalista y contradictoriamente aplicando un criterio penal *sui generis*.

En ambos casos se sujeta a los niños a un mismo procedimiento y tratamiento sin que se haya logrado demostrar que, en el caso de haber existido el supuesto "estado de peligro", éste se logre conjurar privándolos de su libertad y sometidos a "tratamiento". El análisis de la práctica de estas instituciones demuestra más bien lo contrario, sin contar con que no existe una definición unánime de lo que por dicho estado ha de entenderse. Así las cosas, el llamado estado de peligro, queda sencillamente sujeto a la interpretación subjetiva, que realice el estado o un tribunal de menores.

Puede decirse que, entre otros factores, el hecho de que México hubiera firmado diversos tratados internacionales sobre la materia, así como la entrada en escena de Organismos Públicos y no gubernamentales encargados de la defensa y promoción de los derechos humanos, han contribuido que dentro del ámbito de la justicia para menores comience a revisarse la legislación sustantiva y procesal inherente a dicho nivel de personas, como ocurrió a finales de 1991 con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal y, posteriormente, con modificaciones similares a algunas legislaciones de los estados de la República.

Según ha resaltado Raúl Horacio Viñas, desde fines del siglo XIX y comienzos del XX, espera una honda transformación en las instituciones jurídicas relativas a la minoría en general y, en particular, el Derecho penal que se aplicaría a los menores debía perder "casi en absoluto su sentido represivo", para convertirse en un conjunto de medidas encaminadas a la educación moral, intelectual y física del menor.⁴⁹

La nueva idea respecto al tratamiento de menores, se concebía en la necesidad de despojar el carácter penal al tratamiento de menores, que con el tiempo, sabemos que no ha sido todo absoluto, pues aun cuando se habla de medias de seguridad, la simple reclusión del menor, que le obliga a la pérdida de un derecho como lo es la

⁴⁹ *Ibíd.* p.32. Nota 34

libertad, sin duda le da un carácter coactivo a la nueva justicia de menores que se propone en esta época.

Durante este nuevo período, caracterizado por el auge de ideas progresistas en todos los ámbitos, se gesta un importante movimiento que proclama la plena autonomía del Derecho Penal de Menores, siendo necesaria no sólo una distinta denominación, sino también otra estructura normativa. Según señala Viñas, “puede decirse que el niño ha salido del derecho penal”. La tendencia, es substraer o cuando menos aspirar a substraer totalmente al niño y al adolescente del área del derecho penal, para someterlo a medidas puramente tutelares y educativas.⁵⁰

Crear un estado tutelarista, que lejos de promover un sistema coercitivo, siembre la formación correccional del menor, en el modelo social de la época, donde se le reconozca al menor, como un sujeto con derechos.

Dorado Montero ratificaría esa aspiración al sostener que “el Derecho Penal ha desaparecido con respecto a los niños y a los jóvenes delincuentes y se ha convertido en obra benéfica y humanitaria, en un capítulo si se quiere de la pedagogía, de la psiquiatría y del arte del buen gobierno, conjuntamente se aspira a remplazar totalmente la idea de represión, expiación o responsabilidad moral, por la instauración de un sistema psico-pedagógico, tutelar y proteccionista, que pueda extenderse no sólo a los hechos ilícitos de los menores, sino asimismo a situaciones de abandono de menores, de peligro material y moral”.⁵¹

Según estas aportaciones, las causas determinantes de la criminalidad de menores se encontraban en la presencia de factores, no tanto biológicos cuanto provenientes de su entorno social, llegando a aseverarse que había una delincuencia social que los hacía instrumentos suyos. Todo ello condujo a un tratamiento de la criminalidad de menores más social que jurídico, en el que ya no se trataba de alcanzar la más alta expresión de justicia, sino de incidir sobre esos factores ambientales para lograr apartar al menor del medio que propiciaba su conducta delictiva y, a través de su reeducación, condicionar su comportamiento futuro a las exigencias de la comunidad.

⁵⁰ Ibídem. p.32 Nota 34

⁵¹ Dorado Montero, Pedro, *El derecho protector de los criminales*. Nueva edición de los estudios de derecho penal preventivo, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915, p. 222.

Empieza a gestarse el modelo conocido posteriormente como tutelar que: “en esa sustitución a que aspiraba Dorado Montero, serían convocadas la pedagogía, la psicología, la psiquiatría y sociología especializadas, hoy genéricamente comprendidas en la disciplina Criminología juvenil, aunque con discrepancias entre escuelas. Sin embargo, todas se esfuerzan en alcanzar la meta de reformar, rehabilitar, reeducar y reinsertar socialmente al menor que pudo delinquir, proyecto al que tiempo después se sumaría Piaget.

Como antecedentes de las instituciones correccionales señala Viñas, creadas según las nuevas doctrinas aceptadas por los legisladores, que pugnaban por la corrección en lugar del castigo penal, podemos citar numerosos esfuerzos de carácter meramente caritativo, atendidas generalmente por grupos religiosos. Las antiguas Casas de Corrección de Ámsterdam, que datan del siglo XVI, son claro ejemplo del valor asignado al trabajo riguroso, como redentor, y a la reeducación moral. La primera institución correccional para jóvenes fue el Hospicio de San Michel, fundado en Roma por el Papa Clemente XI en 1703. Institutos en los cuales se aisló completamente a los menores, respecto de los delincuentes adultos, sometiéndolos a medidas de reeducación muy similares a los modelos norteamericanos de Reformatorios de Elmira, Massachusetts y Concord.⁵²

En México, de los primeros antecedentes que tenemos sobre el sistema tutelar, relevante por haberse abolido la esclavitud. De los primeros hechos trascendentales fue en 1836, la creación de la “Junta de Caridad para la Niñez Desvalida”, donde damas voluntarias reunían fondos para ayudar a los niños huérfanos o desvalidos.⁵³

El sistema asistencial iniciado en nuestro país, se sustentaba en convocar a la sociedad y a las instituciones religiosas, para contribuir en el modelo de educación y formación de aquellos menores, principalmente los que se encontraban en situación de peligro o de aquellas clases desvalidas.

Rodríguez Manzanera comenta que fue en el período presidencial de José Joaquín Herrera (1848-1851) se fundó la casa de Tecpan de Santiago, llamada también Colegio Correccional de San Antonio, casa que recibió a menores delincuentes de 16 años, sentenciados o procesados. Al separarse el estado de la

⁵² *Ibíd.*, p 30. Nota. 34

⁵³ *Ibíd.*, p. 8 Nota 37

Iglesia por las Leyes de Reforma, el gobierno se hizo cargo de las instituciones de beneficencia.⁵⁴

Notándose el interés del estado mexicano por establecer un control sobre el comportamiento de los menores, al grado que surgirá una preocupación por desarrollar controles jurídicos, como lo fue una incipiente legislación.

De tal manera que en 1871, aparece el Primer Código Penal Mexicano en materia federal, obra de una comisión presidida por Antonio Martínez de Castro. En el cuyo artículo 34 se dispuso como circunstancia excluyente de responsabilidad penal: a) Ser menor de nueve años; b) Ser mayor de nueve años y menor de catorce, si al cometer el delito, el acusador no probare que el acusado obró con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción. En la exposición de motivos del Código de Martínez de Castro se estableció: “Respecto a los sordomudos, los ha equiparado la comisión a los menores considerándolos exentos de responsabilidad criminal, es decir, los menores de edad carecían de *razón*”. El capítulo X estableció las normas para la “Reclusión preventiva en establecimientos de educación correccional-reclusión preventiva en escuela de sordo-mudos. Reclusión preventiva en Hospital”. Lo que consideramos, desde luego inapropiado, dado que aun cuando a una persona está falto del sentido de la vista, del habla o del oído, no puede inducirse que carezca de discernimiento.

Resulta evidente el ánimo que dio origen a estas disposiciones: aplicar medidas de seguridad a los menores que por haber cometido una conducta infractora deberían ser separados del grupo para *defenderlos* de sus posibles conductas posteriores. En efecto, de la propia exposición de motivos se infiere que para los legisladores la pena tiene el único fin de evitar que se repitan los delitos que con ellas se castigan. Este cuerpo de normas jurídicas de que se integra este nuevo orden penal, está inspirado en las corrientes doctrinales de su época, pero con las innovaciones consistentes en la inclusión de las medidas de seguridad, y la institución de la libertad preparatoria. Acogió el sistema de clasificación de delitos graves y leves, señaló las penas a unos y otros, y otorgó al juzgador un arbitrio

⁵⁴ *Ibíd.* p. 68 Nota 37

limitado para determina la inimputabilidad de los menores, de acuerdo con la clasificación que preciso en su artículo 34.⁵⁵

Resulta evidente el ánimo que dio origen a estas disposiciones: aplicar medidas de seguridad a los menores que por haber cometido una conducta infractora deberían ser separados del grupo para *defenderlos* de sus posibles conductas posteriores.

En México, en el año de 1877, según Pavón Vasconcelos todos los establecimientos de beneficencia quedaron a cargo de la Secretaría de Gobernación, puesto que todos los hospitales, hospicios, casas de corrección y establecimientos de beneficencia que actualmente están a cargo del Ayuntamiento de esta Capital y los que en adelante se fundaren, serán administrados por una junta que se denominará Dirección de Beneficencia Pública y que se compondrá de las personas a cuyo cargo esté la Dirección de cada establecimiento, lo cual implicaba la creación de un control privado de los menores infractores.

En 1880, la Secretaría de Gobernación expidió el primer reglamento de la Dirección de Beneficencia, en cuyo capítulo tercero hace referencia a la Escuela de Educación Correccional de Agricultura Práctica, situada en Coyoacán, que desde 1841 pertenecía al Hospicio de Pobres, señalando que la escuela tendría carácter de especial, recibiría a jóvenes corregidos, a quienes se daría educación práctica de agricultura. La edad de admisión no pasaría de 16 años y tendría dos departamentos: uno correccional y otro de reforma.

En este contexto jurídico-penal, los jueces de adultos decidían si los menores merecían “reclusión preventiva en establecimiento correccional”, o si debían ser enviados a la cárcel con los adultos.

Francisco Javier Clavijero, menciona que en 1908 se trasladó a Tlalpan la Escuela Correccional que estaba ubicada en el ex convento de San Pedro y San Pablo. En estas escuelas correccionales se segregó a los menores que, tras haber cometido un delito, o por su situación de “pobres”, requerían el apoyo del gobierno; sin embargo, en las cárceles existían menores privados de su libertad.⁵⁶

⁵⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual De Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Decimoséptima Edición. Editorial Porrúa. México, 2004, p. 464

⁵⁶ Clavijero Francisco Javier, *Historia Antigua de México*, Colección Sepan cuantos, México, Ed. Porrúa, 1982. N°. 29. pp. 202, 203

La situación jurídico penal de los menores no había cambiado, si bien existía un movimiento de benevolencia a favor de ellos, lo cierto es que la Ley Penal no había cambiado. Resulta evidente que el Código Penal de 1871 estableció que los menores de nueve años que delinquieren no tendrían más sanción penal que el pago de la reparación del daño; que los mayores de nueve años y menores de catorce que delinquieren con discernimiento quedarían sujetos a las prevenciones del Código, pero las sanciones se les aplicarían desde la tercera parte hasta una mitad de las que les corresponderían si fuesen mayores de edad; los mayores de catorce y menores de dieciocho sufrirían de la mitad a los dos tercios de las sanciones que les correspondiera si fueran mayores de edad y en el caso de prisión deberían sufrirla en un departamento distinto del común de los presos. Estas hipótesis eran congruentes con los postulados de la Escuela Clásica que inspiró el Código, estableciendo como base para definir la responsabilidad la edad y el discernimiento.

El menor de nueve años estaba exento de responsabilidad; entre los nueve y los catorce, en situación dudosa que se aclararía en el dictamen pericial, y al de entre 14 y 18 con discernimiento ante la ley, con responsabilidad plena.

Hasta este momento del análisis que hemos emprendido, podemos fácilmente deducir que en el México independiente, con el Código Penal de 1871, aparecen los conceptos de defensa social, de readaptación social y de individualización de la pena; se cambia de la teoría del acto a la teoría del autor; se conservan los conceptos de inimputabilidad absoluta para los menores de 9 años, o mayores de 9 y menores de 14 años sin discernimiento; se reconoce la institución de la reclusión preventiva en establecimientos de educación correccional para los menores; aparece la necesidad de dar especial tratamiento a los menores sordo-mudos; el máximo de la pena o sanción a los menores delincuentes no podía exceder de los 6 años y tenía como propósito superior que los menores terminaran su educación primaria. Obvio que nos hace pensar que la reacción del estado frente al fenómeno delincuencial de niños y niñas (menores), era enfrentado a través del Derecho Penal mediante una represión legitimada, e iniciaba el tratamiento en centros especiales de reclusión para menores; pero en todo caso, en una y otra situación, el estado reconocía que los menores podían actualizar con su conducta tipos penales y que al hacerlo eran merecedores de sanción, adecuada a su condición de minoría de edad y a su capacidad de discernimiento.

La implantación del sistema de reformatorios en los Estados Unidos, hacia mediados del siglo XIX, atendía a la idea de que los delincuentes eran susceptibles de ser convertidos en ciudadanos respetuosos de las leyes; que los individuos anormales y querellosos podían ser “entrenados” para ser útiles y productivos.

La nueva concepción de la penalidad se extendió al ámbito de los menores, donde se entendió como tutela y prevención, a fin de dar paso a un sistema penal ideal que, con los recursos financieros e institucionales adecuados, pudiera ser aplicado en la práctica. Max Grünhut proponía que las autoridades estatales se encargaran del control de los niños menores de catorce años no debidamente atendidos ni custodiados; su supervisión debía delegarse, a ciudadanos privados y organizaciones de caridad, que deberían estar subsidiados por el estado, con tal que observaran ciertas normas mínimas. Así, los reformatorios para niños deberían introducir, hasta donde fuera posible, las condiciones de la vida en el hogar, y estar edificadas en el campo, porque “el lugar normal para educar a estos niños es la campiña” y deberían ser manejadas exclusivamente por mujeres.⁵⁷

En el segundo Congreso Penitenciario Internacional, celebrado en Estocolmo en 1878, se resolvió, que “los niños delincuentes no debían ser castigados, sino educados para permitirles “ganarse honestamente la vida y ser útiles, no perjudiciales para la sociedad”. En los reformatorios debería enseñárseles a los niños moral, religión y trabajo... en forma semejante a la enseñanza que hubieran recibido en una “familia honesta”. Debería separarse a los niños en reformatorios de acuerdo con la preferencia religiosa, y “el número de pupilos de una institución sería suficientemente pequeño para que el director pudiera en cualquier momento interesarse personalmente en cada uno de ellos”.⁵⁸

El programa de formación debería “corresponder al modo de vida de los trabajadores; comprendería instrucción primaria y se caracterizaría por la mayor simplicidad en comida, vestimenta y entorno, y sobre todo por el trabajo”. Los niños deberían estar en los reformatorios indeterminadamente, hasta los ocho años, pero

⁵⁷ Grünhut, Max. *Penal Reforma*, p. 50. Citado en Platt, Anthony M. *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*. 2ª ed., , México, Siglo XXI Editores, 1988, p. 71.

⁵⁸ Congreso internacional penitenciario celebrado en Estocolmo en Informe presentado en 1878. http://sirio.ua.es/libros/BEducacion/obras_completas_de_concepcion_arenal_t_14/index.htm. Consultado el día 15 de Octubre de 2013.

hasta donde fuera posible, la colocación de niños viciosos en familias o en instituciones públicas debería efectuarse sin intervención de los tribunales”.

La opinión sobre los reformatorios en los Estados Unidos era optimista, como lo precisa Grünhut: “se esperaba de los reformatorios que “remediaran los descuidos y vicios de los padres, el fracaso de las escuelas públicas, de las misiones y dominicales, y otras entidades morales del mundo exterior”. Se requería destreza y resolución para “hacer del vástago torcido un árbol recto, y transformar el criminal embrionario en un ciudadano excelente”. Pero mediante el debido entrenamiento, el reformatorio podía ofrecer a un joven delincuente “una buena ocasión para su futura utilidad y respetabilidad”. El residente típico de un reformatorio, como se afirmaba, generalmente tuvo una vida infamia, aprendió las costumbres depravadas y se crió entre personas cuya vida era un crimen atroz contra la ley divina y los derechos de la sociedad. A fin de corregir y reformar a esta persona, solo se lograría instruyéndolo en el valor de la adaptación, la lozanía y la confianza en sí mismo, para ello es menester revolucionar todo su ser, enseñándole a dominarse, a ser industrioso, a respetar los derechos de los demás y a sí mismo”.⁵⁹

Al margen de la excesiva retórica empleada al describir los métodos y objetivos del sistema de reformatorios, el supuesto principal giraba en torno a que la educación debida podría contrarrestar las imposiciones de una vida familiar deficiente, de un medio ambiente corrupto y de la pobreza, al mismo tiempo que robustecía y preparaba a los delincuentes para la lucha que les esperaba.

De especial relevancia fue la creación de los ‘Tribunales de Menores’, con jueces especiales para atender los asuntos relativos a los menores. El positivismo influye en la búsqueda de explicaciones científicas de la delincuencia juvenil; en la etiología de este fenómeno, se hace presente la influencia del evolucionismo científico causal explicativo- que impulsara el positivismo en el ámbito del Derecho Penal General. Sacando al menor del Derecho Penal, se pretende extender este cambio a la misma terminología que a él hace referencia. La nueva pedagogía correctiva pugna por desterrar expresiones como delito y delincuencia tratándose de menores, para sustituirlas por otras con menor contenido de valor negativo como “niño o joven problema” o “niño o joven inadaptado” en lugar de delincuente y

⁵⁹ *Ibíd.* p. 75.

“conducta anormal, irregular o situación irregular” en vez de “delincuencia infantil o juvenil”. Estos esfuerzos se concretan, en la labor legislativa, creando un cuerpo legal que compile todos los problemas que atañen al menor, desde el abandono hasta la delincuencia activa. Ejemplo de la aplicación de este sistema es la *Children Act* inglesa de 1908, la cual sirvió de base para muchos proyectos de códigos y publicaciones en otras naciones tanto europeas como americanas.

Así, el término delincuencia juvenil, y sus implicaciones peyorativas, llega a tener en la desaprobación de la comunidad una significación tan dramática como la etiqueta de criminal a la que buscó reemplazar.

Sin embargo, la puesta en práctica de una política que se erige en defensa del menor, termina, paradójicamente, colocándolo en una posición de desventaja con respecto al adulto que se somete a un procedimiento penal. Es decir, habiéndose propuesto crear una justicia especial para los menores y habiendo colocado al estado como el representante legítimo de sus intereses, el derecho tutelar creó una especie de régimen de excepción que en buena parte confiscó sus derechos.

Dentro de este modelo, (todavía vigente en la mitad de los estados de la República, las instituciones tutelares se ocupan por igual de los niños que han cometido una infracción, como de aquellos a los que se considera en *estado de peligro*. En ambos casos se sujeta a los niños a un mismo procedimiento y tratamiento sin que se haya logrado demostrar que, en el caso de haber existido el supuesto *estado de peligro*, éste se logre conjurar privándolos de su libertad y sometiéndolos a tratamiento. La experiencia práctica de la abogacía, que estas instituciones demuestra más bien lo contrario, sin contar con que no existe una definición unánime de lo que por dicho estado ha de entenderse.

Puede decirse que, entre otros factores, el hecho de que México hubiera suscrito diversos tratados internacionales sobre la materia, así como la entrada en escena de organismos públicos y no gubernamentales encargados de la defensa y promoción de los derechos humanos, han contribuido a que este estado de cosas dentro del ámbito de la justicia para menores comience a revisarse, como ocurrió a finales de 1991 con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal y, posteriormente, con modificaciones similares a algunas legislaciones de los estados

de la República. Abordaremos este cambio, que dio origen al modelo garantista, a continuación.

1.1.6. El modelo garantista

El centralismo de estado, aplicado a la justicia de menores trajo como resultado, una necesaria, cuanto imprescindible transformación del modelo en cuestión, donde el estado se había colocado a sí mismo y asumía en un solo órgano dependiente del Ejecutivo tanto las funciones de procurador, como las de defensor y juzgador, pero también las de protector y las de encargado de imponer, ejecutar y supervisar las sanciones, se había llegado al punto en que los menores habían perdido todos los derechos de cualquier persona sujeta a un procedimiento penal.

Evidentes violaciones a derechos fundamentales de los menores, como es el caso de llegar a ejecutar privaciones de su libertad sin orden de aprehensión y hasta por solicitud de sus padres; no era necesario que ellos supieran quién y de qué los acusaba; tampoco que hubieran violado alguna ley; prácticamente carecían de defensa y de la capacidad de impugnar las resoluciones del Consejo; no gozaban de la presunción de inocencia; se les podía privar de su libertad por un periodo indeterminado que carecía de relación con la falta que hubieran cometido; no se les seguía un procedimiento formal en donde se les comprobara la comisión de algún ilícito o se admitieran pruebas en su descargo y tampoco importaba que, en caso de ser adulto, no se le hubiera podido privar de su libertad por los mismos hechos. De aquí que la propuesta de un nuevo esquema tuviera como propósito central el de devolver a los menores las garantías que se les habían conculcado y de aquí también que a este nuevo modelo se le denominara garantista.

Detrás de este modelo cabe situar los diversos tratados internacionales sobre la materia que México había suscrito y que ponían en cuestión al modelo anterior, entre ellos, podemos citar: a) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Nueva Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985); b) las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad,

1988) y c) la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por México en 1991).⁶⁰

En dichos instrumentos se reafirman, entre otros, los principios para que un menor pueda ser privado de su libertad, se requiere que se instruya un procedimiento a fin de que conforme a las normas vigentes se le compruebe la comisión de un acto expresamente prohibido por las leyes penales; asimismo, que en dicho procedimiento tendrá derecho a la defensa y a la impugnación de las resoluciones, y que en todo momento deberán salvaguardarse sus derechos, no podrá sufrir torturas ni malos tratos y la medida de reclusión se adoptará sólo como un último recurso.

De este modo, la exposición de motivos de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en materia Federal, expedida en 1991 y que entró en vigor a partir de 1992, reconoce que, en la impartición de justicia a los menores, "se habían venido violentando los principios de legalidad, audiencia, defensa, asesoría jurídica, impugnación y todos aquellos otros que rigen el procedimiento". Por tal motivo, la nueva Ley establece "que ninguna medida será aplicable sin la comisión de una conducta previamente prohibida por las leyes penales, impidiendo que se sigan procedimientos por simples violaciones a disposiciones administrativas".

Creemos, que aun cuando es indudable que a nivel estrictamente jurídico este esquema garantista ofrece algunas ventajas en relación con el anterior, para algunos se trata de un retroceso que prácticamente ha devuelto a los menores al dominio, a la lógica del derecho penal, ámbito del que el derecho tutelar pensaba haberlos rescatado para siempre. Otros, en cambio, consideran al modelo garantista casi como la panacea, dado que lo consideran como el remedio más eficaz para combatir la delincuencia de los menores.

Sin situarnos dentro de estos parámetros, en los que a menudo se privilegia la forma y se deja fuera el contenido, o bien se analizan sólo los cambios en las normas y se deja de lado el de las prácticas, ya que se parte del equívoco supuesto de que con la transformación del orden normativo, se logra la transformación de las prácticas, lo cual es absurdo, puesto el problema es multifactorial, requiere

⁶⁰ Los principales tratados internacionales de derechos humanos. Publicación De Las Naciones Unidas. *Número de venta*: S.06.XIV.2. Nueva York y Ginebra, 2006, p.3

también de la modificación de otras áreas como la educación, la cultura, la economía y sobre todo, preparar ampliamente a los responsables de impulsar estos proyectos, las leyes de escritorio, no funcionan. Desde luego, no es suficiente la visión del legislador.

Nos parece importante mencionar algunos problemas que todavía no encuentran solución dentro del modelo garantista. En primer lugar se encuentra lo que consideramos una noción estrecha, pobre de contenido, reducida, de lo que ha de entenderse por "justicia para menores". Esta deficiencia resulta especialmente evidente si se analiza el contenido de la nueva Ley en relación con el propósito manifiesto en su Artículo 1º, que a la letra señala: "La presente Ley tiene por objeto reglamentar la función del estado en la protección de los derechos de los menores".

Nos referimos, en primer término, a la ausencia de ordenamientos y espacios institucionales paralelos tanto para los menores de 11 años que hubieran cometido alguna infracción como para los mayores de esa edad y menores de 18 que, sin haber cometido alguna infracción o habiéndola cometido pero sin que ésta ameritara la prescripción de algún tratamiento, requerirían, sin embargo, de asistencia y protección. Estos casos, que la ley anterior regulaba de manera injusta y contradictoria bajo el supuesto del "estado de peligro", y que la nueva ley deja fuera, carecerían en la práctica de un marco normativo e institucional que, sin confiscar sus derechos, les brinde la atención que requieren.

La citada Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, establece en su Artículo 6o, dichos menores "...los menores de once años serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de la materia", lo que, en los hechos, equivale a colocarlos frente a multitud de obstáculos y restricciones que limitan o nulifican sus derechos por cuestiones sociales, políticos y económicas. Por ello la duda, sobre la efectividad de dicha ley, ya que generalmente está planteada con un sentido un tanto sectario, hacia la clase de menores más desprotegida, pues aun cuando presuponemos que mantenemos un desarrollo social, este es limitado para esta clase social.

En otro orden de ideas, también habría que cuestionar la creación reciente en el Distrito Federal, casi paralela a la nueva ley, de una especie de réplica de los penales de alta seguridad para adultos, que viene a ser el Centro de Atención Especial al que se le denomino como "Almoloyita". Denotando una percepción

social, que reflejaba la desconfianza, para educar y corregir a los menores infractores. Sin embargo en este centro han venido recibiendo atención durante los últimos años aquellos menores que han cometido una infracción grave, que son reiterantes y de quienes se supone un bajo nivel de adaptación social. En los hechos, estos menores son tratados y estigmatizados como sujetos "de alta peligrosidad" y reciben un trato similar al de los adultos en dicha condición, es decir, se les mantiene la mayor parte del tiempo en aislamiento y se les sujeta a severas medidas disciplinarias, cuya eficacia no ha sido demostrada, además de que violan numerosos principios establecidos en los instrumentos internacionales a que hemos hecho referencia.

Es preciso tomar en cuenta que, tanto la creación de este centro como el modelo conforme al cual opera, no han sido sometidos al análisis y la crítica amplia de los especialistas, menos aún de la opinión pública, ni tampoco sus resultados han sido ponderados y evaluados por órganos ajenos a la institución, como lo recomiendan los instrumentos internacionales sobre la materia, e inclusive es notoria la ausencia de todo pronunciamiento sobre este centro por parte de los organismos de derechos humanos, no obstante que en su oportunidad van a constituir el prototipo de Institución para el reencauzamiento de los menores infractores.

Podemos afirmar, decir que si bien hoy en día se cuenta con un modelo que brinda mayores posibilidades para la defensa formal de los derechos de los menores que han cometido alguna infracción, queda un largo camino por recorrer para llevar al terreno de la práctica el ejercicio pleno de tales derechos, para dotarlos de contenido, para no permitir que prevalezca una visión formal, estereotipada, empobrecedora, y coactiva, que quierase o no, violenta derechos humanos, aun cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, haya sustentado criterio jurisprudencial legitimando tanto el orden normativo, como el institucional.

Nos parece que los puntos anteriores hemos intentado mostrar no solo lo cuestionable que resulta el nuevo modelo de justicia para menores, sino reiterar que los cambios a nivel legislativo no resuelven todos los problemas y que, aun dentro de lo que se ha dado en llamar el modelo garantista, subsisten prácticas, ideologías y métodos que no marchan en una misma dirección y cuyo espíritu se opone al marco de irrestricto respeto a los derechos humanos en el que dicha reforma se halla declarativamente, inspirada.

En el mismo sentido cabe destacar las múltiples, y en ocasiones muy graves, deficiencias que la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia encontraron como resultado del diagnóstico emprendido en los Centros de Atención para Menores Infractores en el país, afirmando haber detectado diversas fallas que van desde la falta de un reglamento, la violencia física, los insultos, las amenazas, los cateos irregulares y violentos y la imposición de medidas disciplinarias como el "aislamiento voluntario" por periodos prolongados, en ocasiones mayores a los diez días"⁶¹

No pasa menos desapercibido, que en el estudio se señala que es común la falta de información a los menores sujetos a internamiento sobre su situación, como tampoco su situación personal, ni cuánto tiempo durará su encierro"; sin menoscabo de que en los Centros Tutelares hay una alta proporción de menores en "estado de peligro", sin perjuicio de aquellos que desconocen el hecho del que se les imputa. Es posible concluir que aún subsiste en dichos centros "la violencia, la arbitrariedad y el abuso de poder", que es necesario erradicar paulatinamente.

Algunos aspectos de los mencionados, cuestionables desde el punto de vista jurídico, como la supresión del debido proceso legal, la indeterminación de la sentencia, entre otros; motivaron que en la primera década de este siglo XXI, se genere una nueva revolución de las ideas en esta materia, que sin duda obligo a dar paso de manera urgente al modelo garantista..

La misma Declaración de los Derechos del Niño, que conforma la *doctrina de la protección integral del niño y de la niña*, la cual asume como eje sistemático de construcción para la interpretación y creación de normas penales dirigidas a menores el principio axiológico fundamental del interés superior del menor. Los nuevos principios impulsados, en los cuales se asienta el nuevo derecho para menores infractores, se desprenden del contenido de los artículos 37, 40 y 41 de la Convención sobre los derechos del niño; los cuales pueden agruparse en cuatro ejes: a) principios generales, b) principios de derecho penal sustantivo, c) principios procesal estructurales, y d) principios de debido proceso legal, como lo señala Ríos Espinoza.⁶²

⁶¹ La *Gaceta*, núm. 55, CNDH, México, febrero 1995, pp. 146-158.

⁶² Ríos Espinoza, Carlos. *Grupos vulnerables y derecho penal: el caso de los menores infractores. Bien común y gobierno*. México, 1998, Año IV, no. 346.

Entre los principios que señala Ríos Espinoza, se encuentra:⁶³

a) los generales que comprenden “el principio de vulnerabilidad social; el mandato de establecer leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para menores; el deber de trato humanitario y digno a los niños y niñas acorde con su condición de inmadurez y desarrollo; el principio que ordena la determinación exacta de una edad mínima y otra máxima de imputabilidad penal limitada; la prohibición de prisión perpetua y pena de muerte; el de asistencia de niños y niñas ni imputables; y el mandato de garantizar la comunicación del menor con sus familiares.”

Dos principios se originan, con este eje, sin duda trascendentales, el de la legalidad del procedimiento y el de la capacidad de discernimiento, a fin de garantizar con claridad la imputabilidad o inimputabilidad del menor, aspecto esencial de la justicia de menores.

b) Entre los principios de derecho penal sustantivo se incluyen: “la reserva de ley; el principio de culpabilidad; el principio de proporcionalidad entre la infracción y la medida; el principio de subsidiariedad en la regulación y aplicación del tratamiento; y el principio de aplicación oficiosa de la norma más favorables.”

En este orden de ideas, se privilegia el denominado “interés superior del menor” elemento clave del principio de proporcionalidad en la justicia del menor, ya que en el orden jurídico, aunque no se trate del mandamiento constitucional, existen derechos preferentes del menor, que deben ser aplicados no solo por la autoridad jurisdiccional, sino por todo tipo de autoridades del estado.

c) Por lo que hace a los principios procesal-estructurales, entre ellos podemos mencionar: “el principio de jurisdicción; el principio de impugnación; el de protección contra actos de tortura y tratos crueles; el de respecto a la privacidad del menor en todas las fases del procedimiento; el de legalidad en cuanto a actos de molestia con motivo de la intervención punitiva; el de excepcionalidad de la detención durante el proceso; el de acceso a la jurisdicción de protección de garantías constitucionales.

Se privilegian los recursos legales, que hasta el modelo tutelarista, tenía negados el menor, en la actualidad, inclusive, la Nueva Ley de Amparo, en vigor desde el 3 de Abril de 2013, reconoce el derecho del menor a comparecer en

⁶³ Ídem. p. 345. Nota 62

demanda de la protección de la justicia federal, cuando exista una transgresión de sus derechos tanto humanos, como fundamentales.

d) Dentro de los principios del debido proceso legal, se incluyen: “el principio de presunción de inocencia, el de no autoincriminación, el de defensa, de intérprete y de pronta asistencia jurídica y social.”

El modelo garantista, aunque ha sido aceptado, dado que trata de impulsar un sistema de justicia para adolescentes, más equitativo, aun podemos afirmar que no está consolidado, es más, requiere de una profunda revisión, para subsanar los errores que se han detectado, y que actualmente la sociedad exige una mayor atención al comportamiento de los menores, ya que se advierte asombrosamente que día con día es mayor la participación de hechos delictivos cometidos por jóvenes, lo cual es un indicador de que se requiere un constante de perfeccionamiento este modelo.

1.2. Consideraciones sobre la edad penal

1.2.1. Consideraciones Políticas y jurídicas de la edad penal.

La ubicación exacta de esta renovada justicia de adolescentes en la rama apropiada del derecho penal obedece, en un primer plano teórico, no a un capricho, sino a un criterio de rigor científico, y luego, en el orden práctico, a la búsqueda de una mayor protección de sus derechos sustantivos y procesales en tanto son sometidos a un procedimiento. Conviene adelantar que históricamente el mayor obstáculo para que los niños, las niñas y los adolescentes tuvieran acceso a una verdadera justicia fue justamente su alejamiento del ámbito penal, porque bajo este supuesto y la idea de protección, piedad y compasión, dice García Méndez, se cometieron las peores atrocidades. Por ello, los diseñadores de la política criminal, los legisladores, y quienes interpretan y aplican la ley deben tener una idea clara de esta situación para así evitar errores del pasado.⁶⁴

Las decisiones sobre las políticas criminales, la producción de normas, su aplicación y toda la problemática sobre justicia, la de adolescentes conflictuados con la ley penal deben analizarse y valorarse desde la óptica de la ciencia jurídica penal,

⁶⁴ García Méndez, E. “Conferencia relacionada con los cursos de justicia para adolescentes”, marzo de 2007, México. Portal de Internet del Consejo de la Judicatura Federal; www.ijf.cjf.gob.mx. Consultada al día 15 de Diciembre de 2013

porque todos esos fenómenos tienen esa naturaleza, máxime que el nuevo sistema de justicia juvenil rompe con los sistemas tutelares y semigarantistas del país.

Esta última confusión, aunada a las inconsistencias jurídicas anteriores, hizo que las instituciones de “menores” fueran lugares que albergaban niños excluidos de los beneficios sociales básicos, ya que los niños incluidos, es decir, los que gozaban de soporte económico, jamás arribaban a los consejos. Esta realidad, comprobable en todas estas instituciones, llevó a afirmar que cuando estas leyes señalaban el término “menores” estaban haciendo referencia a los pobres, marginados y excluidos. Además, debido a la escasa consideración a lo jurídico y, concretamente, a las normas que establecen límites a la intervención del estado sobre las personas, el sistema tutelar era, en la práctica de la justicia local, una función simbólica e incluso, menor. En el fondo del sistema estaba una idea de la infancia que concebía a ésta como objeto de compasión y represión y no como sujetos de derechos.

De tal forma que la Constitución fijó principios orientadores y normas que funcionan como guía de los nuevos sistemas. Como pilares fundamentales de ellas están el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos, la definición concreta de los límites de edad de la niñez y la adolescencia, los principios del interés superior de la infancia, protección integral y desarrollo progresivo, y la consideración de que los mismos tienen, junto con los derechos que poseen todas las personas, un conjunto de derechos especiales que conforman su estatus jurídico especial.

En virtud de estas normas, que imponen reglas de trato a los niños pero también límites a la intervención del estado sobre ellos, lo único que justifica la reacción coactiva, es decir, el funcionamiento del sistema de responsabilidad penal, es la comisión de un ilícito tipificado como delito en la ley penal. El estado no puede intervenir coactivamente, privar de su libertad a un adolescente o incoarle un procedimiento penal con el pretexto de protegerlo, si éste no ha cometido un delito alguno.

Necesariamente niños y adolescentes deben estar sujetos, en todos los aspectos de su desarrollo, a regulaciones especiales, la reforma exige construir un sistema de responsabilidad penal especial que atienda exclusivamente a aquellos que son acusados de cometer delitos configurando un proceso diferente al de los adultos, aun cuando se utilicen análogos criterios.

En este capítulo, además de lo anteriormente señalado, lo dedicaremos a analizar cuáles son los fundamentos del sistema de justicia especializado en adolescentes, la pertinencia de un sistema especial de justicia para este sector, la noción que se ha conformado sobre el mismo, las bases que lo sostienen que, como se sabe, abarca componentes orgánicos, sustantivos, procesales y de ejecución. Subrayaremos que el nuevo sistema de justicia para adolescentes se orienta por la denominada doctrina de la protección integral.

Otro aspecto que abordaremos, consiste en analizar el significado de los principios constitucionales que rigen en la materia: el respeto a los derechos del adolescente; el interés superior del adolescente; la protección integral del adolescente; la formación integral del adolescente, así como la reinserción del adolescente a su familia y comunidad.

Sin embargo, el eje sustantivo de esta sección, consiste en hacer un análisis jurídico desde el punto de vista epistemológico sobre la inimputabilidad penal del menor y por supuesto del debido proceso, sin omitir, la formulación de un análisis sobre el principio del debido proceso y la forma en que las diversas legislaciones locales, particularmente la de Sinaloa, han procedido a conformar procesos con las debidas garantías para evitar la discrecionalidad y arbitrariedad en el juzgamiento.

El adolescente imputado y acusado de la comisión de delitos debe gozar de todas las garantías sustantivas y procesales que otorga la Constitución de la República en materia de proceso penal más las garantías especiales que corresponden a la edad del imputado y que hacen al proceso jurisdiccional parte de un sistema especializado.

En la construcción del nuevo sistema de justicia penal para los adolescentes, fundamental será hacer deducir fundadamente si las nuevas disposiciones constitucionales se hacen reales y efectivas respecto a los derechos y, a través de ellos, evitar la criminalización de la pobreza, produciendo que exista en el país una justicia para menores de edad que pase de ser simbólica a ser real.

Junto con el proceso penal especial para adolescentes y en virtud del principio de intervención mínima que rige al sistema que exige que se resuelvan el menor número de casos en el nivel judicial.

Concluiremos, revisando si las medidas desjudicializadoras que los sistemas locales de justicia para adolescentes han introducido están la conciliación, la mediación, la suspensión del proceso a prueba, el criterio de oportunidad reglado y

la remisión que en el sistema de justicia para adolescentes la reacción ante hechos delictivos cometidos por éstos debe prever medidas alternativas al proceso y a la medida coactiva.

Este trabajo no deja de considerar que el artículo 18 de la Constitución se halla ubicado en un contexto más general relacionado con una concepción del estado de derecho, la política criminal del estado, la forma en que éste responde o hace frente a los delitos cometidos por los adolescentes, la diferenciación entre los problemas sociales y los conflictos jurídicos que padecen los menores de edad, la confección de un distinto paradigma de los derechos de la infancia, el cambio en nociones como imputabilidad o inimputabilidad, y el replanteo de las políticas públicas relacionadas con la infancia que, en cuanto política pública moderna, no significa otra cosa que la coordinación de esfuerzos entre el estado y la sociedad civil.

Hoy día, esta problemática se vuelve a hacer presente, los artífices del nuevo régimen de justicia de adolescentes dan a entender que estamos en un terreno civil o administrativo.

En consecuencia, el orden normativo que empleamos actualmente denominado Ley Federal de Justicia de Adolescentes contiene una orientación claramente no penal, que se refleja en su terminología, lo cual *considero podría ser peligroso y técnicamente incorrecto*, si no se enfoca bien esta problemática. Puesto que por una parte, ya lo hemos comentado anteriormente, se establecen medidas de seguridad acordes a criterios penales, como la edad, la imputabilidad, la privación de la libertad, y por la otra se establecen medidas educativas y formativas, que pongan al adolescente en el proceso de socialización.

Mucho se ha discutido sobre la posibilidad de prescindir o admitir, el derecho penal para jóvenes. Es indiscutible que nuestra postura no es la de creer que el Derecho penal puede arreglar todo aquello que la sociedad, no ha sido capaz de hacer. Replantear la intervención penal para los jóvenes, nos parece la mejor solución, político-jurídica.

Ahora bien, una pregunta que de manera frecuente, nos formulamos es sin duda ¿hasta qué edad está dispuesta la sociedad a prescindir de su intervención en el comportamiento de los jóvenes? En el tema de los menores, las posturas siguen siendo enormemente ambiguas, se afirma, como ha dicho Vives Antón "...que podría

diseñarse un elenco de medidas correctoras que, en su definición legislativa y en ejecución práctica, no impliquen para los menores de 18 años ni privaciones de derechos que puedan interpretarse como castigos, ni reproches, ni estigmas, y que estas medidas puedan y deban aplicarse, en todo caso, con las garantías del artículo 18 de la Constitución Política Federal".⁶⁵

En principio, nos preguntamos cómo educar o reinserir al proceso social, a todos aquellos jóvenes que a partir de los doce años: ¿abren los coches, para robarlos, que realizan actos de vandalismo, o incurrir en la comisión de homicidios, secuestros, robos?, y que lo hacen de manera violenta, causando daño a terceros, e inclusive drogándose o bajo los efectos del alcohol, creemos que como estudiosos del tema, tenemos que recurrir al derecho penal de menores, para tratar de corregir, un fenómeno que por años la sociedad dejó crecer.

Sin embargo, como lo ha expresado Vives Antón, que si durante más de medio siglo hemos podido vivir sin aplicar penas a los menores de 18 años, ahora tengamos que hacerlo, de manera drástica. En primer lugar, como he dicho al principio, las denominadas medidas educativas y correctoras pueden llegar a ser tan duras como las penas, pero sin ninguna garantía, y en segundo lugar, si creemos que es posible una solución no penal para los menores de 18 años, hagámoslo con todas sus consecuencias, y desjudicialicemos solo los hechos que no sean graves.

A partir de esa frontera de edad máxima de 18 años, la Justicia de menores se halla definida en su concepción ideológica, en dos grandes sistemas. Uno con una concepción más paternalista y de carácter proteccionista, cuya finalidad primordial es la educación del menor y el segundo sistema, sería el opuesto. Nos encontraríamos ante un sistema penal, donde la respuesta está en función de la infracción cometida y no de las necesidades del autor, donde el joven tiene reconocidos sus derechos y garantías.

La realidad concreta, la praxis, nos demuestra que en su aplicación, ambos modelos no son tan distintos y que, en todo caso, la dicotomía sanción-educación, se encuentra bien presente en los dos sistemas.

En líneas generales, podríamos decir que existe, al menos en Europa, una clara tendencia a seguir las reglas de Beijing, adoptadas por las Naciones Unidas

⁶⁵ Vives Antón, T. "*Constitución y Derecho Penal de Menores*", en Poder Judicial, núm. 21. Madrid, Consejo General del Poder Judicial 1991, p. 93.

que reconocen fundamentalmente, la necesidad de respetar los derechos de los jóvenes, y reforzar su posición legal a lo largo de todo el procedimiento, pero todo ello, sin renunciar a una concepción educativa de la Justicia juvenil.

Es por ello que el derecho penal de menores se enmarca en un doble propósito: la edad de los sujetos para los que se concibe y la consideración que política y jurídicamente se tenga hacia dichos sujetos.

El primero de los elementos, la edad, permite explicar el fundamento de la existencia de un derecho penal que presenta determinadas especialidades, a la par que delimita el ámbito subjetivo sobre el que dichas especialidades deben tener vigencia.

El segundo elemento, el tratamiento que deba dispensarse a los sujetos a quienes deba aplicarse el derecho penal de menores, cobra especial relevancia en tanto que, en virtud de lo dispuesto en los textos internacionales relativos a la materia, existen criterios que, con aptitud uniformadora, pretenden establecer las principales líneas de la actuación de los estados en lo relativo a los menores de edad.

Toda vez que los elementos que conforman la base del derecho de menores se hayan podido, en mayor o menor medida, precisar, procederá el análisis, ya en el terreno de la concreta legislación o bien de la juridicidad de menores, dirigido a averiguar cuáles son los aspectos que distinguen el derecho penal de menores del derecho penal ordinario o de adultos. Aun cuando en la realidad, de manera discrecional el derecho penal sigue aplicándose.

1.2.2. La Edad Penal.

En lo referente a la edad penal es necesario establecer una edad mínima y una máxima en la cual las autoridades encargadas de dilucidar aspectos relativos a la justicia de menores podrán sujetar a procedimiento tutelar a estos mismos, considerado esto como una obligación, como lo afirma Rodríguez Manzanera, en este sentido encontrábamos en las legislaciones de nuestro país una disparidad considerable, hasta la entrada en vigor de la reforma constitucional de 2005, cuando por mandato supremo de nuestra Carta Magna homologó una edad mínima como

una máxima, en cumplimiento de la ya multicitada Convención Internacional de los Derechos del Niño, del cual México es estado firmante.⁶⁶

Las discusiones que se dan en este sentido resultan ociosas, considerando que la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que como ya se ha explicado es ley suprema de la unión de acuerdo al artículo 133 constitucional, señala que se es niño hasta los 18 años por lo tanto para cambiar esa edad se tendría que dejar de ser estado parte en esa convención, o bien establecer que los Tratados y Convenios Internacionales dejan de ser ley suprema en nuestro país, por lo que todos los estados adheridos a dichos Pactos Internacionales, que señalan edades menores a 18 años, están violando flagrantemente los citados ordenamientos. Por lo que se refiere a la edad mínima, en nuestro país, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, - publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000- señala en su artículo "2. *Para los efectos de esta ley, son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos.*" Así las cosas, tomando en consideración a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la presente Ley, así como a la Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, y los tratados y los convenios internacionales aplicables al caso, se tiene como objeto la creación del Sistema Federal de Justicia para Adolescentes, el cual incluye a los órganos, instancias, procedimientos, principios, derechos y garantías previstos, y derivados de estas disposiciones, en ese orden de ideas, se promulgó en nuestro país, la Ley Federal de Justicia para Adolescentes, -publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 2012- misma que su artículo 2 establece con meridiana claridad, quienes son los sujetos afectos a dicha normativa: adolescentes y adultos jóvenes.

1.2.3. La pertinencia punitiva del Derecho Penal de Menores

La grave percepción y la propia inseguridad que padecemos socialmente, llevan a discutir y habilitar discursos sobre la forma de enfrentarlas, recorriendo extremos impensados hasta para el propio derecho penal; que justamente es el ámbito en donde el estado ejerce su mayor poder sancionador.

⁶⁶ *Ibíd.* p. 333. Nota 37.

Uno de los grandes temas, lo es sin duda, analizar la eficacia del derecho penal del menor, especialmente sobre la conveniencia y autonomía, del citado derecho minoril en el ámbito penal, mismo que plantea, con frecuencia que se hable de Derechos del niño y del Derecho de menores de una manera tal que la afirmación de uno parece implicar la negación del otro. La aparente contradicción obedece a que en su consideración se suelen superponer perspectivas distintas, lo filosófico, lo científico y por qué no lo ideológico.

Un planteamiento epistemológico serio, obliga a discernir tales perspectivas así como también obliga a ser explícito sobre cual se elige como propia para un determinado desarrollo, si lo filosófico y lo científico o vamos a entrar en el terreno de las confrontaciones ideológicas.

Entre el conjunto de soluciones reformadoras, se desembarca una vez más sobre el área de infancia, ya que a falta de ideas inéditas, toman vigencia nuevamente los supuestos que sostienen que un número determinado de delitos, esencialmente contra la vida y la propiedad, son cometidos por personas de escasa edad las que, supuestamente, no son seleccionadas por el sistema penal de menores y por lo tanto quedan al margen de las responsabilidades que le pudieran llegar a corresponder.

Es por esto, que con poco ingenio se reconstruye el siempre discutido camino de los límites de la imputabilidad para lograr el procesamiento de infantes que supuestamente no son penalizados.

Ante tal situación no pocos advierten que las simples reformas propuestas escapan a la realidad y se piensa solo en una solución penal. Profundizando en el tema, existe en el imaginario social una visión algo confusa sobre esta actividad judicial especializada, ya que domina la idea de que los infantes que delinquen en el corto plazo "vuelven a las calles" sin que exista algún tipo de participación concreta del estado.

En realidad, la Legislación Mexicana empezó a evolucionar respecto a la minoría de edad, con la creación e implementación de esta figura jurídica que realizó el Presidente, José Joaquín Herrera, durante su gestión (1848-1856), fundó la Casa de Tecpan de Santiago, conocido también como Colegio Correccional de San Antonio, institución exclusiva para delincuentes menores de 16 años, sentenciados o procesados, con un régimen de aislamiento nocturno, trabajo en común con regla de silencio, y con separación de sexos. Esto significa que cualquier personas menor de

16 años que se encuentre en "riesgo" o que se presuma de haber participado en un hecho que la ley califique como delito, admite su "culpabilidad" y por ende es materia de la instancia judicial, la que comienza una investigación -en el sentido más amplio de la palabra- ejerciendo un poder de disposición sobre los infantes convertidos por esta instancia en menores. Es por esto, que la supuesta comisión de un delito, el abandono, la falta de asistencia, el peligro moral o material o los simples problemas de conducta, autorizan intervenciones judiciales privativas o restrictivas de la libertad.

La precepción que tenemos el Derecho Penal de Menores, es en el sentido que existe una solución simulada al problema de la delincuencia de menores, debido más que nada a la aplicación indiscriminada de estas medidas de seguridad, legitimando intervenciones desmesuradas, carentes de límites, con el argumento formal de que no son penas, sanciones o castigos y que se utilizan para el bienestar del menor sin importar en realidad si son imputables o inimputables. Estos instrumentos de mayor control y de escasa fundamentación, no distingue edades, hechos y circunstancias, pero sí y muy minuciosamente, grupos a los cuales se dirige.

La discusión sobre la relevancia de la edad y en consecuencia de la imputabilidad, no responde a la pertinencia que la propia sociedad piensa solucionar. De hecho el diseño de la privación de libertad sería la misma, dígase pena o medida de seguridad. La real transformación de este sistema viene a ser el rechazo de la esfera tutelar de menores por parte del Poder Judicial, quedando a su reserva sólo las materias de investigación, juzgamiento y ejecución de hechos delictivos por parte de menores de edad, estableciendo reglas claras de acusación, prueba, defensa y sentencia, incorporando a los menores de 18 años de edad al derecho, lugar de donde nunca debieron ser excluidos. Es por esto que pretendemos centralizar la discusión en el límite de la edad en la cual una persona menor de edad debe ser castigada, corresponde discutir medidas reales y concretas de política criminal, para evitar un distractor más del discurso punitivo.

El derecho penal de menores surge a partir de la relación de los elementos - derecho penal- y -menor edad-, y se configura como una especialidad del derecho penal que pretende responder adecuadamente a las infracciones penales cometidas por personas que no han alcanzado la madurez. Es por ello que la especialidad del derecho de menores resultan singularmente relevantes en tanto que a partir de las

mismas se justifica un proceso asimismo especial a través del cual la denominada - garantía penal- pueda efectivamente cumplirse adecuadamente.

De ahí, que el objetivo consiste en investigar analíticamente en efecto el derecho penal de menores justifica un proceso especial, radicalmente diferenciado del proceso penal de adultos, se abordará previamente, el análisis de aquellos rasgos del derecho penal de menores que permiten distinguirlo del derecho penal de adultos.

Para ello tendremos en cuenta a diversos ordenamientos como la Constitución, la Ley Federal de Justicia Para Adolescentes (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 2012), en la cual se regula la responsabilidad penal de los menores, asimismo las disposiciones constitucionales, internacionales y penales que forman la materia. De una y otras disposiciones debe ponerse de manifiesto, aunque tempranamente, que conjugan en sus textos disposiciones propias de derecho sustantivo con otras, a menudo acentuadas con un criterio propiamente procesal. Esta situación propicia que, quizás con una frecuencia excesiva, el derecho penal de menores y su correlativo proceso se confundan.

La estructura de este nuevo sistema normativo, tiene su origen en las propuestas del modelo de Derecho penal juvenil sugerido por las Naciones Unidas en los diversos textos internacionales, así como el estilo de las transformaciones legislativas que se han forjado en las legislaciones comparadas, permite presagiar las características que ostentará este nuevo sistema.

Sin embargo, creemos que esta transformación se inicia propiamente a partir de la reforma, que sin duda, está entre las modificaciones legales de mayor trascendencia, pues a fin de cumplir con los compromisos derivados de la Convención sobre los Derechos del Niño que datan de mil novecientos noventa, y garantizar su efectiva aplicación, sentó las bases para la creación de un nuevo sistema integral de justicia para adolescentes acusados de la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales. Este nuevo sistema se caracteriza por su concordancia con los principios y el respeto a los derechos fundamentales de los adolescentes en la situación mencionada.

Por consiguiente María Carmen Gómez Rivero, considera que son dos los aspectos que constituyen el punto de partida para el diseño de este nuevo modelo.

Ellos son, concretamente, los ámbitos -material y personal- de aplicación y las consecuencias jurídicas de la intervención penal.⁶⁷

Deducimos que se trata de los extremos que marcan el comienzo y el fin de la maquinaria penal. El primero, marca el punto de arranque en tanto que el segundo, establece los límites cuantitativos y cualitativos con los que se despliega.

De este modo, advertimos que se puede observar y comprender que avanzamos solo formalmente en el diseño del modelo penal mexicano de un modo mucho más claro, las diferencias normativas entre el viejo “Régimen Penal de la Minoridad” de corte netamente paternalista y el vigente “Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil” inspirado en la normativa internacional o doctrina de la protección integral y el garantismo procesal del menor.

En cuanto al ámbito de aplicación material deberá sujetarse al principio de legalidad penal en forma estricta, abandonando por completo cualquier posibilidad de intervenir en razón de circunstancias que no constituyan ilícitos expresamente tipificados por el Código Penal. Es decir, deberán desaparecer las categorías de riesgo, abandono, peligro moral o material o sus versiones recicladas terminológicamente de vulnerabilidad o disfunción familiar.

Tal como ha indicado George Fletcher, la doctrina especializada, debería establecer dispositivos que reduzcan la intervención penal, mediante la despenalización o descriminalización en el plano legal de los delitos imprudentes, las faltas o contravenciones y demás ilícitos de escasa importancia (bagatela) sobre la base de variables tales como la cuantía del perjuicio, habitualidad, lesión de otros bienes jurídicos, etcétera y teniendo especial consideración de las características criminológicas de la delincuencia juvenil.⁶⁸

Situación, que nos parece hasta cierto punto positiva, la posibilidad de crear un catálogo autónomo de infracciones determinadas y específicas, susceptibles de ser cometidas por personas menores de edad, por más que esta solución aparezca en la actualidad como una utopía de difícil realización, podría ser el camino a

⁶⁷ Gómez Rivero, María Carmen, “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”. España. Revista Penal, N° 9, 2002. p. 3.

⁶⁸ Fletcher, George P., Conceptos Básicos de Derecho Penal, Prólogo, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, , Valencia, Ed. Tirant lo Blanch. 1997, pp. 17-21

clarificar el derecho especial de los menores, y empezar a deslindarlo del derecho penal de adultos.

El cuanto al ámbito de aplicación personal, el marco jurídico del menor en el Derecho Mexicano, estableció diferentes fronteras de edad, con regímenes jurídicos diferenciados. El límite de edad mínima ha sido objeto de discrepancias por parte de algunos autores que proponen bajarlo a los dieciséis años, ya que actualmente se señala que es a los dieciocho años.

La opinión mayoritaria coincide en el límite de los catorce años, concuerda con el criterio adoptado por la mayoría de las legislaciones comparadas, tanto en el ámbito europeo como latinoamericano. Los niños por debajo de este umbral mínimo no podrán ser objeto de ningún tipo de intervención penal, son inimputables absolutos, por lo que deberán ser derivados al sistema administrativo de protección previsto en la Ley Federal de Justicia para Adolescentes.

Los mayores de catorce y menores de dieciocho, serán considerados plenamente imputables y responsables. Serán, en definitiva, los principales destinatarios del futuro sistema de responsabilidad penal juvenil. Desde luego, esta responsabilidad será distinta a la que se exige a un adulto pues adquirirá un carácter primordial la intervención de naturaleza educativa fundada en criterios preventivos especiales. Ello teniendo en cuenta que la madurez no se alcanza de un día para el otro sino que se trata más bien de un proceso evolutivo de carácter gradual.

Con relación a las consecuencias jurídicas deberá aumentarse el catálogo diferenciado de sanciones penales juveniles que señala la Ley Federal de Justicia para Adolescentes, en su artículo 113, que establece las medidas de internamiento cuando un menor incurra en los siguientes delitos: terrorismo, contra la salud, ataques a las vías de comunicación, violación, asalto en carreteras o caminos, lesiones, homicidio, secuestro, tráfico de menores, robo, uso, acopio, portación e introducción de armas de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, robo de hidrocarburos.

Como se advierte, dicha legislación de adolescentes, acude supletoriamente a las disposiciones de diversas leyes federales como el Código Penal federal, La Ley General de Salud, Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro y la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, que aportan las descripciones legales de los comportamientos que castiga el estado con sanción

privativa de libertad y que evidentemente es la base punitiva de la citada ley de adolescentes.

Es necesario dejar en claro, que entendemos que exista confusión sobre la penalización, puesto que si la finalidad es que haya sanciones -que contravienen el principio de la inimputabilidad-, que se deben aplicar a los menores infractores, y que son tomadas del concepto de peligrosidad del código penal, como una forma de suplentoría a la justicia de menores, que es evidentemente lo que confunde con el derecho penal. Está claro que no existirá una medida señalada para cada delito – como sucede en el Derecho penal de adultos- sino una enumeración general de las mismas. De manera tal que, con cierta flexibilidad, el juez de menores pueda elegir aquella que resulte más adecuada para cada caso concreto.

Tal como se encuentra previsto en los textos internacionales, las consecuencias pueden extenderse, desde la simple advertencia o amonestación hasta la privación de libertad en institutos especializados, incluyendo por ejemplo, sanciones como la libertad asistida, la semilibertad, la obligación de reparar el daño, la prestación de servicios en favor de la comunidad, tratamiento ambulatorio, prisión domiciliaria.

Es por ello, que llegamos a concluir, que existe una confusión que amerita replantear en forma urgente las bases de un derecho penal juvenil acorde a un estado constitucional de Derecho. Sin embargo, es importante no alimentar falsas expectativas en el poder de transformación de las leyes, máxime cuando se trata de normas de naturaleza penal. Es decir, la construcción de un nuevo sistema de justicia penal juvenil adecuado a los estándares internacionales de ningún modo significará una especie de remedio que permita terminar con los factores que llevan a nuestros jóvenes a delinquir.

La transformación jurídica deberá ir acompañada por el diseño y reforzamiento de las políticas sociales –con respaldo presupuestario suficiente- que permitan igualar las oportunidades de miles de niños y adolescentes pobres, mediante la creación de empleo, la ampliación de la oferta educativa y el fortalecimiento de los mecanismos de integración. No debe olvidarse esto cuando se construya el Derecho penal juvenil del futuro. El déficit social o las situaciones de vulneración de derechos económicos no pueden ser eliminados mágicamente con los medios que pone a disposición el poder punitivo del estado.

1.2.3.1. La trascendencia jurídica de la edad en el derecho penal.

A lo largo de la historia no ha existido un concepto de menor unitario, que unifique los criterios de aplicación las diversas legislaciones. Cruz y Cruz afirma con su experiencia que en cada civilización y cada época han decidido sus propios criterios para la determinación de la minoría de edad⁶⁹.

Lo que resulta evidente, dado que cada sociedad tiene una composición cultural, que determina el comportamiento de las diversas capas poblacionales, en particular la de los menores de edad, infractores de la ley.

En consecuencia, en el terreno jurídico no había existido, sino hasta en la actualidad un criterio general para determinar la edad a partir de la cual un individuo es responsable penalmente, como lo afirma Vitoria Pérez⁷⁰.

Lo cual es parcialmente correcto, puesto que si bien existe en la actualidad una abundante doctrina, por tratarse de un tema de actualidad, también en épocas pasadas este tema se analizó, proponiendo edades que hoy consideramos frontera.

Recordemos, al respecto, que ambos autores Cruz y Cruz y Pérez, son acertados doctrinalmente, postura que compartimos, ya que la minoría de edad penal es un concepto abstracto y que difiere en amplitud de otras categorías, como la minoría de edad a efectos civiles, que ya precisamos con anterioridad. En este sentido, se deduce desde el punto de vista científico de la minoridad penal, que está constituida por el periodo de edad correspondiente a la primera etapa de vida del hombre y en el que, por falta de elementos substanciales sobre los que se sustenta la imputabilidad, no es considerado capaz de derecho penal. La menor edad, pues constituye una causa de inimputabilidad.

Es esencial, no obstante, establecer una concreción terminológica y semántica si se quiere, en relación con los conceptos de niño, menor y joven, y ello con el fin de poder seguir la hipótesis de trabajo de nuestro estudio con una mayor claridad. A estos efectos, la Real Academia española establece que aun cuando pudieran parecer sinónimos los términos “joven infractor” y “menor delincuente”, ambos conceptos son, en puridad, diferentes. De ahí que, en adelante, toda vez que

⁶⁹ Cruz y Cruz, Elba. “*La edad penal*”, en Cuadernos de Política Criminal, Número 77, Madrid. Edersa, 2002, p. 457.

⁷⁰ Pérez Vitoria, Octavio: *La Minoría penal.*, Barcelona, Bosch. 1940, p. 9.

se haga referencia al concepto de menor en general, deberán entenderse englobadas todas las categorías: infante, niño, menor, adolescente, joven.⁷¹

Para establecer una comparativa entre nuestros actuales conceptos, es preciso definir cada una de las diferentes categorías expuestas indica los siguientes significados para las voces correspondientes a: a). Niño: “Que tiene pocos años”, “que está en la niñez”; b). Niñez: “Período de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad”; c). Pubertad: “Primera fase de la adolescencia, en la cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta”; d). Adolescencia: “Edad que sucede a la niñez y que transcurre desde la pubertad hasta el completo desarrollo del organismo”. Otra categoría, que nos proporciona dicha Institución Académica es en atención a la frontera de la edad: 1). Infante: “Niño que aún no ha llegado a la edad de siete años”. 2). Menor edad: “La de la persona que no ha llegado a la mayor edad”; 4). Mayor edad: “Aquella que, según la ley, ha de tener una persona para poder disponer de sí, gobernar su hacienda, etc.”; 5). Adolescente: “Que está en la adolescencia”. Véase adolescencia supra; 6). Joven: “De poca edad”, “persona que está en la juventud”; 7). Juventud: “Edad que se sitúa entre la infancia y la edad adulta”.

La importancia de la minoría de edad penal radica, en todo caso, en la determinación de la imputabilidad penal, según Martínez González, considerándose la edad como una circunstancia modificativa de la misma.⁷²

Es evidente que la evolución penal del concepto que implica la minoría de edad, apegado a la imputabilidad, como elemento de la teoría del delito, apenas se inicia mediante conceptualizaciones inacabadas, y ampliamente perfectibles, a pesar de la amplia evolución que retomamos de la propuesta romana, el proceso es lento.

Pero este criterio no se asienta y estabiliza jurídicamente hasta la codificación en la etapa decimonónica. Al respecto, tal y como afirma Pérez Vitoria, “la apreciación de la minoría de edad, como causa de exención o modificativa de la responsabilidad, no ha tenido lugar, de una manera rigurosa y científica, hasta mediado el siglo XIX”⁷³ Por lo tanto, será difícil establecer una edad concreta de la minoría de edad penal con anterioridad a tal periodo histórico.

⁷¹ *Ibíd.* Nota 15. Consultada el día 25 de marzo de 2014

⁷² Martínez González, M^a.I. “*La minoría de edad penal*”, en Cuadernos de Política Criminal, Número 20, Edersa, Madrid, 1983, p. 399.

⁷³ *Ibíd.* p. 29. Nota 70

Por otro lado, desde un punto de vista genérico, sirven otro tipo de diferenciaciones pues, como afirmara Antón Oneca, en la vida del hombre pueden distinguirse cuatro períodos en orden a la responsabilidad criminal: La infancia, o periodo de irresponsabilidad absoluta; la adolescencia donde la responsabilidad penal normalmente es atenuada; la mayor edad o etapa de responsabilidad plena; y, por último, la vejez donde la responsabilidad es dudosa.⁷⁴

Como se advierte, no hemos encontrado la solución para determinar la madurez o discernimiento del menor, es por consiguiente que la doctrina, ha utilizado, hasta la fecha, de manera reiterada al derecho para establecer las frontera de la edad, es decir, se aplica criterios políticos, concediendo al legislador la facultad de establecer de manera utilitaria, lo que en la realidad, no podemos resolver.

Así las cosas, el derecho penal de menores se enmarca en una doble condición: la edad de los sujetos para los que se concibe y, adicionalmente, la consideración que política y jurídicamente se tenga hacia dichos sujetos.

El primero de los elementos, la edad, permite explicar el fundamento de la existencia de un derecho penal que presenta determinadas especialidades, a la par que delimita el ámbito subjetivo sobre el que dichas especialidades deben tener vigencia.

El segundo elemento, el tratamiento que deba dispensarse a los sujetos a quienes deba aplicarse el derecho penal de menores, cobra especial relevancia en tanto que, en virtud de lo dispuesto en los textos internacionales relativos a la materia, existen criterios que, con vocación uniformadora, pretenden establecer las principales líneas de la actuación de los estados en lo relativo a los menores de edad.

Una vez que los elementos que conforman la base del derecho de menores se hayan podido, en mayor o menor medida, precisar, procederá el análisis, ya en el terreno de la concreta legislación de menores, dirigido a averiguar cuáles son los aspectos que distinguen el derecho penal de menores del derecho penal ordinario o de adultos.

Para caracterizar el derecho de menores debe acudir, sin duda, al concepto de menor, que no sólo es el eje en torno al que giran las especialidades que se irán separando sino primordialmente su propia razón de ser.

⁷⁴ Antón Oneca, J. Derecho penal. 2ª Ed. Madrid. Akaylure. 1986, p. 314.

Es inevitable, para definir adecuadamente qué es la minoría de edad, referirse al fundamento de su existencia, o en otras palabras, a las principales razones que aproximan a su especial consideración. Resultado de ello es lo que Ferrajoli llama "el modelo garantista de la democracia constitucional", que aporta cambios estructurales, tanto en la perspectiva del derecho, como en la de la democracia política. Esto se debe a que la rígida consagración normativa de los derechos fundamentales aporta una nueva dimensión sustancial, que no formaba parte ni de la realidad positiva ni, obviamente, del imaginario del jurista del positivismo formalista.⁷⁵

De tal manera que la conceptualización de la minoría de edad, no es un proceso sencillo, sino un tanto sistemático, apegado por necesidad política, a ubicarlo en un proceso de tipo normativista, que haga énfasis en los derechos fundamentales de esa capa de sujetos.

Así las cosas, la minoría de edad, sostiene E. Kant *"es una actitud que toma el hombre, en la cual es incapaz de usar su entendimiento sin la dirección de otro. La minoría de edad es la falta de decisión y ánimo de ser independiente"*.⁷⁶

La minoría de edad señala el positivista, supone estar bajo la incapacidad de servirse de nuestro propio entendimiento, es entonces, verse subordinado a ser guiado por el entendimiento de algún otro u otra; ese otro que cotidianamente puede ser encarnado por: el padre, la maestra, el sacerdote, la psiquiatra, el columnista del periódico, el noticiero, la historia oficial nacional etc.

A efectos de situar la cuestión, resulta necesario e ilustrativo acudir al derecho civil, Arnau Moya sostiene que la edad se asocia con la capacidad del individuo en su actuar frente al derecho y determina el estado civil de la persona. Los conceptos -mayor edad y -menor de edad- expresan, respectivamente, los estados civiles en los que la capacidad de obrar es plena o limitada.⁷⁷

El derecho civil utiliza las fronteras de la edad —no sólo las que delimitan la mayor y la menor edad, sino otras a las que se asocian, asimismo, distintos niveles

⁷⁵ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Editorial Trotta, S A. Roma-Bari. Italia. Cuarta Edición. 2004. p. 10

⁷⁶ Kant, Emmanuel. *¿Qué es la Ilustración?* España. Editorial Alianza. 2004. p. 15

⁷⁷ Arnau Moya, Federico. *Lecciones de Derecho Civil I*. Edit. Publicaciones de la Universidad Jaime I. España. Servei de Comunicació y Publicacions. 2008. p. 14

de capacidad— porque entiendo que es preciso atender al desarrollo de la persona, tanto físico como psíquico, en el momento de definir la relación de dicha persona con el mundo jurídico. La minoría de edad constituye pues, genéricamente, aquella franja de la vida de una persona durante la cual se considera que, por carecer de plena madurez, no puede ejercer con plenitud los derechos que tiene reconocidos ni ser, correlativamente, sujeto de algunas obligaciones.

Mucho se ha discutido en torno a la minoría de edad, a grado tal que ya en el derecho romano se les clasificó con fines de carácter civil, en infantes, impúberes y menores, fincando así las bases de la llamada Capacidad de Ejercicio y de la imputabilidad, como lo cita Eugene Petit. En el antiguo derecho romano, como ya lo precisamos precedentemente en el capítulo primero, encontramos que los menores de siete años eran incapaces de tener intención criminal, careciendo de responsabilidad penal; entre los siete años y la edad de la pubertad (alrededor de los once años), la responsabilidad era determinada por los tribunales y en caso de comprobarse, los jóvenes independientemente de su edad, eran sometidos a las mismas leyes que los adultos.⁷⁸

El derecho ha sido de siempre un instrumento para regular el comportamiento del menor, sin duda, acentuando sus principios y concepto, mayormente desde la óptica del derecho civil.

Por su parte, Mortimer afirma que el derecho canónico establece como inimputables a los menores de siete años, y de esta edad a los catorce años sostiene una responsabilidad dudosa que dependerá del grado de malicia presente en la comisión del hecho delictuoso. El papa Gregorio IX dictaminó que al menor impúber se le aplicarían penas atenuadas; y no podemos omitir la encomiable labor del papa Clemente XI, que en 1704 fundó el novedoso Hospicio de San Miguel destinado al tratamiento correccional de menores delincuentes, utilizando criterios educativos y de protección.⁷⁹

Sabido es de histórico, que la religión ha jugado un papel importante en la regulación de menores, tratando de incidir en la protección del niño, inclusive indirectamente proponiendo un modelo tutelarista, que resguarde no sólo en sus

⁷⁸ Petit, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*. 23ª Edición. México. Editorial Porrúa. 2007, p. 124.

⁷⁹ Mortimer, Robert C., *Canon Law*, Berkeley USA., U. of California Press, 1953. p. 23

derechos subjetivos, sino institucionales, donde la sociedad se preocupe por su integridad desde el concepto el interés más humanitariamente a los menores,

Desde hace mucho tiempo se ha pretendido de una u otra forma proporcionar una situación penal diferente a los menores de edad, sin embargo, resulta oportuno transcribir la aclaración que al respecto emite el doctor Héctor Solís Quiroga: “Es mucho más tarde cuando comienzan los antecedentes del trato moderno de los menores, tan adelantado y acertado, pero que aún no nos satisface porque no ha demostrado su plena efectividad.”⁸⁰

Dado que, si bien es cierto, ya vemos un avance sustancial, tampoco podemos afirmar, que haya una revolución doctrinal respecto a la investigación sobre menores infractores.

El derecho de menores constituye ya en la actualidad, como afirma el investigador García Ramírez, una rama sumamente joven organizada e independiente de aquélla que le dio origen, el derecho penal.⁸¹

Por ello es que debemos deducir, si al menor de edad, lo debemos considerar como un sujeto de atención especial, o seguimos juzgándolo bajo la óptica del derecho penal.

Consideramos que aún existen varios aspectos que aclarar, para que de esta manera quede debidamente consolidada su autonomía y surta los efectos amplios en la regulación y control de la delincuencia juvenil se requieren.

1.2.3.2. Derecho de la minoridad

El diseño de las actuales leyes de justicia para menores gira en torno a nuevos paradigmas como lo son la autonomía del derecho del menor con respecto al derecho penal y desde luego el modelo garantista, si bien la afirmación de esta autonomía no es algo nuevo, si cobra mayor relevancia a partir de la creación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.⁸²

⁸⁰ Solís Quiroga, Héctor, “Historia de los tribunales para Menores”, año XXVIII, núm. 6. México, Criminalia, 1962, p. 613.

⁸¹ García Ramírez, Sergio, Cuestiones criminológicas y penales contemporáneas (estupefacientes y psicotrópicos, aborto, sanciones, menores infractores), México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1982, pp. 238-243.

⁸² Convención Internacional de los Derechos del Niño. El artículo 40.3, de la prevé la obligación de los Estados Partes de “promover el establecimiento de leyes,

Se pretende, transformar el modelo tutelarista, por un concepto en el cual, se apliquen los derechos fundamentales de los ciudadanos, en particular del campo de los menores de edad, por ello, advertimos, que tienen que influir en este nuevo enfoque, las leyes y tratados internacionales que privilegian el interés superior del menor.

Desde la década de los sesenta ya se pugnaba por un derecho de menores o minoridad, no obstante los argumentos de la separación no eran los más adecuados, tendencia que vemos ejemplificado en la afirmación de González del Solar quien señala que: “Los hallazgos de la ciencia demostraron que ya no era posible que padres y maestros trataran al niño y al adolescente como adultos de menor talla, por su parte, los legisladores habían reconocido en el menor su disminuida comprensión y habían erigido como única defensa la consagración jurídica de su incapacidad sin tomar en cuenta que ésta estaba inseparable en un mundo propio que requería integral defensa”.⁸³

Resulta evidente, que la filosofía del comportamiento social, nos muestra diversas maneras de formar a nuestros hijos, y a los menores en general, es ciertamente, una época en donde se manejan mayormente diversos prejuicios y ataduras, que no permiten el ejercicio de derechos y libertades, pareciera ser que el menor tiene un carácter de objeto y este es propiedad de sus padres, quiénes tiene todo el derecho de instruirlo, como mejor parezca a su moral y buenas costumbres.

Sobre este tema García Ramírez señala que el derecho correccional de menores infractores es un feliz desarrollo del derecho penal que gradualmente ha conquistado autonomía.⁸⁴

Sin embargo, advertimos que aun cuando se hace el intento de la exclusión de los menores de edad, aun se siguen utilizando de manera indirecta criterios penales, como la teoría de la culpa, para apoyarnos en la posibilidad de declara imputable o inimputable al menor infractor.

procedimientos, autoridades e instituciones para los de quienes se alegue que han infringido la leyes penales.

⁸³ Ibídem. p. 85.

⁸⁴ García Ramírez, Sergio, “Exposición sobre el proyecto de Ley de los Consejos Tutelares”, citado por Olga Islas De González Mariscal y Carbonell, Miguel, Constitución y justicia para adolescentes, UNAM-IIJ, México, 2007, p. 85.

Olga Islas expone que la exclusión de los menores del derecho sancionador reservado a los adultos ha sido precisa en todos los países, “ya que primero, se atenuaron las penas para los menores, se les excluyó del rigor de la pena, luego se les eximió de la pena ordinaria y se dispusieron para ello penas especiales, más benignas, tenues penas; finalmente, se les sacó del derecho penal”.⁸⁵

García Ramírez comenta que un siglo atrás se proclamó que los menores de edad habían egresado para siempre del Derecho Penal, esta salida, por la vía de la inimputabilidad -o mejor dicho, de una decisión de política penal excluyente a los menores del imperio de la ley punitiva, con todas sus consecuencias-, permitió construir un sistema normativo y orgánico *ad hoc* dotado de categorías e instituciones propias.⁸⁶

Sin duda, los derechos de los menores han sido incorporados de manera reciente a los textos constitucionales. Tradicionalmente, el tema de los menores de edad se ha ubicado en el terreno del derecho privado, ya que su regulación estaba incluida en las disposiciones del derecho civil, como ya lo comentamos precedentemente. De hecho, aunque en términos generales la legislación sobre menores comienza a surgir a principios del siglo XX, pero es hasta hace pocos años cuando el tema alcanza rango constitucional, no tanto por la visión de estado, sino por la influencia doctrinal y de la transformación del derecho internacional.

Sobre este tema señala Eugenio Raúl Zaffaroni que en el curso del siglo XX se configuró un derecho del menor (en sentido objetivo) de discutible autonomía científica, “pero lo cierto es que en varios países se ha codificado en un único cuerpo legal”.⁸⁷

Como puede observarse, el derecho de menores entraña varias diferencias con el Derecho Penal, como lo son sus objetivos, que son alcanzados mediante el uso de mecanismo similares entre sí -pero con diferencias en sus fines- como lo es

⁸⁵ *Ibidem*, p. 87 Nota 84.

⁸⁶ García Ramírez, Sergio, “Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional.” en Gutiérrez Contreras, Juan Carlos (coord.), *Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos de la Comisión Europea- Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2006. pp.59-60.

⁸⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., Editar, Buenos Aires, Tomo I. 1988, p.104.

el caso de las medidas que se aplican a los menores que realizan conductas típicas las cuales no son consideradas como penas.

Por su parte Rodríguez Manzanera, señala que la legislación penal y la legislación de menores se distinguen claramente en su contenido; asimismo, el Derecho del Menor y el Derecho Penal gozan de autonomía y, por tanto son diferentes; adicionalmente, señala objetivos distintos para ambas legislaciones al considerar que la penal tutela bienes jurídicos en vista a prevenir futuras conductas lesivas de los mismos en forma socialmente intolerable, mientras que la de menores procura la tutela del menor mismo, siendo ésta su manera de proveer a la seguridad jurídica.⁸⁸

Regresando al punto de partida, reconocemos que existe un derecho minoril o derecho de menores autónomo y diferente, que por su misma naturaleza, tiende a ser protector, tutelar y garantizador de derechos, tal como lo afirman los instrumentos de Naciones Unidas y lo confirma la más correcta doctrina. Este derecho se ha ido construyendo a partir de las normas internacionales, varias de ellas adoptadas y ratificadas por nuestro país, han sido parte de la modificación de las bases constitucionales, la diversa legislación nacional y la interpretación que ha hecho la autoridad para menores.

No obstante la controversia en torno a su autonomía, la separación del derecho de menores del penal como se desprende de las anteriores afirmaciones es una realidad, la cual vemos plasmada en la reforma del artículo 18 constitucional, en la legislación local, así como en la creación de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes.

1.2.4. El Límite inferior y superior de la minoría de edad.

La determinación de una edad cronológica fija como punto, a partir del cual se espera de todos los niños un sentido de responsabilidad adulta, incluso dentro de un marco cultural específico, es necesariamente una medida arbitraria, aunque quizás para que la estructura legal proteja a los niños de menor edad de la plena aplicación de la ley penal y de las sanciones que conlleva, estaríamos todos de acuerdo en que

⁸⁸ *Ibíd.* p. 365. Nota 37

existe una edad debajo de la cual se es absolutamente inimputable, no puede existir el más mínimo juicio de reproche, no puede haber reacción penal ni forma alguna de juicio o intervención.

La Convención sobre los Derechos del Niño no determina una edad inferior, pero señala que:

"Art. 4º.- Los estados partes tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, y en particular: a).- el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá *que los niños no tienen* capacidad para infringir las leyes. b).- siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales".

No obstante, hay que lamentar que el legislador no haya fijado de manera oportuna, amplia y concretamente el límite de la minoría de edad penal, es decir, el límite por debajo del cual el derecho penal no sería aplicable aunque se hubiera infringido un precepto legal. Que tengamos que recurrir a los compromisos de firmados por México al ratificar, la Convención sobre los Derechos del Niño.⁸⁹ En su artículo 40-3-a, que exige a los estados partes "el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales". No fija una edad mínima, dejando a los estados una relativa libertad que se inscribe, a fin de cuentas, en el marco de los trabajos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, es precisamente en ese punto donde los diversos países, empiezan a proponer cambios; las Reglas de Beijing para la administración de la justicia de menores, indican que el límite de la minoría de edad penal "no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las

⁸⁹ Ibídem. artículo 40-3. Nota 3.

circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual”⁹⁰ del menor, según el artículo 4-1.

De tal manera que en México, la edad mínima a efectos de responsabilidad penal era muy variable en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si podía considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etc.).

Por consiguiente, es necesario que se hagan esfuerzos para convenir en una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel internacional. No obstante puede considerarse que en México esta edad, se estableció de manera formal y utilitarista, con motivo de la reforma penal publicada en el diario oficial de la Federación el 12 de diciembre de 2005, al modificó el texto del Pacto Federal para establecer ahora y unificar en toda la república la edad penal mínima de 18 años y para crear una modalidad nueva, antes inexistente en el texto constitucional y que resulta ser más apegada a las realidades biológicas, antropológicas, fisiológicas y sociológicas del ser humano. Así, se reconoció a la adolescencia como un estado del ser humano generalmente caracterizado por la edad comprendida entre los 12 y los 18 años.

En ese entendido, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformo el artículo 18, para quedar en los siguientes términos:

"Art. 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados".

"La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia

⁹⁰ Las Reglas de Beijing. Asamblea General de las Naciones Unidas. artículo 4-1. p. 6. http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_beijing.htm. Consultada el 25 de Marzo de 2014

que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan *entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad*, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social".

Con lo anterior, desde mi perspectiva, surgieron no solo nuevas situaciones constitucionales y derechos fundamentales, sino una nueva ideología en materia de sanción o infracción de conductas ya que la adolescencia y el Derecho Penal aparecen ahora como temas especiales que han provocado la necesidad de crear una jurisdicción especial a la que el texto constitucional denomina sistema integral de justicia.

Como podemos observar el límite inferior de la menor edad no presenta mayores problemas, y especifica que hasta cierta edad no puede haber forma alguna de responsabilidad. Sin embargo el problema lo plantea el límite superior, y la discusión principia desde la pregunta sobre si realmente debe existir este límite. Así como hemos mencionado la necesidad de fijar una edad inferior, es también indispensable reconocer una edad superior, en la que principia la plena responsabilidad penal.

1.2.5. La relevancia jurídica de la edad en el derecho penal de menores.

Para caracterizar el derecho de menores debe acudirse, sin duda, al concepto de menor, que no sólo es el eje en torno al que giran las especialidades que se irán desgranando sino primordialmente su propia razón de ser. Es ineludible, para definir adecuadamente qué es la minoría de edad, referirse al fundamento de su existencia, o en otras palabras, a las principales razones que abocan a su especial consideración.

Para efectos de ubicar la cuestión, puede resultar ilustrativo acudir al derecho civil, donde la edad se asocia con la capacidad del individuo en su actuar frente al derecho y determina un estado civil de la persona. Los conceptos "mayor edad" y

“menor edad” expresan, respectivamente, los estados civiles en los que la capacidad de obrar es plena o limitada.

La referencia al Derecho civil que se utiliza en este pasaje del texto es deliberadamente sesgada. No se incluye la legislación civil relativa a la protección de los menores, fundamentalmente porque entendemos que la legislación de protección jurídica del menor, comparte elementos propios del derecho civil con otros pertenecientes al ámbito administrativo.

Por tanto el derecho civil utiliza las fronteras de edad —no sólo las que delimita la mayor y la menor edad, sino otras a las que se asocian, asimismo, distintos niveles de capacidad— porque entiende que es preciso atender al desarrollo de la persona, tanto físico como psíquico, en el momento de definir la relación de dicha persona con el mundo jurídico. La minoría de edad constituye pues, genéricamente, aquella franja de la vida de una persona durante la cual se considera que, por carecer de plena madurez, no puede ejercer con plenitud los derechos que tiene reconocidos ni ser, correlativamente, sujeto de algunas obligaciones.

Respecto a la nueva Legislación de menores Gisbert Jorda, establece por lo que al derecho penal de menores se refiere, la previsión constitucional no se ha visto satisfecha hasta la entrada en vigor de la reforma de diciembre de 2012, respecto al artículo 18, pues hasta dicho momento, como es sabido, la mayoría de edad a efectos penales ratifico sus fronteras y los derechos constitucionales.⁹¹

De lo expuesto pueden inferirse dos consideraciones. En primer lugar, que el derecho admite la necesidad de reconocer una etapa vital en la que el individuo no está en condiciones de ejercer con plenitud sus derechos y obligaciones. Esta fase, amparando la terminología propia del derecho civil, como lo señala Galindo Garfias se denomina minoría de edad, cuando jurídicamente se alude al sujeto dotado de representación propia en el derecho. En segundo lugar, que el concepto menor edad, no es necesariamente uniforme en todas las ramas del ordenamiento jurídico, aún a pesar de los desvelos constitucionales en este sentido, debido, por una parte, a la vaguedad del artículo 18 Constitucional, y por otra parte, a que seguramente, la mayoría de edad no puede responder a las necesidades de todas y cada una de las

⁹¹ Gisbert Jordá, M^a. T. “Incidencias del nuevo Código Penal en la legislación de menores” en *Menores privados de libertad*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial 1996, p. 101

especialidades jurídicas, de suerte que hubiera sido preferible una mayor concreción del ámbito de proyección del precepto, por ejemplo, indicando que dicha mayoría de edad se fijaba tan sólo en relación con el ejercicio de determinados derechos y deberes de carácter público.⁹²

Consideramos por consiguiente que el derecho penal de menores se enmarca en una doble condición: la edad de los sujetos para los que se concibe y, adicionalmente, la consideración que política y jurídicamente se tenga hacia dichos sujetos.

El primero de los elementos, la edad, permite explicar el fundamento de la existencia de un derecho penal que presenta determinadas especialidades, a la par que delimita el ámbito subjetivo sobre el que dichas especialidades deben tener vigencia.

El segundo elemento, el tratamiento que deba dispensarse a los sujetos a quienes deba aplicarse el derecho penal de menores, cobra especial relevancia en tanto que, en virtud de lo dispuesto en los textos internacionales relativos a la materia, existen criterios que, con vocación uniformadora, pretenden establecer las principales líneas de la actuación de los estados en lo relativo a los menores de edad.

Una vez que los elementos que conforman la base del derecho de menores se hayan podido, en mayor o menor medida, precisar, procederá el análisis, ya en el terreno de la concreta legislación de menores, dirigido a averiguar cuáles son los aspectos que distinguen el derecho penal de menores del derecho penal ordinario o de adultos.

Para caracterizar el derecho de menores debe acudirse, sin duda, al concepto de menor, que no sólo es el eje en torno al que giran las especialidades que se irán separando sino primordialmente su propia razón de ser.

Es inevitable, para definir adecuadamente qué es la minoría de edad, referirse al fundamento de su existencia, o en otras palabras, a las principales razones que abocan a su especial consideración.

A efectos de situar la cuestión, puede resultar ilustrativo acudir al derecho civil, donde la edad se asocia con la capacidad del individuo en su actuar frente al derecho y determina el estado civil de la persona. Los conceptos -mayor edad y -

⁹² Galindo Garfías Ignacio. *Derecho civil*, Editorial Porrúa. México, 2009. p.409

menor de edad- expresan, respectivamente, los estados civiles en los que la capacidad de obrar es plena o limitada.

El derecho civil utiliza las fronteras de la edad —no sólo las que delimitan la mayor y la menor edad, sino otras a las que se asocian, asimismo, distintos niveles de capacidad— porque entiendo que es preciso atender al desarrollo de la persona, tanto físico como psíquico, en el momento de definir la relación de dicha persona con el mundo jurídico. La minoría de edad constituye pues, genéricamente, aquella franja de la vida de una persona durante la cual se considera que, por carecer de plena madurez, no puede ejercer con plenitud los derechos que tiene reconocidos ni ser, correlativamente, sujeto de algunas obligaciones.

Mucho se ha discutido en torno a la minoría de edad, a grado tal que ya en el derecho romano se les clasificó con fines de carácter civil, en infantes, impúberes y menores, fincando así las bases de la llamada Capacidad de Ejercicio y de la imputabilidad. En el antiguo derecho romano, como ya lo precisamos precedentemente en el capítulo primero, encontramos que los menores de siete años eran incapaces de tener intención criminal, careciendo de responsabilidad penal; entre los siete años y la edad de la pubertad (alrededor de los once años), la responsabilidad era determinada por los tribunales y en caso de comprobarse, los jóvenes independientemente de su edad, eran sometidos a las mismas leyes que los adultos.

El derecho ha sido de siempre un instrumento para regular el comportamiento del menor, sin duda, acentuando sus principios y concepto, mayormente desde la óptica del derecho civil.

Por su parte, Mortimer precisa que el derecho canónico establece como inimputables a los menores de siete años, y de esta edad a los catorce años sostiene una responsabilidad dudosa que dependerá del grado de malicia presente en la comisión del hecho delictuoso. El papa Gregorio IX dictaminó que al menor impúber se le aplicarían penas atenuadas; y no podemos omitir la encomiable labor del papa Clemente XI, que en 1704 fundó el novedoso Hospicio de San Miguel destinado al tratamiento correccional de menores delincuentes, utilizando criterios educativos y de protección⁹³.

⁹³ *Ibíd.* p. 92 Nota 79

Sabido es de histórico, que la religión ha jugado un papel importante en la regulación de menores, tratando de incidir en la protección del niño, inclusive indirectamente proponiendo un modelo tutelarista, que resguarde no sólo en sus derechos subjetivos, sino institucionales, donde la sociedad se preocupe por su integridad desde el concepto del interés más humanitario hacia a los menores,

Desde hace mucho tiempo se ha pretendido de una u otra forma proporcionar una situación penal diferente a los menores de edad, sin embargo, resulta oportuno transcribir la aclaración que al respecto emite el doctor Héctor Solís Quiroga: “Es mucho más tarde cuando comienzan los antecedentes del trato moderno de los menores, tan adelantado y acertado, pero que aún no nos satisface porque no ha demostrado su plena efectividad⁹⁴.

El derecho de menores constituye ya en la actualidad, como afirma el eminente investigador García Ramírez, una rama sumamente joven organizada e independiente de aquélla que le dio origen, el derecho penal.⁹⁵

De lo cual estamos de acuerdo, más sin embargo, consideramos que aun existen varios aspectos que aclarar, para que de esta manera quede debidamente consolidada su autonomía y surta los efectos amplios en la regulación y control de la delincuencia juvenil se requieren.

Relevante es la edad, para ir conformando el derecho penal de menores, que en nuestro país fue a partir de 1857, cuando se determino que la edad mínima para el ejercicio de la ciudadanía fue de 21 años, sin embargo, se aceptaba que los individuos casados podían adquirirla a los dieciocho años. Es significativo que se admitiera de manera formal la reducción de la edad para ejercer la ciudadanía con el matrimonio; detrás de esta disposición está el presupuesto, no de que el individuo se hubiera emancipado de la tutela de los padres para adquirir responsabilidades propias, las cuales podía adquirir por otros medios aún sin haberse casado, sino que a través del matrimonio el individuo expresaba su conformidad con un modelo de civilidad.

Por lo que al derecho penal de menores se refiere, la previsión constitucional no se ha visto cumplida, como referente tenemos al primer Código penal que rigió en México, conocido como el Código Martínez de Castro de 1871, inspirado en la

⁹⁴ *Ibíd.* p. 615. Nota 80

⁹⁵ *Ibíd.* p. 60. Nota 86

doctrina clásica, estableciendo la edad y el discernimiento como bases para definir la responsabilidad de los menores, declarando exento de responsabilidad al menor hasta los nueve años de edad; de los nueve a los catorce años estaban sujetos a dictamen pericial, hablándose de inimputabilidad condicionada a la prueba de discernimiento; y de catorce a dieciocho años se les consideraba con plena responsabilidad, tal y como lo señala Solís Quiroga.⁹⁶

Lo que nos muestra, que había un interés sesgado, por proponer soluciones hasta cierta edad con un principio *juris et de jure*, sin embargo, el gran error, consideramos, fue hablar de discernimiento, es una cuestión muy difícil de establecerse o determinarse, por su carácter subjetivo, del cual no existe un criterio plenamente uniforme, para poder determinar la capacidad de discernimiento de los sujetos.

José Ángel Ceniceros y Luis Garrido han afirmado al respecto, que este criterio ha sido abandonado por estéril por la ciencia penal actual, a la que no interesa el grado de inteligencia del menor que delinque, sino precisar cuál sea el tratamiento adecuado para rehabilitarlo moralmente.⁹⁷

Respecto a la situación de los menores infractores antes de la época del general Porfirio Díaz, se les enviaba a la Cárcel General de Belén, y durante su gobierno (1873-1911), se creó una institución llamada Escuela Correccional, en la que permanecían los detenidos incomunicados por setenta y dos horas, término en el cual el juez determinaba sobre su culpabilidad o inocencia; a los menores que ya habían sido juzgados y a los cuales se les imponía la pena correspondiente de acuerdo con la gravedad de su falta.

Resulta evidente, que no había la más mínima diferenciación ni sustantiva, ni procesal, que implicara el reconocimiento de derechos necesarios para la seguridad jurídica de los detenidos, un derecho penal plenamente coercitivo. En este periodo los menores eran juzgados por autoridades judiciales y se les imponían las mismas penas que a los adultos, castigándoseles a trabajos forzados y en ocasiones eran incluso remitidos a las Islas Marías, situación que más adelante se prohibió por órdenes del propio general Porfirio Díaz en la última fase de su mandato.

⁹⁶ Ibídem p. 29. Nota 17

⁹⁷ Ceniceros, José Ángel y Garrido, Luis, *La delincuencia infantil en México*, México, Ediciones Botas, 1936, p. 18.

En el año de 1908 se hicieron las primeras tentativas en México para el nombramiento de jueces destinados exclusivamente a conocer de delitos de menores de edad. Ramón Corral, a iniciativa del Ministerio de Justicia planteó la necesidad de crear Tribunales para Menores, bajo cuya jurisdicción quedaría la delincuencia juvenil. Circunstancia que apoyo el doctor Héctor Solís Quiroga bajo el argumento que en Nueva York del éxito que tuvo la autoridad jurisdiccional, al asumirse como un *juez paternal*, siempre preocupado por el bienestar de los jóvenes, por lo que se crearon los jueces paternales destinados exclusivamente a conocer los actos ilegales cometidos por el menor de edad, abandonando parcialmente el criterio del discernimiento.⁹⁸

En 1912, los licenciados Miguel S. Macedo y Victoriano Pimentel, al dictaminar acerca de la iniciativa de 1908, recomendaron el establecimiento de una institución para sustraer a los menores de la represión penal y someterlos a la tutela moral de la sociedad, proponiendo una reforma al Código Penal de 1871, pero conservando el criterio de discernimiento relacionado con la edad en cuanto a responsabilidad de los menores y determinando excluir a los niños entre nueve y catorce años, a menos que el acusador pudiera probar que se actuó con conocimiento de que se obraba mal al cometer el delito y la pena era entre un medio y dos tercios menor a la que correspondía a los adultos. Al cumplir la mayoría de dieciocho años, pasaba a la prisión con los adultos si no había cumplido su condena.

Queda claro, que hasta 1924, las intenciones del estado, eran únicamente controlar la cada vez mayor delincuencia de menores, sin embargo, solo intentos administrativos, que como señalamos con anterioridad, solo se trataba de aplicar a los menores infractores una especie de reglas, todas acentuadas en el criterio penal de adultos, aunque con un supuesto criterio administrativo proteccionista, año en el cual se fundó la primera Junta Federal de Protección a la Infancia, de poca actuación.

En 1926 se formula el primer proyecto para la fundación de un Tribunal Administrativo para Menores, a la vez que se expide a la vez el Reglamento para Calificación de los menores de edad, infractores de la ley en el Distrito Federal, de donde nació la iniciativa para la creación de un Tribunal para Menores que se hizo

⁹⁸ *Ibíd.* p. 48 Nota 17

realidad el 9 de junio de 1928 junto con la Ley sobre Prevención Social de la Delincuencia Infantil también conocida como Ley Villa Michel, misma que determinaba que los menores de quince años no contraían responsabilidad criminal por infracciones a las leyes penales, no debiendo ser perseguidos criminalmente ni sometidos a proceso ante las autoridades judiciales, quedando bajo la protección directa del estado, el cual, previo estudio del menor y la observación del mismo, dictaría las medidas conducentes a encauzar la educación de los menores para alejarlos de la delincuencia, quedando la patria potestad y su ejercicio, sujetos a las modalidades dictadas por el poder público. Es evidente el avance que en materia de legislación de menores representa esta Ley y es justo el calificativo que le otorga el doctor Sergio García Ramírez al referirse a ella como: la precursora y notable Ley Villa Michel.⁹⁹

El efecto de dicha reforma, fue convertir al estado, en un sistema tutelarista, que situó al estado, en un modelo correccionalista, responsable del comportamiento de menores, a los cuales debía reencauzar, mediante un proceso de adiestramiento moral y educativo, que hoy consideramos, no fue la solución al problema de la delincuencia de menores.

Más tarde, Romero Ramón en los códigos Penal y de Procedimientos, se estableció que los Tribunales para Menores quedarían incorporados a la legislación penal de 1929, habida cuenta que se determinó en dicha Legislación que al menor socialmente responsable de haber infringido una Ley, deberá ser sometido al tratamiento precisado precedentemente, responsabilizando al Tribunal para Menores que al efecto fue investido de facultades para imponer sanciones especiales, tales como reclusión en establecimientos de educación correccional, colonias agrícolas, libertad vigilada y otras análogas, y, finalmente, se promulgó el Código Penal de 1931 que borró graves errores consumados por aquél.¹⁰⁰

Esta Codificación Penal, suprime la aplicación de sanciones a los menores, considerándolos inimputables, sujetos a medidas tutelares, con fines orientadores y educativos ampliando éstas a los menores de dieciocho años que cometían infracciones a las leyes penales. El estado planea a través de la norma jurídica, una

⁹⁹ García Ramírez, Sergio, *Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1978, p. 47

¹⁰⁰ Romero, Ramón, “*Tribunales para Menores*”, Revista Jurídica Veracruzana, t. XI, núm. 2, Veracruz. p. 47

sustitución paterna, del menor infractor, quedando sujeto a las medidas que dicte la autoridad en las Instituciones Tutelares.

El 22 de abril de 1941, se promulgó la Ley Orgánica y Normas del Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares, para conocer de todos los casos de menores que incurrieran en infracciones señaladas como delitos en el Código penal. Esta ley como lo señala Solís Quiroga, prohibía castigos a base de maltrato y establecía para los estudios de los menores una Sección de Investigaciones y Protección, una Sección Pedagógica, una Sección Médica y Psicológica, una Sección de Paidografía y un Departamento de Prevención Tutelar, con funciones de Policía Tutelar.¹⁰¹

Es por ello, que como consecuencia de una mayor integración de los jóvenes en la vida social, en 1969 durante el gobierno del presidente Gustavo Díaz Ordaz, el 20 de diciembre de 1968, envió la iniciativa al Congreso, para proponer la reforma constitucional al artículo 34, a fin de que se otorgue la ciudadanía a los jóvenes mexicanos al cumplir los 18 años, misma que fue aprobada por el citado Órgano Legislativo y las Legislaturas de los Estados, publicada en el Diario Oficial el 22 del diciembre de 1969.

La citada modificación constitucional, proponía en su artículo 34, como lo comenta Ignacio Galindo Garfias, en el sentido que el nuevo texto señala: "*Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que teniendo la calidad de mexicanos reúnan, además, los siguientes requisitos: I. Haber cumplido 18 años y II. Tener un modo honesto de vivir*".¹⁰²

Siendo evidente, que se pone en actividad, la capacidad de goce y ejercicio de una parte importante de la población activa, que exigía desde luego, ser tomada en cuenta, y validar el sentido democrático de nuestra Carta Magna. Esta reforma indirectamente, se relaciona con los sucesos de 1968 y aunque no fue una demanda del movimiento estudiantil, se consideró que fue bien recibida por los jóvenes. Asimismo, esta reducción, obliga a disminuir la edad requerida para aspirar a los cargos de representación popular: diputados 21 años y senadores 30 años.

¹⁰¹ Ibídem. p. 36 Nota17.

¹⁰² Galindo Garfias, Ignacio. "*Derecho reencauzamiento o Civil*" 13ª ed. Editorial Porrúa, 1994 p. 474

Con esto se redujo el periodo propedéutico en el que se le habilita al sujeto a conducirse de acuerdo a las expectativas que se tienen de un ciudadano mexicano, se ayudó a borrar las fronteras entre las actividades de los adultos y los no-adultos, se favoreció una mayor participación de los jóvenes en la vida pública y la consolidación de un meta relato social sobre la juventud.

La Constitución Federal de nuestro país de 1969 sitúa la separación entre la minoría y la mayoría de edad en los dieciocho años. A partir de dicha edad, se considera que, salvo que concurren especiales circunstancias que pongan de manifiesto lo contrario, la persona ha adquirido el grado suficiente de madurez que le permite operar jurídicamente con plena capacidad. Precepto constitucional, que concuerda con lo dispuesto en el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, responde, respondió en el momento de su elaboración, al afán del constituyente por reconocer una mayoría de edad: "*Artículo 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*".¹⁰³

La reforma en cuestión, armoniza en definitiva, la edad en la que los mexicanos podían hacer valer sus derechos y cumplir con sus obligaciones en todos los ámbitos jurídicos, tanto privados como públicos. Esta intención uniformadora del artículo 34 de la Constitución, sin embargo, no alcanzó más que al ámbito del derecho civil, con la correspondiente modificación del Código Civil y al ámbito de los derechos políticos, esencialmente el derecho al sufragio activo y pasivo, aspecto éste último, que para algunos es precisamente la causa de que la mayoría de edad se situó en los dieciocho años de edad.

El 26 de diciembre de 1973, lo precisa García Ramírez, se promulgó la Ley que crea al Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal. Con la creación de los Consejos Tutelares, se comprueba el hecho de que por lo menos, se tuvo la intención de remover por completo del área penal a los menores y a someterlos a medidas puramente tutelares y educativas, lo cual introduce una ventaja benéfica, la misión protectora, paterna, de estos órganos, más, mucho más, que su pretensión jurisdiccional.¹⁰⁴

¹⁰³ *Ibíd.* p 2 Nota 3

¹⁰⁴ *Ibíd.* p. 55. Nota 99

El espíritu que animó a las instituciones preventivas y de readaptación concernientes a la delincuencia de menores, es el de tutela y de corrección y de ninguna manera el de castigo retributivo, pues el carácter moral de los jóvenes que se recluyen en los reformatorios, sólo es posible formarlo merced a métodos de vida y disciplina que no rebajen la dignidad, sino que por el contrario, reformen la conciencia individual sobre bases de estimación colectiva.

Finalmente, en respuesta a las constantes críticas sobre el desamparo que provocaba el excesivo paternalismo de la ley que crea al Consejo Tutelar de 1974 al permitir una absoluta desprotección de derechos procesales básicos, y de conformidad con una postura garantista, aparece la Ley del Consejo de Menores vigente de 1991.

El 29 de marzo de 2004 el Ejecutivo federal presentó al Congreso de la Unión un extenso proyecto de reformas denominado “Reforma estructural del sistema de justicia penal mexicano”. La iniciativa incluía una reforma al artículo 18 constitucional. Después de un largo periodo, el 12 de diciembre de 2005 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que declaraba reformado el párrafo cuarto del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adicionaba al mismo artículo los párrafos quinto y sexto; además, recorría en su orden los últimos dos párrafos.

El objetivo de esta reforma fue precisamente, postular los principios fundamentales que deben regir a un sistema integral de justicia para adolescentes.

En este contexto, la reforma al artículo 18 constitucional puede verse como una respuesta a los compromisos internacionales adquiridos por México, con mucha anterioridad, como país signatario de instrumentos internacionales sobre justicia de menores, tales como: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocida como Directrices de Riad, adoptadas el 14 de diciembre de 1990, y las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

En las reglas y directrices se encuentran postulados de primer orden en materia de justicia sobre menores infractores, medidas que México debió ir incorporando por tratarse de normatividad surgida y aprobada en la Asamblea General de Naciones Unidas y por tener como base algunos tratados ratificados por

México, como lo reconoce Olga Islas. En cuanto a la Convención sobre los Derechos del Niño, por ser México país signatario, por mandato del artículo 133 constitucional, desde su ratificación por el Senado ya eran “ley suprema de toda la Unión”; sin embargo, la reiteración que de algunos de ellos se hace en la reforma al artículo 18 de nuestra Carta Magna es, indiscutiblemente, oportuna y provechosa.¹⁰⁵

Creemos que la reforma en cuestión, tiene aspectos relevantes, que no constituyen la voluntad del estado, por actualizar y mejorar el sistema de justicia de adolescentes, sino que ello es derivado de la influencia que tiene la supremacía de los Tratados Internacionales ya citados en el párrafo anterior y que exigen la sustitución del sistema tutelar por uno de carácter garantista corrector de todo lo vulnerable y negativo del sistema tutelar. En él se reconoce que los menores tienen todos los derechos y garantías de la persona adulta, además de algunos específicos que el menor merece por su situación especial. Se considera al menor de edad, con ciertos límites responsable de sus actos. El procedimiento al que se les somete es muy similar al de los adultos y las medidas que se les aplican se basan en principios educativos.

Otro aspecto que relevante de la reforma, aunque no lo menciona, debe abordarse, aun cuando sea de manera sintetizada y referida específicamente a los menores, es el tema de la imputabilidad e inimputabilidad de los menores, pues es piedra angular en esta materia, y a la que nos habremos de referir en el siguiente apartado.

En la actualidad, a diferencia de la obsoleta legislación de menores, derivada de la reforma constitucional aprobada en el año 2005, surge la Nueva Ley Federal de Justicia para Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 2012, dicha normatividad vigente incorpora aparte de los elementos que ya citamos precedentemente, incorpora diversos conceptos tales como: la figura del defensor; el principio de la inocencia del menor, sustituye el término de adaptación social por el de educación; incluye directrices y principios derivados de la criminología moderna; elimina el concepto de peligrosidad futura y la facultad de intervenir cuando los menores se encuentran en estado de peligro o estado de

¹⁰⁵ Islas de González Mariscal, Olga y Carbonell, Miguel. *Constitución y Justicia para Adolescentes*. México. Instituto De Investigaciones Jurídicas. UNAM., 2007. p. 39

riesgo ya sea para ellos, para su familia o la sociedad sin que hayan cometido una conducta que se adecue a un tipo penal, se privilegia el garantismo constitucional.

El sistema instituido en México no deja de ser un avance, alcanzando un cierto número de éxitos; aun así, estimamos que sería mucho más beneficioso en vez de pulir procedimientos para los llamados menores infractores, concertar nuestros esfuerzos para evitar que niños y jóvenes se debatan entre las redes de una sociedad decididamente injusta. Al respecto, nadie duda que la cohesión familiar, las oportunidades para disfrutar de un trabajo, de educación, atención médica, agua potable, vivienda, alimentación, y en fin, todo lo que representa una mejor distribución de las riquezas, crear la mejores condiciones de vida que se reflejarían en actitudes positivas y entusiastas, disminuyendo la delincuencia juvenil.

Sabemos que lograr lo anterior está todavía fuera de nuestro alcance, y entre tanto, surgen numerosas dificultades que afrontar: imperfecciones técnicas, humanas y presupuestarias abaten las mejores intenciones. No se cuenta con personal suficiente ni con niveles adecuados de conocimiento y experiencia, por lo que rara vez se actúa con carácter científico y técnico, lo que se traduce en un serio impedimento para alcanzar la recuperación social de los menores y que al combinarse con la ausencia de garantías procesales reales y efectivas, provocan una situación tan peligrosa como irregular.

Hay un evidente desdoblamiento entre los ordenamientos legales y lo que se practica en la realidad. Ante esto, surge el deber de denunciar las deficiencias, buscando despertar en medio de la indiferencia, el escepticismo y el rechazo, el interés por corregir el manejo de nuestros establecimientos de impartición de justicia a los menores de edad.

Todo en conjunto, forma lo que para mi modesto entender consiste en una tragedia que es ya una patología social: el de la indiferencia para con el ser humano encerrado entre frías paredes o rejas, no importa el lugar o el nombre que lleve la institución penal. Con la entrada en vigor de tales disposiciones jurídicas, y con la crítica científica respetuosas, abrigamos la esperanza que tengamos una efectiva justicia para menores, donde no se siga construyendo un derecho coactivo hacia el menor, como respuesta al reclamo social, sino que objetivamente demos paso a instituciones serias que entiendan y apliquen el sistema de la justicia de los menores, con un sentido legal, epistemológico y garantista a cabalidad.

1.2.6. Determinación de la minoría de edad a efectos penales.

1.2.6.1. La Ley Federal de justicia de adolescentes

La adopción del sistema cronológico, según el cual la madurez del individuo se presume a partir de un momento determinado de su vida, con independencia de la veracidad empírica de dicha presunción, aporta, sin duda, una considerable dosis de claridad en lo que a la fijación de la mayoría de edad penal se refiere.

La delimitación del ámbito subjetivo del derecho penal de menores es incompleta si no se abordan, por una parte, la cuestión relativa a los menores en los que concurra una causa de exención de la responsabilidad, en otras palabras, los menores que de ser mayores de edad se considerarían inimputables; y en otro orden, los criterios para el cómputo exacto de la edad.

Sin embargo, en el derecho penal de menores, se ha privilegiado el criterio de establecer el cómputo de la edad, de momento a momento, lo que implica que para establecer dicho nivel, deberán confrontarse por una parte el momento preciso del nacimiento y por otra parte el momento preciso de la comisión de la infracción penal.

Para dilucidar el primero de los dos términos de la comparación, será posible recurrir a la certificación del nacimiento expedida por el Registro Civil. De no ser posible fijar con exactitud el momento en que se produjo el alumbramiento, por cualquier motivo, se presumirá, en beneficio del menor, que no ha alcanzado la edad requerida.

El segundo extremo a comparar, el momento de la comisión de la infracción, sigue presentando algunas dificultades, especialmente en los supuestos de aquéllos delitos atendiendo a su resultado: a). Delito instantáneo. Aquel en que la vulneración jurídica realizada en el momento de consumación se extingue con esta. La acción coincide con la consumación. El agente no tiene ningún poder para prolongarlo ni para hacerlo cesar. Ej. , el homicidio, robo, hurto. b). Delito Permanente. Aquel que después de la consumación continúa ininterrumpidamente la vulneración jurídica perfeccionada en aquella. Ej. El rapto, el abandono de familia. c). Delito Continuado. Aquel en el que el autor, obedeciendo a una misma resolución y configurando un mismo delito, se lleva a efecto mediante una serie de actos idénticamente violatorios. La ley no da relevancia a esos actos, de hacerlo así, serían varios delitos. Por ejemplo: Él que roba una suma de dinero guardada en un lugar, llevándose centavo a centavo o billete a billete cada día hasta reunir una suma considerable.

En lo que a la determinación de la edad se refiere, el delito continuado puede resultar problemático en aquellos casos en los que entre las distintas infracciones cometidas un menor rebase la edad de catorce o la de dieciocho años. La solución, sin embargo, parece simple: deberán someterse a la Ley Federal de Justicia para Adolescentes tan sólo aquellas infracciones cometidas mientras el sujeto se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la misma.

1.2.6.2. El ámbito subjetivo del menor de doce años de edad.

El artículo 18 constitucional y su correlativo artículo 13 de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes, dispone que "Los adolescentes podrán ser responsables por infringir la ley penal federal y demás legislación que contemple delitos que sean competencia de las autoridades federales, en los casos y términos que se establecen en esta Ley. La niña o niño menor de doce años de edad a quien se le atribuya una conducta tipificada como delito quedará exento de toda responsabilidad..."

De lo anterior emana, un derecho de carácter subjetivo absoluto, que implica la inimputabilidad plena solo para aquellos sujetos menores, que se encuentren con al momento de la realización del hecho antijurídico, tengan menos de doce años de edad cumplidos, habida cuenta, que dicha legislación, permite tomar diversas medidas de aseguramiento, cuando la conducta desplegada por los menores, sea considerada como grave por la Ley Federal de Justicia para los adolescentes.

Por lo tanto, en dicho ordenamiento, se fija en doce años el límite mínimo a partir del cual es posible comenzar a exigir responsabilidades desde el punto de vista criminal. Rodríguez Yagüe, concluye que por debajo de dicha edad, el sujeto es inimputable, y el legislador considera que las infracciones cometidas deben obtener respuesta fuera del Derecho Pena.¹⁰⁶

Así, la comisión de un hecho delictivo por una persona menor de doce años, no determina ningún tipo de acción represiva, sancionadora o penal. El menor de doce años no sufre reproche penal alguno, sino una serie de medidas de protección a cargo de la entidad pública del lugar del domicilio del menor que se encuentren dotadas de competencia en protección de menores.

¹⁰⁶ Rodríguez Yagüe, C. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004. p. 36.

En concreto, es el artículo 18 constitucional, es el que establece el límite de la minoría de edad como causa de inimputabilidad, establece una edad donde el hombre no tiene conocimiento de lo que hace, no percibe su moralidad y no puede distinguir sus resultados. Es en esta edad donde el hombre es aún niño, y por ello es completamente irresponsable de sus obras. Los menores de doce años serán totalmente inimputables y, por ello, exentos de cualquier tipo de responsabilidad penal.

1.2.6.3. El ámbito subjetivo del adolescente de doce años y menor de dieciocho.

Junto a la necesidad de establecer un criterio cronológico fijo para excluir, en todo caso, a los menores que por su poca edad no se puedan considerar imputables, al no haber alcanzado el suficiente grado de desarrollo intelectual y madurez para hacerles responsables de sus actos, siendo excluidos, por tanto, de la responsabilidad penal establecida en la Constitución Política Federal, en el Código Penal y en la Ley de Federal Justicia para Adolescentes.

Es necesario tener en cuenta una segunda etapa, de doce a dieciocho años, desde el punto de vista político criminal, en el proceso de madurez del ser humano. Nos referimos, con ello, a aquella etapa en la evolución cronológica de la madurez en la el menor, no se encuentran perfectamente asentados todavía los rasgos psicológicos ni de personalidad. En esa etapa, la imputabilidad es todavía susceptible de modificación, lo cual ocasiona la conveniencia de influir en la socialización y en el respeto de las norma por parte de la persona o menor que haya cometido algún tipo de hecho típico y antijurídico, mediante medidas correctoras y educativas de sus defectos de socialización, en lugar de la mera imposición de una pena, la cual contiene un componente afflictivo que puede incidir negativamente en el proceso de socialización del menor.

El artículo 1ro. de la Ley de Federal Justicia para Adolescentes dispone *"...Esta Ley se aplicará a quienes se les atribuya o compruebe la realización de una o varias conductas tipificadas como delito competencia de las autoridades federales y tengan al momento de la comisión de dichas conductas, entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad"*.

Sin embargo, dentro del intervalo de edad comprendido entre los mayores de doce años y hasta dieciocho años, los cuales responden penalmente con arreglo al

citado ordenamiento para adolescentes, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de catorce a dieciséis años la comisión de delitos que sean considerados como graves y que se encuentran claramente señalados el artículo 113 de la citada Ley de Federal Justicia para Adolescentes.

Frente a ello, y con manifiesta contradicción normativa respecto a lo proclamado por la Exposición de Motivos, la Ley fundamenta la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, en una delimitación de la edad que no se corresponde con la previamente referida. Además, la Ley no prevé una menor duración de las medidas a los sujetos de catorce, quince y dieciséis años de edad, y una mayor duración a los de diecisiete y dieciocho años (como indica la Exposición de Motivos), sino respectivamente a los menores de edad penal que sean de doce, catorce, dieciséis y dieciocho años.

1.2.7. El tratamiento jurídico penal de la infancia: de la “compasión” a la “consideración”.

El ordenamiento jurídico reconoce que la minoría de edad constituye una fase vital en la que, en general, la capacidad del individuo difiere de la que se considera propia de una persona media. La concepción que se tenga de estas etapas (infancia y adolescencia), es el factor que determina el sentido y el contenido de las normas.

En la actualidad, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como más adelante se desarrollará, considera que los menores son, ante todo, personas que si bien precisan de una especial protección, son titulares de la mayoría de los derechos y libertades reconocidos a todos los seres humanos.¹⁰⁷

Pero esta concepción es relativamente reciente. A lo largo de la historia del derecho los menores han sido no tanto objeto de consideración cuanto de conmiseración. Es decir, hasta hace pocos años, bajo fórmulas de índole diversa, se ha tratado a los menores desde el aspecto de la piedad o de la lástima, en el entendimiento de que los menores son simplemente seres indefensos, pero no sujetos de derechos.

Martínez González precisa que el ejemplo paradigmático lo constituyen diversos postulados históricos, de los que ya hemos hecho referencia con

¹⁰⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos, <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf> de 10 de diciembre de 1948.

antelación, pero que en este momento podemos citar algunos, como en el caso del derecho romano¹⁰⁸ que en su formulación primitiva —las XII tablas— distinguía entre *púberes e impúberes*; a estos últimos, de quienes se presumía la involuntariedad de sus actos, las penas se les sustituían por una amonestación o *verberatio*.

En la época clásica, según Cantarero Bandrés la responsabilidad penal de los menores fue objeto de escalas, de tal manera que llegaron a distinguirse hasta cinco categorías dentro de los menores de edad. En primer lugar estaban los *infantes*, esto es aquellos que no habían cumplido los siete años, considerados absolutamente irresponsables, dado que ni en caso de homicidio se les castigaba, se puesto que se equiparaban a los *furiosus*. A partir de dicha edad adquirirían la condición de *impúberes*, que se prolongaba hasta los doce o los catorce años según se tratase de hembras o de varones, respectivamente. Los *impúberes*, hasta los diez años y medio los varones y hasta nueve y medio las hembras, gozaban de la misma condición que los *infantes* porque se hallaban *proximus infantiae* (*próximo a la infancia*), pero en cambio, debía apreciarse su capacidad de discernimiento *dolicapacitas* (capaces de hacer el mal), cuando, a partir de aquellas edades, se encontraban *proximus pubertatis*. Los jóvenes *púberes*, recibían la consideración de menores hasta los veinticinco años, lo que a efectos penales, se traducía, generalmente, en la atenuación de la pena.¹⁰⁹

Tanto el derecho germánico como el derecho canónico y en general, el derecho medieval, siguieron el esquema del derecho romano, estableciendo una edad en la que se consideraba a los menores como absolutamente irresponsables. A partir de dicha edad se atendía a la capacidad del menor para comprender el mal cometido. En cualquier caso, las penas —a la sazón mayoritariamente corporales— se atenuaban e incluso llegaban a perdonarse.

La codificación se acepta comúnmente como el momento en el que empiezan a consolidarse los principios que rompen con los sistemas de crueldad imperantes durante el s. XVIII en el enjuiciamiento de niños y adolescentes. Merece destacarse en este punto la aparición de las primeras medidas de tipo educativo para los menores, lo que algunos consideran el inicio del tratamiento moderno de la delincuencia juvenil.

¹⁰⁸ Ibídem. p. 422 Nota 72

¹⁰⁹ Cantarero Bandrés, Roció. *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación* (Derecho penal y procesal de menores). Madrid. Montecorvo, 1988. p. 91

Así las cosas, en el ámbito penal, o por mejor expresarlo, en lo relativo a la delincuencia juvenil, los cambios legislativos en el momento de la entrada en vigor de las modificaciones constitucionales, particularmente de diciembre de 2012 que crea el órgano competente de la nueva justicia de adolescentes.

1.2.8. La justificación teórica para ubicar al sistema de justicia para adolescentes en el ámbito penal.

Pareciera que este punto es intrascendente, pero no lo visualizamos así, por una exigencia de rigor científico, la clasificación que cotidianamente se hace de las disciplinas del saber jurídico suele aglutinar el derecho penal en el público, ahora bien, es pertinente preguntarnos: ¿dónde albergamos el nuevo derecho de adolescentes? Porque nadie puede negar su existencia en el mundo normativo, ahí están las disposiciones legales que lo conforman.

Por lo que es necesario asignarles a los menores infractores, una rama específica de la ciencia jurídica. Así las cosas, quienes sostuvieron que la justicia de "menores infractores" se albergaba en el derecho administrativo, dieron una explicación formal, a partir de los órganos que la administraban, pero no fue una explicación material ni sustancial.

Nuestra opinión es que la cuestión de adolescentes en conflicto con la ley penal ha sido y será derecho penal y, dado que hay una tendencia a fijar suficientemente los derechos fundamentales en las constituciones -neo-constitucionalismo-, adquiriendo éstos una enorme relevancia, entonces, nuestra materia tiene el rango de un derecho constitucional penal garantista.

Para abordar este tema es necesario precisar que el Derecho Penal de Menores surge y se nutre del Derecho Penal, por lo que es ineludible evocar los conceptos de discernimiento, minoría de edad, irresponsabilidad e imputabilidad. En el siglo XIX, en el Código Napoleónico de 1810, se configuró el *Discerment, o Doli Capacitas*, el cual se puede traducir como la capacidad de entender y querer, a partir de ese momento se hace la división jurídica entre los niños y adultos y la forma de tratarlos.

De tal suerte que surgieron dos criterios para delimitar la minoría de edad, como ya lo hemos citado precedentemente. El primero y el más riesgoso por la subjetividad que conlleva; consiste en evaluar la capacidad de discernimiento del individuo que se examina para conducirse conforme a las normas jurídicas. El

segundo opta por establecer legalmente una edad por debajo de la cual la persona es considerada inimputable.

En cuanto a la imputabilidad, ha sido definida como la capacidad que tiene el sujeto para realizar una conducta delictiva y entender el significado de su actuar, y querer su resultado.¹¹⁰

En relación al punto anterior es necesario subrayar que la reacción frente a la conducta antisocial del menor es diferente respecto a la de un adulto, y persigue finalidades diferentes, de esta manera al adulto se le aplica una pena y al menor se le aplica una medida de seguridad: de orientación, protección o de tratamiento. En ese orden de ideas no debemos dejar de lado uno de los postulados de la reforma constitucional, que se orienta a la reinserción social y familiar de los menores en conflicto con la ley penal, por lo que en este rubro es de trascendental importancia el conocimiento de términos como son comportamiento antisocial y resocialización.

De acuerdo con Sergio García Ramírez, es la capacidad de autodeterminación, o la facultad que la ley le reconoce al sujeto de comprender lo antijurídico de sus actos; o la ausencia de un impedimento de carácter psíquico para comprender la antijuricidad.¹¹¹

A nuestro juicio, la llamada capacidad de querer, en los términos en que está corrientemente se concibe para los efectos de la inimputabilidad penal, debiera ser entendida, mejor, como capacidad de obrar autónomamente.

De lo cual estamos de acuerdo, en virtud de que el menor, no solo debe ser responsable del hecho ilícito, sino tener la capacidad de comprender los efectos e implicaciones del acto realizado, pero sobre todo la intención dolosa de obtener un resultado, que lo situé en un nivel antijurídico.

Por su parte Rubén Quintino Zepeda, señala que la imputabilidad es la capacidad de una persona para ser motivada en sentido positivo por la norma penal. La doctrina penal sostiene que para que una conducta humana sea punible es necesario que sea típica, antijurídica y culpable lo que significa que se encuentre

¹¹⁰ Semanario Judicial de la Federación, 7ª. Época, Vols. 205-206, 2ª. Parte, p.45, Registro IUS: 234071.

¹¹¹ García Ramírez, Sergio. *La Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano*. México. Editorial Porrúa. 1968, p. 17.

prevista en la ley como delito, y que no esté presente alguna causa de justificación o una excluyente de culpabilidad.¹¹²

En la especie, dicho comportamiento debe situarse en esta hipótesis, para que prevalezca su carácter antijurídico, sin embargo, tratándose de los menores, estos tienen una excluyente de responsabilidad penal, que de acuerdo con la Ley, su comportamiento deja de ser antijurídico.

En cuanto a las causas de inimputabilidad previstas en las leyes penales, principalmente son el trastorno mental y la minoría de edad penal, en estos supuestos la consecuencia jurídica del delito no tiene carácter de pena.

La ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Sinaloa, contempla los supuestos en los que quedan exentos de responsabilidad.

Dicho ordenamiento, es un tanto ambiguo, puesto que solo se refiere al concepto "adolescentes", sin precisar la edad cronológica en la que esta circunstancia debe aplicarse al menor de dieciocho años. En relación al punto anterior es necesario subrayar que la reacción frente a la conducta antisocial del menor es diferente respecto a la de un adulto, y persigue finalidades diferentes, de esta manera al adulto se le aplica una pena y al menor se le aplica una medida de seguridad: de orientación, protección o de tratamiento. En ese orden de ideas no debemos dejar de lado uno de los postulados de la reforma constitucional, que se orienta a la reinserción social y familiar de los menores en conflicto con la ley penal, por lo que en este rubro es de trascendental importancia el conocimiento de términos como son comportamiento antisocial y resocialización.

En cuanto a la necesidad de conceptualizar esta disciplina de reciente creación, varios autores hacen las siguientes propuestas, Luis Rodríguez Manzanera se refiere al Derecho de Menores como un ordenamiento distinto del penal y que se limita a colindar con éste para que le proporcione, a través de una suerte de 'servidumbre de vista', la base en que asentar la aplicación de las medidas tutelares, que lo diferencian nítidamente del Derecho Penal.¹¹³

¹¹² Quintino Zepeda, Rubén, Manual para poner en práctica la Justicia Penal para Adolescentes en el Distrito Federal (aspectos sustantivos), México, Ubijos, 2008, p. 19.

¹¹³ *Ibidem.* p. 367 Nota 37

Volviendo a insistir, que no estamos totalmente en desacuerdo con el citado, autor, ya que si bien es cierto, se pretende crear una rama especializada de derecho minoril, mas sin embargo, se vuelve a insistir, que no existe una pleno alejamiento del derecho penal, puesto, que se siguen utilizando figuras como la culpabilidad, para decidir sobre la responsabilidad de un menor infractor.

Para Horacio Viñas, el derecho penal de menores es el conjunto de normas y principios jurídicos que ante la comisión de un delito por un menor, prevén y regulan la aplicación de distintas formas de reacciones típicas: educativas, reeducativas, terapéuticas, curativas, correccionales o punitivas, todas pedagógicamente orientadas a la reinserción social del mismo.¹¹⁴

En España, es una disciplina que ha alcanzado un gran desarrollo en los últimos años, de ser considerado como un Derecho Penal en miniatura a ser catalogado como un Derecho Penal especial con autonomía e independencia cada vez mayor. Esto se debe a la preocupación de la sociedad española ante fenómenos emergentes de la llamada delincuencia juvenil en nuevas manifestaciones de banda juveniles, bullying, delincuencia callejera, etcétera.

Reconociendo la existencia del Derecho Penal de Menores, se debe pugnar por su autonomía académica, principalmente en las facultades de derecho, tratando de delimitar el ámbito de aplicación del derecho penal, para no seguir confundiendo ambas ramas del derecho y por otra parte insistir en que el castigo debe ser la última consecuencia, pues está probado, que la pena de cárcel, que finalmente eso implica la pérdida de la libertad del menor, sea una media eficiente para reencauzar y resocializar al menor.

1.2.9. La Doctrina de la situación irregular

Aparece con el nacimiento del llamado Derecho de Menores y la proclamación de la Declaración de Ginebra en 1924 nutriéndose más tarde con la Declaración de los Derechos del Niño en 1959. Algunos tratadistas preconizan la protección del menor desde su concepción, tras su nacimiento hasta alcanzar a plenitud su capacidad de obrar.

¹¹⁴ *Ibidem.* p. 12 Nota 34

La doctrina de la situación irregular es definida por García Méndez como la legitimación de una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad.¹¹⁵

Con esta definición sólo se estaría abarcando a los menores en situación irregular, concepto que predominó. Esta doctrina fue fuertemente apoyada y sostenida de manera predominante en América Latina hasta los años 80, se sostuvo porque se basó en la idea de que se protege a los niños en situación de abandono, o en peligro, o delincuentes a través de una tutela organizada del estado que reeduca, socializa y corrige al niño separándolo del ambiente que contribuye a su desviada formación, para evitar así que se convierta en un delincuente cuando llegue a ser adulto. Es decir esta doctrina trataba por igual a los menores abandonados como aquellos que infringían la ley. La tutela del Estado y la exclusión del menor implica una discrecional intervención que resulta violatoria de todos los derechos y garantías fundamentales que todo ser humano.

La justificación de esto, resulta de la utilización de eufemismos tales como que el estado no aplica medidas de privación de libertad sino que actúa como guardián de los menores, considerados éstos últimos “objeto de tutela”, no distinguiendo entre la infancia que es víctima de delito, imputada de delito o simplemente que posee necesidades insatisfechas. El estado puede, con una discrecionalidad ilimitada, a través de los jueces disponer de los menores como considere más adecuado y por el tiempo que considere conveniente, es decir el menor no era un sujeto de derecho sino que adquiriría la calidad de objeto digno de compasión, represión, etc., era una persona sin derechos individuales ni garantías procesales en el juzgamiento.

La característica predominante de esta doctrina es que no diferencia el ámbito tutelar del penal, tratando por igual al adolescente en estado de abandono y al adolescente que ha cometido una infracción a la ley penal.

Asimismo criminaliza la pobreza y el juez es un buen padre de familia, con facultades discrecionales y sin control frente a sus decisiones (arbitrariedad). Niegan todos los principios del derecho, pues los derechos carecen de contexto en una

¹¹⁵ García Méndez, Emilio. *Infancia y Derecho Humanos –Estudios Básicos de Derechos Humanos II*, Primera Edición San José Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1995. p. 298.

intervención para “beneficiar” y no “para castigar” a un niño o adolescente que no es sujeto de derechos sino objeto de protección. Construyen una semántica llena de eufemismos que esconde las verdaderas consecuencias en la vida de los niños y adolescentes del sistema tutelar.

En cuanto a los menores infractores se refiere, dicha doctrina expresa que, la mayor connotación la encontramos en que se sostiene que al menor no se le puede imputar la realización de actos considerados como faltas o delitos, y en base a esta premisa el menor de edad sólo realiza actos antisociales y como el Juez de Menores se convierte en el padre, el defensor, el protector se deja a su libre arbitrio las medidas “protectoras” que debe discernir a favor del adolescente. Consecuentemente teniendo como fundamento lo anteriormente expuestos el menor antisocial no contaba con derechos individuales ni garantías procesales.

1.2.10. Una aproximación penal del derecho de adolescentes.

Pues bien, los elementos esenciales abstraídos del concepto de derecho penal, son perfectamente aplicables al nuevo derecho de adolescentes. Esta disciplina que se ha pretendido es independiente de aquélla, regula lo mismo que los elementos esenciales del concepto de derecho penal: los delitos, las penas o medidas de seguridad y en cambio es ajena a las normas relativas al funcionamiento del Ejecutivo y a la administración pública como para poder concluir que se ubica dentro de los linderos del derecho administrativo, tampoco reglamentan aspectos civiles, como cuestión central.

El elenco de normas relativas a adolescentes que incurren en conductas delictuales se vinculan con la leyes que las prevén, tan es así que siempre se ha aplicado un código penal, sin que obste que se les haya denominado por mucho tiempo como "infracciones", y finalmente la normatividad de este sistema se relaciona con las penas o medidas de tratamiento, aunque a éstas también se les llame "tratamientos, en externación o internación". La internación no deja de ser privación de la libertad y aflicción corporal.

El derecho de los llamados "menores infractores", ahora adolescentes, comparte la naturaleza del derecho penal, de hecho son lo mismo, desde un punto de vista nominativo, en cuanto a sus definiciones, al haber homogeneidad en las notas esenciales que integran los conceptos del derecho de menores y el del penal.

Existe una vinculación esencial, por decirlo de alguna manera, entre el derecho penal general y el nuevo derecho de adolescentes que realizan una conducta tipificada, pues las normas que conforman el código penal, entran en acción al momento en que se realiza tal actuar.

De la misma forma la mayoría de los principios científicos de la parte general de la legislación penal son o deberían ser aplicables a los ilícitos de los adolescentes, salvo en lo que la legislación especial disponga lo contrario.

Por ello, Raúl Horacio Viñas asienta que: “El derecho penal de menores es el conjunto de normas y principios jurídicos que ante la comisión de un delito por un menor, prevén y regulan la aplicación de distintas formas de reacciones típicas: educativas, reeducativas, terapéuticas, correccionales o punitivas, todas pedagógicamente orientadas a la reinserción social del mismo.”¹¹⁶

1.2.11. El derecho penal garantista de los adolescentes.

Queda claro, que si hacemos un riguroso análisis del concepto de derecho penal, su desarticulación en sus elementos esenciales y luego los confrontamos con una idea del derecho de adolescentes que incurren en una conducta delictiva, caeremos en la cuenta de que las dos disciplinas comparten en cierta medida esos elementos esenciales.

El garantismo de Ferrajoli en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del estado. Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales, en favor de los adolescentes, entrándose del derecho penal de los menores.¹¹⁷

Es evidente, que entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del

¹¹⁶ *Ibíd.* p. 47. Nota 34

¹¹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006, p. 31.

juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural, que constituyen los principios de la seguridad jurídica en nuestro país.

De tal manera que las garantías penales sustantivas tienen por objetivo la averiguación de la verdad jurídica, a partir de la verificar y refutar en abstracto las hipótesis de la acusación. Las garantías penales procesales tienen por objetivo la averiguación de la verdad fáctica.

Se ha dado un sinnúmero de definiciones del derecho penal, sin embargo todas coinciden en sus aspectos elementales, si no, no serían ideas claras de dicha disciplina. Partiendo de los conceptos que muchos tratadistas han dado sobre el derecho penal, se coincide en que éste contiene tres notas esenciales: los delitos, las penas y las medidas de seguridad. Para Cuello Calón, viene a ser: “...*el conjunto de normas jurídicas establecidas por el estado que determina los delitos y las penas*”.¹¹⁸

Lo anterior significa que el derecho penal constituye una de las especies, al lado del derecho administrativo, del procesal penal, del constitucional, etc., que se aglutinan dentro del género, de mayor amplitud: el derecho público, pero todas aquellas especies tienen una diferencia específica que las distingue una de la otra.

En el caso del derecho penal, como se acotó, se diferencia porque determina los delitos, las penas y las medidas de seguridad, esa es su diferencia específica; en tanto que el derecho administrativo, por su parte, tiene como diferencia específica que reglamenta la organización y funcionamiento del Ejecutivo y los actos de éste en forma de administración pública.

¹¹⁸ Cuello Calón, E. *Derecho penal*, novena edición, Editorial Nacional, México, 1961, página 8

Capítulo 2. Desarrollo histórico legislativo de la justicia penal para adolescentes en el contexto jurídico constitucional mexicano.

2.1. Antecedentes históricos punitivos en materia de menores en el derecho mexicano.

No siempre se ha considerado con derechos y garantías procesales a los menores colocados en una situación legal excepcional, ya que hubo pueblos en los que el derecho de castigar fue tan duro con ellos como con los adultos, al aplicar la cárcel y aun la pena de muerte en condiciones especiales de crueldad.

Así como también Hubo, en cambio pueblos primitivos que estuvieron consientes que la minoría de edad podría ser considerada como justificativa de normas excepcionales a favor de los sujetos que violaban la ley, por su escaso desarrollo físico y mental.

Dentro de los datos recabados, hay algunos que nos indican que ha habido países que condenaron a muerte a los niños por causas diversas: homicidios, robos sin importancia, hechicería o brujería, como ha pasado por ejemplo en Inglaterra, Alemania y Estados Unidos, pero ya antiguamente, en otras partes del mundo, se dieron también casos en que la legislación no distinguía para los efectos penales, entre mayores y menores.

Un ejemplo de ello, lo es el Código de Hammurabi en sus 101 disposiciones, no estableció un régimen de excepción para menores. Siria y Persia tampoco establecieron tal distinción y hasta los hijos de los delincuentes quedaban sujetos a los suplicios y a la pena de muerte. En Egipto los hijos de los delincuentes acompañaban a sus padres a sufrir el trabajo, que también ejecutaban en el interior de las minas.

En la historia de la humanidad, cada país ha tenido su propia evolución, pero una gran mayoría de autores, cae dentro de los periodos de edad en que el discernimiento del menor era el factor fundamental para determinar si este era considerado responsable o no, y en todo caso se le imponía una penalidad atenuada o bien era considerado inimputable.

11.4 Los mayas.

Como lo expone Guillermo Floris Margadant, los primeros grupos mayas se establecieron alrededor del año 2600 a.c. con una organización familiar

monogámica, había un derecho de repudio. La educación ocupaba un lugar preponderante en la estructura social, y era piedra de toque para la estabilidad y el orden social.¹¹⁹

En la primera infancia tenían, había una gran libertad, y su primera educación estaba encomendada a los padres; a los doce años, los varones salían del hogar para ser entregados a las escuelas, divididos en dos: uno para nobles, con estudios científicos y teológicos y otro para plebeyos, con educación militar y laboral.

La reacción social estaba plenamente diferenciada en reacción social penal, a cargo del estado, y reacción comunitaria, con formas primarias de sanción privada. El derecho penal maya, al igual que los demás derechos precolombinos era bastante severo: muy comunes las penas corporales y la pena de muerte; con un sistema parecido al Talión, y con diferencias entre dolo y culpa.

La minoría de edad era considerada como atenuante de responsabilidad. En caso de homicidio el menor pasaba a ser propiedad de la familia de la víctima en calidad de esclavo, para compensar patrimonialmente el daño causado.

El robo era un delito grave, no se tomaban precauciones en su contra, los padres del infractor debían reparar el daño a las víctimas. En las clases nobles era deshonoroso pasar a ser esclavo, se reparaba el daño.

El derecho penal de los mayas era considerado muy severo, sin embargo fue un pueblo que privilegio la educación de los menores, hasta los 12 años estaban a cargo del padre, la minoría de edad fue considerada como atenuante y aparece también la figura de la reparación del daño.

11.5 Los aztecas.

La organización de la cultura azteca se basa en la familia, de carácter patriarcal predominante. Los padres tienen patria potestad sobre los hijos, pero no tienen derecho de vida o muerte sobre ellos. Pueden venderlos como esclavos cuando sean incorregibles, o cuando la miseria de la familia sea muy grave a juicio de la autoridad judicial. Tienen, además el derecho de corrección.¹²⁰

¹¹⁹ Margadant S., Guillermo Floris, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, Esfinge, México, 1971, p. 16.

¹²⁰ Ibídem, p.26 Nota 119

La ley ordena que “la educación familiar deberá ser muy severa” solamente el padre ejerce la patria potestad y puede concertar el matrimonio de sus hijos como mejor le parezca. A primer vista pudiera parecer una sumisión absoluta del menor, al grado de pasar a la categoría de un objeto o cosa, pero en el pueblo Azteca el respeto a la persona humana es extraordinario, principalmente en lo referente a la protección de los menores. El derecho precolombino, de este pueblo señalaba que todos los hombres nacen libres, aun siendo hijos de esclavos. Todos los hijos de cualquier matrimonio, sea principal o secundario, ya que la poligamia es permitida siempre y cuando se pueda sostener a las esposas, serán considerados legítimos. Vender a un niño ajeno es un delito grave, y raptar a un niño se castiga con la pena de muerte por estrangulación.

La minoría de 10 años es excluyente de responsabilidad penal. La minoría de edad es atenuante de la penalidad, considerando como limite los 15 años de edad, en que los jóvenes abandonan el hogar para ir al colegio a recibir educación religiosa, militar y civil, dichos colegios era el Calmecac para nobles, y el Telpochcalli para los plebeyos, y otros especiales para mujeres.

Uno de los avances más notables y que más nos interesa es que los aztecas tenían establecidos tribunales para menores cuya residencia eran las escuelas. Estaban divididas en dos, según el tipo de escuela: en el Calmecac, con un juez supremo, el Huitznahuatl, y en el Telpochcalli, donde los telpuchtatlas tenían funciones de juez de menores.

La buena conducta de los menores es legislativamente muy cuidada; así encontramos normas como las siguientes: Los jóvenes de ambos sexos que se embriaguen serán castigados con la pena de muerte por garrote. La mentira en la mujer y el niño, cuando este se encuentre en educación, se castigaba con sanciones corporales como cortes y rasguños en los labios del mentiroso, siempre que la mentira hubiese tenido graves consecuencias.

El que injurie, amenace o golpee a la madre o al padre, será castigado con la pena de muerte, y será considerado indigno de heredar. Cuando los hijos jóvenes de ambos sexos sean viciosos y desobedientes serán castigados con penas infamantes, como cortarles el cabello y pintarles las orejas, brazos y muslos. Estas penas serán aplicables por los padres.

A las hijas de los señores y miembros de la nobleza que se conduzcan con maldad se les aplicara la pena de muerte.

Con lo anterior nos podemos ya formar una idea de la estructura jurídica social de los aztecas. Pueblo con adelanto extraordinario en materia jurídica, principalmente en materia penal, en la que las leyes son obligatorias para todos, nobles y plebeyos, en que se conocen y manejan con habilidad los conceptos de culpabilidad, dolo, punibilidad, excluyentes, agravantes, etc.

El niño azteca es educado en un ambiente de rigidez y austeridad, hasta los cinco años al lado de la madre y después viene una separación violenta y va a aprender un oficio y al colegio, por otra parte vivirá en una sociedad de elevadísima moralidad, en que aun las faltas menores se penan con la esclavitud o la muerte.

En el sistema patriarcal predominó en esta cultura, la familia como medio de organización es determinante, naturalmente existió un sistema patriarcal, importa mucho la patria potestad, manteniendo este pueblo un gran respeto por la persona humana no tanto por la vida.

2.1.3. La época Colonial.

La llegada y conquista de los españoles fue funesta para los pueblos nahuas. El pillaje, la esclavitud y el despojo, fueron la secuela del asesinato de los jefes de toda la organización social, política, económica y religiosa.

Rodríguez Manzanera precisa que los niños perdieron la protección con la que contaban, pues en esta época se implanta el derecho de Indias, que resulta una copia del derecho español vigente y del derecho canónico con influencia árabe y reglamentación monárquica, que establece irresponsabilidad penal total a los menores de 9 años y medio de edad y semiimputabilidad a los mayores de 10 años y menores de 17 años, con excepciones para cada delito, y en ningún caso podía aplicarse la pena de muerte para ningún menor de 17 años.¹²¹

La familia quedó desorganizada, lo mismo que el orden social. Hasta que los frailes franciscanos fundaron colegios y casas para niños desamparados, haciendo esto suponer que un importante número de ellos se veían obligados a la mendicidad y pillaje por el abandono en que vivían. Fueron también los franciscanos quienes trajeron un tribunal para menores.

¹²¹ *Ibidem.* p.67 Nota 37

Fueron los religiosos quienes trataron de dar solución al problema, y lo hicieron de un modo acorde a su pensamiento y al momento histórico, básicamente desde el enfoque religioso.

La llegada de los españoles a América, propicio que la gran organización política y jurídica que los aztecas tenían fuera dominada, y violentados los derechos de los naturales, pero fueron los niños y las mujeres quienes más padecieron los abusos de los conquistadores, la célula familiar que era el modelo en el cual giraba el funcionamiento de la sociedad quedo desintegrada, los niños quedaron en estado de indefensión y desprotegidos de los derechos que la cultura azteca les había proveído, sin embargo la intervención del clero de esa época procuro solucionar esta situación.

2.1.4. La época independentista.

Los movimientos sociales, y en especial los armados traen consigo la desorganización y hasta la desaparición de las instituciones, como ocurrió con varias de las existentes, como lo expone Rodríguez Manzanera, después de consumada la independencia hubo una tendencia a conservar las soluciones que la corona española había dado al problema que nos ocupa. En 1841, Don Manuel Eduardo Gorostiza estableció una casa correccional anexa al Hospital de Pobres, con fondos del Ayuntamiento y organizada como en la época colonial.¹²²

Una preocupación sustancial de los padres de la independencia fue terminar con las desigualdades y la discriminación colonial. Así, Hidalgo abolió la esclavitud, Morelos proclamo la igualdad de todos los hombres. Guadalupe Victoria, al llegar a la Presidencia de la República, intento reorganizar las casas cuna, Santa Ana formo la “Junta de Caridad para la Niñez desvalida” en la ciudad de México.

El Presidente José Joaquín de Herrera, durante su gestión -1848 a 1851- fundo la Casa de Techan de Santiago, conocida también como Colegio Correccional de San Antonio, institución exclusiva para delincuentes menores de 16 años, sentenciados o procesados, con régimen de aislamiento nocturno, trabajo en común con regla de silencio y con separación de sexos.

En la época Juarista se legisla en materia penal, apareciendo el código de 1871, obra de una comisión presidida por Antonio Martínez de Castro, uno de

¹²² *Ibíd.* p.72 Nota 37.

nuestros más grandes juristas. Este primer Código Mexicano en materia federal en su art. 34 decreto que: entre las circunstancias excluyentes de responsabilidad criminal por la infracción de leyes penales deben considerarse: ser menor de nueve años. Ser mayor de nueve años y menor de catorce al cometer el delito, si el acusador no probare que el acusado obro con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción.

2.1.5. El Código Penal de 1871.

El Código Penal de 1871, orientado por la escuela clásica, distinguía tres etapas de la minoría de edad: a) los menores de nueve años estaban exentos de responsabilidad; b) los mayores de nueve años pero menores 14, también quedaban exentos de responsabilidad siempre que obrasen sin el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción. Si, por el contrario, se probare que el menor obró con discernimiento se le consideraría plenamente responsable, y c) los mayores de 14 años pero menores de 18 son considerados plenamente responsables. No obstante estas distinciones, a todos se les recluía preventivamente en establecimientos correccionales, donde además se les proporcionaba educación física y moral, aunque cabe señalar que en ocasiones eran incomunicados por periodos de tiempo prolongado, lo que afectaba su dignidad como personas.¹²³

Procedía la retención y, en caso de buena conducta, la libertad preparatoria. Las personas mayores de 14 años pero menores de 18 merecían reclusión por un tiempo no menor de la mitad, sin exceder de los dos tercios de la pena que se impondría siendo mayor de edad.

Como puede observarse, las sanciones, en todos los casos, eran bastante severas y hasta inhumanas.

2.1.6. El Código Penal de 1929

Este ordenamiento reglas emanadas del positivismo originado en Italia a finales del siglo XIX y de la ideología de la responsabilidad social, basada en la negación del libre albedrío, consideró al menor como persona socialmente responsable, para así poder sujetarlo a tratamiento educativo, consideración acorde

¹²³ García Ramírez Sergio. *La imputabilidad en el derecho penal mexicano.*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México. 2006, p. 40.

con la ya existente Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal y Territorios Federales, llamada Ley Villa Michel publicada el 21 de junio de 1928. En este ordenamiento, se planeaba que el menor había que apartarlo por completo del Código Penal y formar el contenido de una “pedagogía correctiva” exclusivamente para él.

Se argumentó en la exposición de motivos que lo aconsejable era confiarlo, en situación de libertad vigilada, a una familia honrada o internarlo en una escuela; en un establecimiento de educación o en un taller privado. Así mismo, la propia comisión destacó que sólo podría lucharse eficazmente contra la delincuencia juvenil si se realizaban los siguientes postulados: a) tribunales especiales para menores delincuentes; b) procedimientos esencialmente tutelares y no represivos; c) sanciones adecuadas, que deberían aplicarse por un personal competente, especializado y mediante la observación y el estudio científico de la personalidad de cada menor; d) establecimientos especiales organizados debidamente para conseguir el fin educativo, el correctivo y el curativo.

La edad límite para la responsabilidad penal se fijó en 16 años. A partir de esta edad, se les daba un tratamiento igual al de los adultos. A los menores de dieciséis años (que se les nombra “delincuentes menores”), se les podrían aplicar diversas sanciones, unas leves y otras que resultaban sumamente graves para personas tan vulnerables como lo son los menores de dieciséis años.

No se fijó límite inferior de edad, por que se entendió que era improcedente, pues tratándose de menores, el estado tiene la obligación de aplicar las medidas educativas y tratamientos que los transformen orgánicamente y los hagan aptos para la vida social, y mientras más temprano y oportunamente se apliquen dichas medidas, mayores probabilidades de éxito ofrecerán.

2.1.7. El Código Penal de 1931

Como lo exponer Olga Islas y Miguel Carbonell, el Código Penal de 1931 reguló la materia relativa a los menores en el título sexto, bajo el rubro simple: “De los menores”. Los artículos 119 a 121 contenían la normatividad correspondiente. Entre las bases generales que se tuvieron para elaborar este ordenamiento había una dedicada a los menores, en la cual se precisaba: “dejar a los niños completamente al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa”. Se determinó la edad de 18 años como límite máximo de la minoría de

edad y se postuló que los menores que cometieran infracciones a las leyes penales serían internados con fines educativos, sin que este internamiento pudiese ser menor a la reclusión que correspondería si fueren mayores de edad.¹²⁴

Se consignó, así mismo, que según las condiciones peculiares del menor y la gravedad del hecho, las medidas aplicables serían de apercibimiento e internamiento en la forma de: a) reclusión a domicilio; b) reclusión escolar; c) reclusión en hogar honrado, patronato o instituciones similares; d) reclusión en establecimiento médico; e) reclusión en establecimiento especial de educación técnica, y f) reclusión en establecimiento de educación correccional.

Con estas formas de reclusión se tenía como fin sacar al menor del sistema represivo penal. Se dispuso, también, que los jueces podrían, cuando lo estimaren necesario, sustituir la reclusión en establecimiento de educación correccional por vigilancia del menor, siempre y cuando los padres o los encargados de esta vigilancia, otorgaren fianza. Se dejó muy claro que cuando el menor llegare a la edad de 18 años antes de concluir el período de reclusión al que estaba sujeto, la autoridad encargada de la ejecución de sanciones “decidiría” si debía ser trasladado al establecimiento destinado a las personas mayores.

Nada se dijo sobre la edad frontera que marca el inicio de la responsabilidad del menor. Esta edad límite se estableció, muy posteriormente, en la Ley de la Administración Pública Federal, en el espacio destinado a la Secretaría de Gobernación, que era la que tenía a su cargo la ejecución de sanciones.

Desde la creación de los tribunales de menores ya no era competencia de los jueces penales conocer y juzgar sobre los asuntos de los menores, toda esta materia correspondería, precisamente, a dichos tribunales especializados en menores.

2.1.8. Los ordenamientos Locales sobre la Justicia de adolescentes a raíz de la reforma constitucional de 2005

Según el Decreto de Reforma publicado el 12 de diciembre de 2005,²⁸⁹ las entidades Federativas junto con el Distrito Federal, tuvieron como límite el 12 de

¹²⁴ Olga Islas De González Mariscal y Miguel Carbonell. Constitución y Justicia para Adolescentes. 1ª Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2007, p. 37-38 *Ibidem*. p. 80

septiembre de 2006, para crear las leyes, instituciones y órganos que se adecuaran al nuevo mandato constitucional.

En esta tesitura, se han venido promulgando paulatinamente diversos ordenamientos para dar cumplimiento a la disposición. De manera general, los documentos jurídicos coinciden en los puntos principales de la reforma constitucional, en el siguiente sentido:

1. Se unifican los límites de la edad penal, de los doce años cumplidos hasta los dieciocho años, designándose como *adolescentes* a los menores comprendidos en el rango, siendo ellos los sujetos principales del nuevo sistema de administración y procuración de justicia.
2. Se reconocen diversas garantías jurídicas para el adolescente sujeto a proceso, enunciándolos como derechos mínimos, y no de forma limitativa.
3. Se crean instituciones, tribunales y autoridades especializados.
4. Se privilegian las sanciones alternativas, como medidas de orientación, protección y tratamiento, disponiendo la aplicación del internamiento sólo como última medida.

Actualmente todas las entidades federativas, han emitido leyes de justicia para adolescentes, en cumplimiento a la reforma constitucional de 2005. Sin embargo, aun se cuestiona el trabajo ejecutivo de las mismas, dado que no se pueden deslindar del sistema correccional, puesto que los centros de internamiento, prácticamente son centros de reclusión con una acentuación penal,

2.2. Los objetivos de la Reforma constitucional del artículo 18 de 2005.

Hoy en día, nuestro país, y particularmente, nuestra entidad federativa, vive tiempos violentos, donde la seguridad pública es tema central para toda la población, cuyo índice de preocupación lo vemos cotidianamente reflejado en los titulares de los periódicos y se convierte en la nota principal de medios de comunicación, lo que genera una gran preocupación social, en la idea de que cualquier ciudadano puede ser una víctima más de la delincuencia.

Pretendemos analizar los diferentes criterios sistemáticos, que se vienen utilizando por la Constitución y por los órganos constitucionales y ordinarios, que por lo común constituyen un arsenal de pautas interpretativas, en particular en cuanto las llamadas reglas de preferencia, que resultan: a) contrapuestas y b) de vigencia muchas veces simultánea

Uno de los elementos fundamentales del derecho es su adaptabilidad a los constantes cambios de la sociedad, no sólo en los ámbitos comerciales y civiles para estar en sintonía con el mundo sino también en el ámbito penal y la tipificación de nuevas situaciones jurídicas que dan paso a nuevos delitos que se están desarrollando en la sociedad. Dicho esto, el sistema penal mexicano está incluso en una nueva situación la cual merece una solución al problema actual de la constante ola delictiva en el país en cuanto a los delitos graves como asesinato, violación y robo, que son cometidos por menores de edad para privilegiarse de su calidad de inimputables

La principal preocupación de las autoridades ha sido la lucha contra el crimen organizado y contra la delincuencia del orden común, pero en los últimos diez años, se ha generado un fenómeno social: la delincuencia juvenil, como uno de los problemas que más se ha ido acrecentando, no solo en nuestro estado, sino en todo el país y en el mundo; esta conducta se ve motivada además por factores sociológicos, económicos, escolares, familiares, entre los que podemos citar al desempleo, la falta de valores y la tentación de obtener ingresos de manera rápida, sucediendo esto no solo en niveles socioeconómicos bajos, sino en todos los que integran nuestra sociedad. Esta situación ha sido atendida desde la visión tutelar de nuestros científicos y reformadores penales del siglo XIX, hasta el modelo de responsabilidad penal de nuestros días, el menor delincuente ha sido un foco de atención de nuestra ciencia penal. La pregunta esencial se ha repetido una y otra vez a lo largo de la historia ¿Qué hacer con los menores delincuentes? La respuesta ha llegado de manos de criminólogos, psicólogos, sociólogos y penalistas. Sin embargo, cuando la asignación de la sanción privativa de libertad recaía sobre el menor, la ejecución de la misma planteaba nuevas interrogantes que sólo la emergente disciplina penal puede responder.

En año 2004 el ejecutivo federal presentó al Congreso de la Unión un proyecto de reformas denominado "Reforma estructural del sistema de justicia penal mexicano. Dicha iniciativa incluía una reforma al artículo 18 constitucional, que fue aprobada el 12 de diciembre de 2005, misma en que cobra importancia el párrafo cuarto del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

adicionaba al mismo artículo los párrafos quinto y sexto, además, recorría en su orden los últimos dos párrafos.¹²⁵

¹²⁵ Decreto por el que se declare reformado el párrafo cuarto y adicionados los párrafos quinto y sexto. y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.- Vicente Fox Quesada, Presidente De Los Estados Unidos Mexicanos, A Sus Habitantes Sabed: Que El Honorable Congreso De La Unión, Se Ha Servido Dirigirme El Siguiete Decreto. "el congreso general de los estados unidos mexicanos, en uso de la facultad que le confiere el artículo 135 de la constitución general de la república y previa la aprobación de la mayoría de las honorables legislaturas de los estados, declara reformado el párrafo cuarto y adicionados los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo Único.- Se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 18.....

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

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El

Reforma, que entro en vigor, de acuerdo con su artículo primero transitorio a los tres meses siguientes a su publicación, es decir, el 12 de marzo del 2006 y, en el segundo, se dispone que los estados de la Federación y el Distrito Federal contarían con seis meses, a partir de la entrada en vigor del decreto, para crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del mismo decreto.

Acorde con lo dispuesto por el artículo 18 de nuestra Carta Magna, se ordena el establecimiento de un “sistema integral de justicia para adolescentes”, que será aplicado – según el propio texto constitucional- a aquellas personas que tengan entre doce y menos de dieciocho años cumplidos, en lo relativo a la comisión de conductas delictuosas según sean definidas en las leyes penales, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce nuestra Carta Magna para todo individuo.¹²⁶

Ya precisado, el objeto de la reforma citada, fue precisamente, postular los principios fundamentales que deben gobernar a un sistema integral de justicia para adolescentes.

internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

TRANSITORIOS.

PRIMERO. El presente Decreto entrara en vigor a los tres meses siguientes de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO. Los Estados de la Federación y el Distrito Federal contarán con seis meses a partir de la entrada en vigor del Decreto, para crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del presente Decreto.

México, D.F., a 8 de noviembre de 2005.- Dio. Heliodoro Díaz Escárrega, Presidente.- San. Enrique Jackson Ramírez, Presidente.- Dio. Ma. Sara Rocha Medina, Secretaria.- San. Yolanda E. González Hernández. Secretaria.- Rubricas.

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a los primer día del mes diciembre de dos mil cinco.- Vicente Fox Quesada.- Rubrica.- El Secretario de Gobernación Carlos María Abascal Carranza. — Rubrica.

¹²⁶ Ibídem. p. 38

En la exposición de motivos, de la que nos ocuparemos en el punto inmediato posterior, habremos de subrayar la necesidad de la creación del sistema integral de justicia para los adolescentes.

Partiendo del moderno estado constitucional, retomando la propuesta de Martínez Sospedra, subrayamos lo siguiente, en el estado mexicano, la ley fundamental establece los principales fundamentos tanto del derecho público como del privado, las constituciones se han convertido en un paradigma del derecho, donde es evidente que vienen a ejercer un control más preciso tanto para el estado, como para la sociedad civil. Ello es así, toda vez que la Constitución no solo es una norma política, sino también una norma jurídica que implica la manifestación suprema del ordenamiento jurídico, ya que en ella se encuentran las bases de todas las disciplinas del derecho; lo que Pellegrino Rossi llamaría "*normas de cabecera*".¹²⁷

Por otra parte, se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones fundamentales de la dogmática penal está abierta a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, estas se encuentran, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y en relación con la política criminal. De donde inferimos que existe un formal cuanto imprescindible control constitucional, que implica la necesidad de actuar dentro de la legalidad en la observancia plena de las disposiciones constitucionales.

2.3. La Interpretación constitucional.

Para Tiedemann, precisa que a fin de que funcione perfectamente el control de constitucionalidad y por ende las garantías de la Constitución normativa es preciso que exista una idea muy clara de lo que implica la interpretación de la norma fundamental. Resulta obvio que hasta fechas muy recientes no se ha puesto especial énfasis en dicho tipo de interpretación como un problema específico.¹²⁸

¹²⁷ Martínez Sospedra, Manuel, Estado y Constitución. Una introducción, Valencia, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 1991, p. 257, citado por Francisco Zúñiga Urbina. *Constitución y Cláusulas Económicas Y Sociales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. México. Núm. 21, julio-diciembre 2009 p. 332

¹²⁸ Tiedemann, Klaus. Separata del núm. 33 de la Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Septiembre – Diciembre 1991. 1991, p. 148.

Tal situación es de entenderse en virtud de que durante todo el siglo XIX y parte del XX no existía propiamente derecho constitucional sino político, es decir, la Constitución queda fuera del derecho, no es susceptible de interpretación jurídica, sino única y exclusivamente de interpretación política, según lo precisa Alonso García.¹²⁹

Nuevamente, como en muchos otros casos, habrá que esperar a la sustitución del principio de soberanía parlamentaria por el de popular, para que la interpretación de la Constitución haga acto de presencia en el derecho constitucional. Si la soberanía popular se expresa a través del Poder Constituyente en una que es norma jurídica, la interpretación de ésta se reviste de una importancia radical.

Partiendo de esta mutua influencia entre estado y sociedad, la Constitución no puede entenderse confinada a la institucionalización del poder político ni ser considerada sólo el estatuto exclusivo del estado ante el que se construya y defienda el estatuto propio de la sociedad civil. La Constitución pasa a ser *el estatuto jurídico-político fundamental tanto del Estado como de la sociedad*, ya que, como observa Hesse, en cuanto orden jurídico fundamental de la comunidad, no se limita a la ordenación de la vida estatal, sus normas abarcan también las bases de ordenación de la vida no estatal convirtiéndose, de esta forma, en *elemento de unidad de la Comunidad en su conjunto*.¹³⁰

2.4. Origen de la interpretación constitucional

Allí donde una norma ha sido prevista para ser aplicada, necesariamente habrá interpretación. De ahí que habiéndose inspirado nuestro derecho constitucional en la doctrina española, para la cual la Constitución es derecho positivo vigente, es norma jurídica que debe ser aplicada; entonces debemos concluir que existe obviamente, con mayor razón, una interpretación constitucional.

¹²⁹ Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 277

¹³⁰ Hesse, Konrad, *Concepto y cualidad de la Constitución*", Escritos de derecho constitucional, trad. de P. Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1992, p.16; Lavilla Alsina, Landelino, en López Pina, A. (Dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Alemania, España, Francia e Italia, Madrid, Civitas, 1991, p. 33.

Para César Landa, existe una interrelación entre el desarrollo de los derechos fundamentales con la interpretación, sin embargo, no debemos pasar por alto que ello se justifica en la medida que tal desarrollo se plasmó en normas jurídicas destinadas a ser aplicadas en la incorporación normativa de derechos constitucionales subjetivos que quedaban sujetos a su aplicación por los órganos encargados de administrar justicia constitucional, por lo que es necesario identificar diversos mecanismos aplicables para poder efectuar una interpretación que parte de la existencia de los ya citados derechos fundamentales.¹³¹

Así, la Constitución y el principio de la supremacía constitucional han ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del derecho de la cual emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos y privados; lo cual no es sólo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el derecho y la jurisprudencia.

Solo a partir de las acciones que cotidianamente desplegamos como parte del estado democrático y social de derecho, y del desarrollo de los derechos fundamentales, sostiene Forsthoff, la interpretación jurídica se ha convertido en un factor principal de interés y de movilización de la teoría constitucional. Esta es una dinámica que ha llevado a intentar construir una teoría de la interpretación constitucional, cuya tarea esencial sería la de proteger la paz, mediante la salvaguarda los derechos individuales y estamentales, una sentida demanda social y otra sobre la jurisdicción constitucional para tutelar los derechos fundamentales. Actualmente tan comentados, debido a las recientes reformas que se han realizado del ordenamiento constitucional en México.¹³²

Aun cuando las primeras constituciones escritas aparecieron a finales del siglo XVIII y principios del XIX, el estudio de su interpretación llamo la atención de la doctrina a mediados del siglo XX. Entre los factores que determinaron la aparición tardía de los estudios sobre interpretación constitucional, encontramos que el mayor numero de estudios sobre la interpretación del derecho se concentraban en el

¹³¹ Landa Arroyo, César: *“Teoría del Derecho Procesal Constitucional”*. Editorial Palestra. 1ra edición. Lima, Perú. 2003, p, 215.

¹³² Forsthoff, E., *El Estado en la sociedad industrial* (1971), trad. de L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 240 ss.

ámbito de la filosofía jurídica, como lo expresa García Belaunde; además, los principios de la interpretación jurídica se esbozaron en relación a los preceptos de derecho privado, que tuvieron un gran impulso con las grandes codificaciones del siglo XIX.¹³³

Pero en consideramos que la interpretación jurídica, como algo orgánico y estructurado, aparece en el siglo XIX. Pero este esfuerzo se da alrededor del derecho privado, más propiamente, del derecho civil, esto por muchas razones: en primer lugar, es la rama más antigua del derecho, que se remonta a los romanos, y además es la que más influencia tiene en la vida de la sociedad y de la que se han derivado todas las demás ramas jurídicas. Por otro lado, si bien en el siglo XIX aparecen las primeras constituciones, no es éste precisamente el siglo del constitucionalismo, sino por el contrario, de su negación, y más aún, de la lucha por implantarlo. Tampoco es el siglo de los grandes tratados en materia constitucional, los que se configuran recién al finalizar el siglo XIX, y más propiamente a principios del siglo actual. Por tanto, no había demasiado interés, ni político, ni práctico, ni académico en hacer interpretación que se usaba en el derecho privado, era la misma para todos los ámbitos del derecho, y por tanto, no se percibía la originalidad de la interpretación constitucional, este era el panorama en el mundo.

Fix-Zamudio precisa que en México, se agrega como otro de los factores que han propiciado la falta de atención hacia los estudios sobre interpretación constitucional, la inestabilidad de las normas fundamentales, ya que se acude con excesiva frecuencia al procedimiento formal para modificar la Constitución, antes de intentar adecuarla a la realidad existente a través de la interpretación, como sucede en otros países como Estados Unidos, Alemania y otros más.¹³⁴

El hecho de que los estudios sobre la interpretación de la carta magna hayan hecho su aparición más consistentemente en el siglo pasado, no implica que la interpretación de la Constitución como actividad no haya existido, en realidad ésta acompaña a las constituciones desde su nacimiento. Los órganos del estado y todos

¹³³ García Belaunde, Domingo, "La interpretación constitucional como problema", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, t. I, p. 596.

¹³⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano*, en el volumen "Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado", México, 1971, p. 14

aquellos que investigan acerca del sentido y alcance de los preceptos constitucionales interpretan la Constitución, aun cuando no estén plenamente conscientes de ello.

Lamentablemente, la adopción de nuevos elementos interpretativos para el texto constitucional, como tema de investigación y ejercicio jurisdiccional, no ha sido del todo unánime.

En nuestro país, podemos advertir tres grandes épocas de estudio, como lo expresa Carmona Tinoco. La primera, con la formulación de las garantías individuales y del control constitucional –juicio de amparo-; la segunda entre los años sesenta y setenta, sustentada en el desarrollo institucional, sin menoscabo alguno de la jurisprudencial y la tercera que continúa hasta la fecha, se origina en 1996 con los trabajos en favor de una metodología contemporánea de la interpretación constitucional. Inclusive podemos asegurar, que se inicia una cuarta época, con la reiteración de la supremacía que guardan los tratados y la constitucionalización del sistema jurídico.¹³⁵

A partir de entonces se han publicado múltiples estudios sobre el tema, muestra de ello es la obra coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien tuvo la visión de compilar una serie de artículos provenientes de autores nacionales y extranjeros. De esta manera, el impacto de la hermenéutica constitucional, tanto en el ámbito académico como en el jurisdiccional, no ha sido de poca trascendencia; por el contrario, tiene una cálida recepción y es aplicada por numerosos autores y juzgadores de varios sistemas jurídicos tanto en América, como en Europa.¹³⁶

En Latinoamérica, es Argentina es uno de los países más abundantes en el tema, donde las obras de Germán Bidart Campos, Linares Quintana, Rodolfo Luis Vigo y Néstor Pedro Sagúes, continúan siendo un referente importante en el pensamiento de la nueva interpretación constitucional, garante de la dignidad humana en el presente siglo, de nuevas directrices interpretativas y de su aplicación por parte de jueces constitucionales. En este apartado hacemos especial referencia

¹³⁵ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, cit., y al artículo del ministro José Ramón Cossío Y Luis Raigosa, denominado “*Régimen político e interpretación constitucional en México*”. México, *Isonomía*. núm. 5, octubre de 1996, p. 76

¹³⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. I p. 596

a las obras intituladas: La interpretación constitucional, de Linares Quintana; La interpretación y el control constitucionales en las jurisdicciones constitucionales, de Germán Bidart Campos; De la ley al derecho, de Rodolfo Luis Vigo, y La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional, de Néstor Pedro Sagüés, cuyos datos bibliográficos aparecen relacionados en la parte correspondiente de esta obra

Sin que con esta afirmación pretendamos marginar la notoria influencia doctrinal, académica y jurisprudencial provenientes de Alemania, España e Italia, que sin duda alguna también han permitido un mayor acercamiento a esta nueva forma de entender a la Constitución, brindando elementales reflexiones y propiciando su estudio, comprensión, aplicación o demanda de operatividad.

Donde es preciso señalar, que en México, también se ha realizado un meritorio esfuerzo de doctrinarios como Héctor Fix Zamudio, Jorge Carpizo y recientemente podemos citar a José Ramo Cossío, Miguel Carbonell, Eduardo Ferrer Mac Gregor, Carmona Tinoco, José Ramón Cossío, entre otros.

Inclusive, en la primera década del siglo XXI, no pasa desapercibido las propuestas de doctrinarios constitucionalistas como Luigi Ferrajoli y Peter Haberle, que han realizado propuestas teóricas para sustentar el garantismo constitucional, como parte fundamental de la interpretación constitucional.

Ya señalado con anterioridad, con la aparición de la hermenéutica constitucional, se origina una actividad predominante en los jueces constitucionales, que puede ser explicada a partir de dos sucesos invariablemente relacionados con el tema: primero, el nacimiento del estado moderno o constitucional de derecho y, segundo, la creación de tribunales constitucionales. Carbonell Sánchez opina que los inicios del estado constitucional de derecho se remontan a cuatro grandes acontecimientos: a) la ruptura social que provocó la tiranía del feudalismo durante el siglo XVIII; b) la independencia de las colonias americanas de Inglaterra; c) la erradicación del absolutismo, y d) la aceptación de un catálogo de derechos a favor del pueblo francés. Siendo la consolidación de este último punto el modelo y fundamento de lo que hoy conocemos como y derechos fundamentales¹³⁷

¹³⁷ Carbonell Sánchez, Miguel. *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 30-37.

No obstante, debemos mencionar que el periodo de tiempo existente entre tales acontecimientos no fue del todo pacífico. Basta recordar que durante el siglo XIX, el constitucionalismo europeo se apartó considerablemente del concepto de y estado constitucional que se supone debió imperar a consecuencia de la Independencia Norteamericana y de la Revolución Francesa.¹³⁸

Sin embargo, a pesar de la crisis política y jurídica, a la que se enfrentaban diversos países, podemos afirmar, que se sembraron instituciones solidas que serian fundamentales para la creación del marco constitucional que hoy tiene plena vigencia.

A este ambiente estatal que Bobbio denominó *gobierno de las leyes*, el estado constitucional quedó reducido a estado legal y la ley elevada a fuente primaria del derecho, lo que a su vez implicó la sustitución del imperio originario de la Constitución, por el de la ley, y que el legislador tuviera un papel preponderante frente a cualquier otro poder del estado, incluido el Judicial, cuya función limitada consistió en ser un mero aplicador y garante de la ley.¹³⁹

Tras esta concepción restringida de la sociedad civil Con respecto al estado totalmente desarrollado, se puede entrever una alusión tanto a la teoría lockiana del estado para la cual el estado surge únicamente para impedir la justicia privada propia del estado de naturaleza donde no hay un juicio imparcial por encima de las partes, y para proteger la propiedad entendida como un derecho natural, concediendo al legislador un papel preponderante frente a cualquier otro poder del estado.

Port otra parte, afirma Orozco Henríquez, que en la consolidación del modelo constitucional, México, altamente influenciado por el constitucionalismo liberal, contempla la evolución del estado legal a estado social de derecho.¹⁴⁰

¹³⁸ Aragón, Manuel, "Constitución y derechos fundamentales", citado en Carbonell Sánchez, Miguel, Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, 3a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 219 y 220.

¹³⁹ Bobbio, N., Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 130-134.

¹⁴⁰ Orozco Henríquez, J. Jesús, "Estado de derecho", Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. V, p. 224.

Modelo que en la primera mitad del siglo XX, tuvo una gran influencia en el desarrollo del modelo democrático liberal, puesto que se inició el desarrollo del positivismo jurídico, de la educación y sobre todo se empezó a prestar mayor atención a la justicia de los menores.

Cuando el Constituyente de Querétaro reconoce a los derechos sociales como parte de su programa legislativo y futuro contenido de la Constitución de 1917, Carpizo McGregor, afirma que hubo un avance en el nuevo paradigma constitucional, que de ninguna manera tampoco ha sido suficiente.¹⁴¹

Nos queda claro que la norma fundamental de nuestro país no recuperó el verdadero concepto de Constitución, esto es, aquella concepción, liberal-revolucionaria que la postulo como una norma jurídica de carácter vinculante para ciudadanos y entidades del poder.

Muestra de ello es el amparo mexicano, que a pesar de haberse destacado por proceder, en la segunda mitad del siglo XIX, contra los abusos del poder, sus efectos —en la inmensa mayoría de los casos en que se promueve— se limitan a una función meramente revisora de la legalidad de los actos de autoridad.

De ahí que la función de valorar el contenido de la ley, asevera Zaldívar Lelo de Larrea, que conforme a principios y valores constitucionales, *prima facie*, no constituyó una facultad primordial en el ejercicio de los órganos de justicia federales, sin mencionar a las causales de improcedencia, ya no sólo legales sino también jurisprudenciales.¹⁴²

En esta corriente ideológica (positivismo incluyente) la norma se integra tanto de reglas como de principios jurídicos. De estos últimos hay que distinguir la naturaleza de ellos además de conocer las diferentes formas de principios que existen. Para luego poder entender el verdadero alcance de la reforma a la Constitución Federal.

Esta problemática, que quizá encuentra su origen en una de las características más famosas del estado legal de derecho, aquella que hace valer los derechos tan sólo en la medida y términos en que el legislador ordinario los reconoce, conduce a una presunción de constitucionalidad *exacerbada*; situación

¹⁴¹ Carpizo McGregor, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 13a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 81.

¹⁴² Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004. p. 41.

que además se refleja en la redacción de nuestra Constitución, pues su contenido, contrario al de un documento moderno de tal naturaleza, establece múltiples reglas que a detalle orientan la actividad interpretativa de los jueces constitucionales a un mero resultado, sin ocuparnos ya de los derechos programáticos, que ante la ausencia de leyes que los desarrollen o reglamenten, resultan del todo no justiciables, como lo expresa Giuseppe Vergottini, de ahí que recientemente se hayan posicionado nuevas teorías que inciden en ratificar la supremacía obligatoria en la aplicación derechos fundamentales.¹⁴³

Este tipo de eventualidad, es uno de los principales impedimentos que retrasaron el estudio y consolidación de los métodos de interpretación enfocados al campo de la Constitución, pues al ser ésta considerada un mero enunciado de buenas intenciones, encaminadas a ser respetadas tan sólo en la medida estipulada por la ley, la importancia de analizar nuevas y mejores formas de entender a la carta magna *no interesó a los juristas de ayer*.

Con el monopolio del derecho en manos de la ley, sostiene González Oropeza, muchos países, entre ellos el mexicano, depositaron en el órgano legislativo la facultad de interpretar el contenido de las normas y el de la propia Constitución, e incluso la competencia para dirimir controversias relacionadas con la inconstitucionalidad de las leyes.¹⁴⁴

No escatimamos reconocer el valor de la función legislativa, sin embargo, se le han concedido facultades importantes, entre las que destacan, precisamente, el de resolver los problemas que se convierten en políticas públicas delicadas, como lo es la interpretación de la ley y recientemente resolver el problema de la justicia para adolescentes, de manera normativista.

Sobre esta cuestión Domingo García Belaunde opina que son muy pocos los autores que durante los siglos XIX y XX trataron el tema de la interpretación constitucional, entre ellos Santi Romano, que en 1899 llamó la atención sobre la peculiaridad del proceso interpretativo en el derecho público, por ello, la actividad

¹⁴³ Vergottini, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, México, UNAM-Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004, p. 216.

¹⁴⁴ González Oropeza, Manuel, "*El legislador como intérprete constitucional*", citado en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. *cit.*, t. I, 2005. p. 623.

legislativa se tornó exigente, y la utilización de los métodos ordinarios de interpretación jurídica, ante los vacíos de la ley o de la Constitución, se convierte en una obligación que impidió a los jueces basar sus resoluciones en algún tipo de técnica ajena al texto normativo o motivos de su creación, lo que en pocas palabras también significó un verdadero obstáculo para el desarrollo de un modelo de interpretación exclusivo de los preceptos constitucionales.¹⁴⁵

Al estar los derechos fundamentales previstos, desarrollados y garantizados por la legislación ordinaria, el tema de la interpretación constitucional, como se dijo, pasó desapercibido ante los grandes exponentes del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX. Que no obstante lo anterior, hoy en pleno siglo XXI, se ha constitucionalizado prácticamente todo el derecho, por ello, es menester que podamos tener reglas claras para la interpretación no solo de la norma constitucional, sino también de la norma ordinaria.

Relativamente coincidiendo con las ideas antes mencionadas, y dado el rol indiscutible de la ley como pretensión de justicia y transparencia, es que se gestaron las famosas palabras de Montesquieu, en sentido de que *la justicia es como sinónimo de legalidad: iuspositivismo clásico*.¹⁴⁶

Para el autor en cuestión, los juzgadores eran simples seres inanimados que sólo podían y debían pronunciar las palabras contenidas en la ley, con lo cual el estado legal de derecho cobró gran importancia y respaldó su postura respecto a la actividad que debía desempeñar el Poder Judicial, para quien el órgano legislativo debe ser el encargado de reconocer los derechos del ciudadano, en algunos países también se ocupó de brindarles sentido a través de una interpretación de índole congresista.

Afortunadamente, el legalismo decimonónico cobró un punto importante para su derrota al momento en que la Constitución deja de ser entendida como un documento político y retoma su naturaleza jurídico-normativa. De esta manera, a mediados del siglo XX en Europa, como consecuencia del cambio de paradigma en mención y la caída del régimen nazi, surge un replanteamiento del estado constitucional y del concepto de Constitución, que hasta entonces habían permanecido en desuso; dándose así, inicio a un desarrollo racional de los derechos

¹⁴⁵ Ibídem. 600. Nota 133

¹⁴⁶ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*. Paris. Éditions Gallimard, vol I. 1995. p.604.

fundamentales, con independencia de lo previsto en la ley como lo sustenta Fix-Zamudio.¹⁴⁷

Para tal efecto se retoman las ideas de la Constitución austriaca de 1920 relativas a la necesidad de contar con una Corte Constitucional, en términos generales de una magistratura constitucional, cuya *praxis* descubre que la aplicación eficaz de la norma suprema escapa a los márgenes de interpretación comúnmente aceptados para el entendimiento de ley; lo que a la postre permitió el empleo de nuevas tendencias argumentativas y de interpretación más acordes con la naturaleza de los preceptos constitucionales, y que tuvieran presentes las necesidades y requerimientos de la época

Con base en esta tendencia, tanto jueces como máximos exponentes de la doctrina dogmática constitucional se vieron obligados a promover nuevas y mejores técnicas interpretativas con base en las cuales se pudieran colmar y solucionar adecuadamente los conflictos constitucionales y responder eficazmente a las demandas de aplicación directa del texto constitucional, según lo expone Kruger “no sólo dentro de lo jurídicamente permitido, sino también dentro de lo constitucionalmente posible”.¹⁴⁸

Baste recordad, que el derecho es un instrumento, en el que debemos emplear una metodología, que depende del propósito de la interpretación, por ello, cada autor o estudioso de la norma, atiende a un significado, en ocasiones de manera utilitaria.

Por ello, el cambio de paradigma desde el punto de vista que señala Zagrebelsky, ahora permite entender a la carta magna como norma jurídica de carácter vinculante para ciudadanos y entes de gobierno, significó el inicio para la transformación, en un marco aún hobbesiano, de los derechos públicos subjetivos en derechos fundamentales, así como el comienzo de verdaderas garantías

¹⁴⁷ Fix-Zamudio, Héctor, “*Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, t. I, p. 278.

¹⁴⁸ Kruger, Herbert, “*El derecho constitucional alemán en la mitad del siglo XIX y su desenvolvimiento hasta nuestros días*”, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 1957, t. I.

procesales como facultad de los tribunales constitucionales (en sistemas concentrados) o de los jueces en general (en tratándose de un sistema difuso).¹⁴⁹

Dichos acontecimientos que en su conjunto hacen de la interpretación constitucional una herramienta eficaz para el adecuado respeto y concretización de los derechos y libertades fundamentales del ser humano, evidentemente de la aplicación de justicia. Sin embargo, quedan dudas, que resolver, pues aunque tengamos un instrumento hermenéutico, no hemos aclarado los criterios y principios interpretativos.

La justicia constitucional, sin embargo, ha hecho de la Constitución un texto jurídico normativo, con efectos jurídicos desplegados en todo el sistema jurídico y cambiando por completo su noción de distribuidora del poder. Ahora puede cumplir la función de texto limitador del poder, bajo la consideración que lo que en él se incluya podrá ser exigido y respetado gracias a la intervención de los tribunales constitucionales.

Baste señalar como lo afirma Betti, que en el constitucionalismo clásico la interpretación constitucional no existía como problema, en tanto los derechos y garantías establecidos en la Constitución se realizaban por medio de las leyes. Así, en el Código Civil y en el Código Penal se desarrollaron las técnicas de la interpretación jurídica, que fueron asumidas por la teoría general de la interpretación¹⁵⁰ por medio de la hermenéutica jurídica.¹⁵¹

Además, a partir del desarrollo de la parte orgánica de la Constitución, la cual era concebida como un asunto político no justiciable, es decir, no sujeta a la interpretación jurídica sino a las relaciones de poder, esta evolución se produjo a partir de la justiciabilidad de los asuntos de poder. Por lo que es necesario precisar que aún persiste la duda, sobre la propuesta de considerar que la Constitución es un instrumento que deba interpretarse según las circunstancias políticas o jurídicas, lo cual trataremos de dilucidar con esta investigación.

¹⁴⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 49.

¹⁵⁰ Betti, Emilio, *Teoria generale delle obbligazioni*, 1955: Milano, Dott. A. Giuffrè (editore), tomo I, 1949, p. 292.

¹⁵¹ Gadamer, H.G. *Hermenéutica e historicismo*, en: *Verdad y Método I*, Salamanca, Editorial Sígueme. 1996, p.613.

En general, no era una necesidad jurídica interpretar la Constitución, dado el carácter y la comprensión fundamentalmente política de la norma suprema; por ello, diría Jefferson, *“la Constitución no es más que el sentido común de la sociedad expresado en fórmulas jurídicas”*.¹⁵²

Por el contrario, la ley se entendía como prolongación de la racionalidad de la vida social, en la que el legislador no debía ser concebido por analogía, como el simple mecánico que inventa la máquina, sino como el naturalista que —sin hacer las leyes— las descubre y se limita a formularlas. Entonces, por ser prolongación del sentido común y de la racionalidad interna de la sociedad, y por poseer además un carácter puramente formal, la legalidad constitucional deberá verse presidida por los principios de claridad y transparencia.

En consecuencia, en el origen del constitucionalismo moderno, la interpretación constitucional se convierte en un tema fundamental y paradigmático, dado el papel indiscutible de la ley y la pretensión de claridad y transparencia de la legalidad. De ahí que —como decía Montesquieu— *...los jueces de una nación no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley*.¹⁵³

Sin embargo, vale la pena señalar que en la experiencia norteamericana, siguiendo la tradición anglosajona, los jueces tempranamente se convirtieron en los intérpretes autorizados de la Constitución y de la ley. A tenor de lo expuesto, el formalismo, la neutralidad axiológica, la claridad y la consiguiente ausencia de la necesidad de interpretación, serían otras tantas de las características con las que aparece en la historia la legalidad constitucional moderna y que, naturalmente, condicionaron los primeros y más significativos tratamientos doctrinales de la misma.

Sin embargo, la interpretación se convierte en un tema de interés constitucional solo cuando la propia norma constitucional, se transforma en una norma jurídica cuyo cumplimiento directo pueden ser exigidos por los ciudadanos.

Esto sucede a partir de dos procesos sucesivos, como lo señala Hans Kelsen: en primer lugar, cuando la Constitución se legitima como norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, en virtud de que no obstante las múltiples transformaciones que ha sufrido, la Constitución ha

¹⁵² Jefferson, Tomás. *Cartas y escritos escogidos, pensamiento político jurídico*, Buenos Aires. Ediciones Tres Tiempos. 1988, p. 476.

¹⁵³ *Ibíd.* p. 19 Nota 146

conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden, principio que ahora se entiende como manifestación del principio jurídico de supremacía constitucional.¹⁵⁴

En ese sentido, también, el estado constitucional de derecho eleva a la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la superioridad de la ley *in suo ordine* sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley sobre el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida en que en su conjunto o en algunos de sus preceptos no se ajuste a la norma constitucional como lo sostiene García Pelayo.¹⁵⁵

En segundo lugar, sigue señalando García Pelayo que cuando los derechos públicos subjetivos del estado liberal se transforman, a partir de la segunda postguerra, en derechos fundamentales que incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos —en el marco del estado social y democrático de derecho— se obligó sobre todo a jueces y tribunales —aunque también a la dogmática constitucional— a proveer de técnicas y métodos de interpretación para dar respuestas a las lagunas y demandas de aplicación directa de la Constitución, ya no solo dentro de lo jurídicamente formal, sino también dentro lo constitucionalmente posible.

2.5. Principios de interpretación constitucional.

Los principios de interpretación constitucional cumplen con la misión de orientar y canalizar el proceso de interpretación para la solución de un problema como marco teórico y analítico de la Constitución para la solución del caso concreto. Así, siguiendo a Hesse, nos señala diversos principios, que más adelante nos referimos a ellos.¹⁵⁶

El fin que se persigue con la interpretación de la ley es hacer justicia, en casos particulares. Si no hay conflictos es que los ciudadanos están conformes con la solución que el legislador ha dado a un problema.

¹⁵⁴ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, México. Editorial UNAM; p. 15.

¹⁵⁵ García Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, Alianza Universidad, 1984, pp. 34-37.

¹⁵⁶ Hesse, Konrad. 1992. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, página 35.

La mejor interpretación de la constitución es, en principio, la que hace el legislador, desde un punto de vista político; esto es, la sociedad es la que decide, a través de sus representantes, cual es la mejor interpretación de la constitución. En este contexto la constitución propia opera como un límite para dicha interpretación y tiene por tanto que ser interpretada como tal. Sin embargo, la interpretación efectuada por el legislador no tiene porque ser la mejor desde una perspectiva racional. El intérprete de la constitución puede advertir que la interpretación efectuada por el legislador no es la mejor, pero si dicha interpretación cabe dentro de la Constitución, dicha interpretación no debe ser anulada y la ley tiene que ser declarada constitucional o conforme al principio de legalidad constitucional.

Con base en lo señalado hasta aquí puede afirmarse que la interpretación de la constitución y de la ley es diferente por el objeto, por el intérprete y por la finalidad que persiguen ambas. Sin embargo, el hecho de que tales interpretaciones sean diferentes no quiere decir que las reglas que se usan para la interpretación de la ley no sirvan para interpretar la constitución. La diferencia entre la interpretación de la Constitución y la de la ley no reside en que las reglas de interpretación de esta última no valen para la primera, sino en que tales reglas son condición necesaria y suficiente para la interpretación de la ley. Por tanto, son de utilidad para interpretar la constitución ciertas reglas que también se utilizan para la interpretación de las normas jurídicas en general y que son las siguientes: a) interpretación gramatical, que se basa en el texto de la norma, en su dicción literal y en el sentido que tienen las palabras utilizadas por el legislador, b) la interpretación sistemática que acude a la conexión del precepto que se tiene que interpretar con el derecho o cuerpo legal en el que se inserta, c) la interpretación teológica, que atiende a la finalidad perseguida por la norma, d) la interpretación histórica, que toma en consideración el origen de la norma, es decir, el proceso a través del cual ha sido producida.

Ahora bien, si estas reglas tradicionales son necesarias para interpretar la Constitución, pero no son suficientes. En la Constitución hay preceptos imposibles de interpretar a partir de las reglas tradicionales de la interpretación jurídica, tales como: estado de derecho, democracia, mandato representativo, soberanía, supremacía, etcétera; por tanto, es necesario diseñar un método o principios más claros y específicos que nos ayuden a interpretar la Constitución. En este sentido ya se han definido diversos principios de interpretación de la Constitución a través de los cuales se intenta obtener algo más de seguridad desde el punto de vista de la

argumentación racional en dicho proceso de interpretación. Dichos principios son los siguientes.

En realidad, como se afirma, no existe una auténtica Teoría de la Constitución, pero si encontramos los principios fundamentales contenidos en todo documento constitucional, los cuales pueden variar y atenuarse según la realidad política en donde se aplica, teniendo presente una noción de equilibrio en la cual la norma no se subestime a la normalidad y ésta no rebase al derecho.

Lo adecuado sería la existencia de una auténtica Teoría de la Constitución y cuál es su objeto resulta difícil cuando poco se sabe que tema pertenece o no a dicha Teoría. Por eso, lo que propondremos es sólo una aproximación: por Teoría de la Constitución, misma que a mi entender, se concibe como: el conjunto de principios jurídico políticos que deben presentarse, explícita o implícitamente, en toda Constitución, los cuales varían según se apliquen en cada sistema constitucional y permiten diferenciar un sistema de otro.

La obra interpretativa desarrollada por Ignacio L. Vallarta, quien fuera Presidente de la Suprema Corte y diputado constituyente, desarrolló una labor interpretativa de la Ley Fundamental en problemas tales como la incompetencia de origen y la constitucionalidad de la facultad económica coactiva, que habían sido interpretados deficientemente antes de su llegada a la Presidencia de la Corte. Felipe Tena Ramírez nos da el mejor elogio del constitucionalista jalisciense: "*La Constitución, que era casi letra muerta en la práctica de las instituciones, cobró vida y animación en las ejecutorias de que era autor el Presidente de la Corte. La incompetencia de origen, las facultades extraordinarias del Ejecutivo, la amplitud del amparo, fueron entre otras varias las cuestiones constitucionales en que Vallarta trazó direcciones definidas. Él enseñó a interpretar la de acuerdo con las teorías que en Estados Unidos echaron a andar el modelo norteamericano*".¹⁵⁷

Las teorías constitucionales se ocupan de la cuestión relativa a la comprensión previa con la que debemos emprender la interpretación de una Constitución escrita. Toda interpretación está orientada por una pre-comprensión que nos marca también la elección del método adecuado, por ende debe ser descubierta y racionalizada en lo posible. El investigador, científico del derecho al

¹⁵⁷ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, , México, Porrúa 1987, p. 28.

fin, puede representar su teoría como “pura” sin compromisos, sin embargo, un tribunal constitucional tiene que ejercer de instancia mediadora del pluralismo y antagonismo de ideas e intereses, comprometiéndose en una combinación pragmática de elementos teóricos.

En el sistema constitucional mexicano predomina este mecanismo reformativo, presentándose el caso de que una reforma constitucional no sólo modifica sino destruye virtualmente una interpretación de un texto constitucional. Por ejemplo, es conocida la interpretación que justificó a las facultades extraordinarias del Ejecutivo para legislar. Sabida es la réplica de inconstitucionalidad de la legislación expedida por el Ejecutivo Federal en ejercicio de facultades extraordinarias, alegándose un trastocamiento del artículo 49 de la Carta Magna de 1917, en el punto en que no podrán reunirse dos o más Poderes de la Unión en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo, salvo la excepción que se señala en el artículo 29 de nuestra Constitución.

De tal forma, que sobre la base del orden supremo constitucional, la interpretación constitucional se convierte en un problema jurídico del derecho constitucional contemporáneo. Esto se confirma con la judicialización de la por medio del papel de los tribunales constitucionales, en tanto se convierten en los supremos intérpretes de la Constitución.

Ese proceso ha puesto en movimiento a las corrientes iusfilosóficas y de la teoría del derecho, así como a la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y a la dogmática constitucional. Sobre estas bases -siguiendo matizadamente a Böckenförde- se presentan sucintamente algunas teorías de interpretación constitucional.¹⁵⁸

Por consiguiente, es necesario, definir y advertir las teorías más elementales para realizar la interpretación constitucional.

2.5.1. La hermenéutica como Interpretación.

La extensa información que se ha producido sobre la interpretación jurídica, particularmente de la constitucional, cuyos modelos desarrollados a lo largo de la historia, son prueba suficiente para determinar el significativo valor que estos tienen y la importancia que se le ha dado a la hermenéutica jurídica, desde mediados del

¹⁵⁸ Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p. 19.

siglo XX, pensamiento que se está reflejando igualmente durante el comienzo de este nuevo siglo. Grandes pensadores y juristas han extendido su saber sobre una gran cantidad de textos desarrollando sus teorías y dando su opinión sobre las escuelas, los modelos y el “verdadero sentido” de la interpretación jurídica y lo importante que esta es para los académicos, doctrinarios, autoridades jurisdiccionales y en general para todos los estudiosos del derecho al momento de enfrentar la realidad de un caso o determinar el papel que juegan las normas al momento de entender su contenido.

La palabra “hermenéutica” deriva su origen en honor del dios “*Hermes*” cuya función era la de ser intermediario entre los hombres y los dioses, era quien interpretaba los mensajes y designios divinos. La palabra griega *hermeneuion* significa interpretar. El origen etimológico del término Interpretar, nos indica que proviene de latín *interpretari*, que significa: explicar el sentido de una cosa, y principalmente de textos poco claros.- Explicar acciones, dichos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos. Es dar determinado sentido a la palabra, a las actitudes, a las acciones.

Ahora bien, todo mensaje requiere ser interpretado y entre ellos los mandatos de las normas jurídicas; pero no es fácil lograr la correcta interpretación si no se cuenta con reglas precisas y claras, metódicas y sistemáticamente establecidas. Es precisamente de este hecho del que se ocupa la hermenéutica jurídica, de establecer los principios elaborados doctrinaria y jurisprudencialmente, para que el intérprete pueda efectuar una adecuada interpretación de las normas jurídicas.

La hermenéutica brinda herramientas, que van a auxiliar al juzgador, para hacerle la labor más fácil y equitativamente posible. El tratadista Di Ruggiero señala que para interpretar correctamente una norma se deben tener en cuenta diversas categorías para esclarecer su contenido: el gramatical, el lógico, sociológico y el histórico. Para Ruggiero: *"Interpretar es buscar el sentido y valor de la norma para medir su extensión precisa y valorar su eficacia en cuanto a las relaciones jurídicas"*.¹⁵⁹

De esta manera, entenderemos que la teoría de la Constitución y teoría de la interpretación constitucional son temas ineludibles al momento de abordar cualquier

¹⁵⁹ De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la cuarta edición italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid. Editorial Reus, S. A 1931; p.51

trabajo sobre el control judicial de constitucionalidad moderno o sobre los órganos encargados de ejercer el control normativo en un estado democrático. La aplicación de la tradición hermenéutica cobra inusitada actualidad cuando el mundo del derecho de hoy se abandona a una concepción interpretativa del mismo, a la luz de las teorías estructurantes del derecho, neo-constitucionalista y/o garantista. Tema bastante arriesgado, por lo demás, en especial por la polémica que genera en un país como el Mexicano, en el que buena parte de sus órganos político-jurídicos se hallan atraídos por un discurso de estado de corte legalista, surgido la mayoría de las veces en la ostentación del autoritarismo y del orden.

Las nuevas posiciones de la hermenéutica jurídica desarrollada en el siglo XX, entre las cuales se puede mencionar el neopositivismo, donde, Páramo Argüelles considera que el derecho, si bien no puede ser de orden natural debe tener una serie de principios o verdades que son obvias.¹⁶⁰

Igualmente dentro de este mismo tiempo se puede hablar de la posición neoiusnaturalista atribuida a Dworkin, quien se aleja del iusnaturalismo clásico, no sólo en su parte epistemológica, sino metodológica, aunque su verdadera intención es quizá alejarse de cualquier forma de positivismo.¹⁶¹

Dworkin considera la interpretación desde dos puntos de vista: primero desde el campo científico y en segundo lugar se da en la óptica de la conversación. El pensador emplea la categoría de interpretación reconstructiva. En el arte y en las prácticas sociales se lleva a cabo una interpretación constructivista. Esta categoría supone mucho más que indagar acerca de la intención del autor, de los propósitos empíricos de la obra de arte. El buen intérprete es el que muestra desde la mejor perspectiva la artísticidad en la obra, en el caso del arte, esto por poner un ejemplo. Su modelo interpretativo se asemeja a la de la hermenéutica en el sentido que el sujeto posee con anterioridad su punto de vista interno, una perspectiva particular desde la cual aborda la tarea de la interpretación

¹⁶⁰ Páramo Argüelles, Juan R. de. H.L.A. *Hart y la Teoría Analítica del Derecho.*, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.1984. p. 374.

¹⁶¹ Dworkin, citado por Víctor Manuel. *El concepto de Derecho de Ronald Dworkin*, Revista de la Facultad de Derecho. México, Numero 246, Sección de Artículos, 2006, p.11

Pero en realidad fue López Calera quien se encargó de considerar como neo-iusnaturalista a Dworkin ya que el estadounidense se cataloga a sí mismo como un no positivista, de la misma consideraba así a Robert Alexy.¹⁶²

Actualmente, dichas posturas reclaman ser tomadas en cuenta para llevar a cabo la interpretación jurídica, y no solo ello, sino que además, dicho sentido de aplicación deberá quedar supeditada a la suprema interpretación constitucional, habida cuenta que se privilegia el principio *pro homine*, que debe trascender a todos los campos del derecho.

Otra postura que es necesario tomar en cuenta, es el aporte de H.G. Gadamer con respecto a la hermenéutica a la que considera como una metodología universal y estructura lógica superior; para Gadamer el modo de comprender del hombre es típicamente interpretativo, el cual consiste en una operación, consciente o inconsciente, donde construye una comprensión que parte de la realidad captada hasta llevarla a la propia realidad.¹⁶³

De allí que todo conocimiento es interpretación, lo que implica el reconocimiento de la realidad que se comprende. Nada se escapa al poder interpretativo del ser humano, por ejemplo, el conductor con las señales de tránsito; la madre ante el llanto del niño; la actitud del paciente ante su médico; la mirada de una linda chica; la actitud de un estudiante frente a su profesor; es decir todo lo que rodea al ser humano.

Buscando entender la visión de Gadamer sobre ¿qué es la hermenéutica? y partiendo de lo anterior, se puede decir que ésta es una actividad natural y humana que busca la interacción y asimilación del entorno con la propia realidad; una realidad que se palpa claramente en lo lingüístico en la conversación y el diálogo, así como en la traducción. Pero no limitándose a entender la opinión del otro o la postura de lo otro, es necesaria siempre una “autocrítica” donde ponga en consideración su propia verdad, sea para corroborarla o para ponerla en tela de juicio.

Esta postura se ratifica cuando Gadamer afirma: “La hermenéutica es filosofía porque no puede limitarse a ser el arte de entender las opiniones del otro. La

¹⁶² López Calera, N. M. *Filosofía del derecho*, Madrid. Ediciones Comarares 2004, p. 136

¹⁶³ Gadamer Hans-George. *Verdad y método II..* Salamanca. Ediciones Sígueme 1998, p. 105.

reflexión hermenéutica implica que en toda comprensión de algo o de alguien se produce una autocrítica. El que comprende, no adopta una posición de superioridad, sino que reconoce la necesidad de someter a examen la supuesta verdad propia. Esto va implicado en todo acto comprensivo y por eso el comprender contribuye siempre a perfeccionar la conciencia histórico–efectual.”¹⁶⁴

Está claro que el aporte de concreto de Gadamer con respecto a la hermenéutica es su visión como metodología universal y estructura lógica superior; para Gadamer el modo de comprender del hombre es típicamente interpretativo, el cual como ya señalamos, es una operación, consciente o inconsciente, donde construye una comprensión que parte de la realidad captada hasta llevarla a la propia realidad comprendida. De allí que todo conocimiento es interpretación que implica el reconocimiento de la realidad que se comprende, Nada escapa al poder interpretativo del ser humano.

Es evidente quizá, que la clave para dilucidar el sentido e interpretación de la norma, y mayormente de la constitucional, no es únicamente metodológica, sino del empleo de principios y técnicas neopositivistas aportadas por los doctrinarios, que proponen una renovación interpretativa en la convencionalidad del derecho constitucional.

Desde este punto de vista, dentro de las teorías jurídicas que sustentan a la hermenéutica, Hans Kelsen afirmaba la ambigüedad insuperable del lenguaje humano y la imposibilidad de determinar la respuesta correcta desde el texto normativo general; el juez tenía a su disposición criterios de procedencia diversa (metódicos, morales, políticos, etc.) que contribuían a elaborar la sentencia, pero no la determinaban; la decisión del juez era la creadora de la norma individual.¹⁶⁵

Consecuentemente, se concibe a la Constitución como una norma jurídica más, y que debe ser interpretada no solo conforme a los métodos, sino a través de principios de interpretación propios de la ley. Así, la Constitución está subordinada a las reglas de interpretación válidas para las leyes. Con esto la Constitución se hace patente en su sentido y es controlable en su ejecución. Su estabilidad se obtiene de

¹⁶⁴ Ibídem. p. 117 Nota 163

¹⁶⁵ Hans KELSEN, "*Zur Theorie der Interpretation*", Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 9, 1929, pp. 10-12; Reine Rechtslehre, Viena, Franz Deuticke, 1960, p. 349.

los límites que prevén las dificultades de su modificación, que ha trazado la interpretación de la ley a través de su objeto.

Las reglas de interpretación de la ley son válidas para la interpretación de la Constitución, es decir, las interpretaciones históricas, lógicas gramaticales y posteriormente agregarían el sistemático, postulados por Savigny son aplicables a la Constitución. Equiparar la ley a la Constitución supone también transferir los atributos de la norma legal a la ley suprema, guardando la jerarquía y proporción que tienen ambos tipos de normas.¹⁶⁶

Hart afirma que el derecho es indeterminado y por tanto en ocasiones el juez acude a la discrecionalidad; Se plantea el carácter determinado o indeterminado, de acuerdo con el contenido, de las disposiciones jurídicas.¹⁶⁷

Entendemos que la tesis indeterminista propuesta por Hart, tendría dos puntos de vista, por una parte, el de una norma que está determinada cuando establece de manera definida los casos que prevé, y por la otra parte, la norma es parcialmente indeterminada cuando no puede considerarse en los casos ni determinados, ni indeterminados por ella. Por consiguiente, cuando una norma está parcialmente indeterminada, algunas proposiciones que la aplican carecen del valor de verdad. En tal entendido, la ley, como norma jurídica, se caracteriza por una determinada estructura lógico formal en la cual se produce el enlace entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica con carácter obligatorio y coercitivo.

A partir de lo señalado por Böckenförde, resultaría ingenuo identificar la ley con la Constitución, en la medida en que la Constitución es, partiendo de esta estructura, un *ordenamiento-marco*, esto es, fija estandarizadamente las condiciones, el marco y reglas procedimentales para el proceso de acción y decisión políticas y adopta principios fundamentales para la relación individuo, sociedad y estado, pero no contiene ninguna regla singular susceptible de ejecución en un sentido judicial o administrativo.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Von Savigny, Friedrich Karl, *Metodología jurídica*, trad. de José Julio Santa Pinter, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1994, p. 12.

¹⁶⁷ Hart, H. L. *El concepto del Derecho*, Trad. Genaro Carrió.: Buenos Aires Abeledo-Perrot. 1961. p. 19.

¹⁶⁸ Böckenförde, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid. Trotta. 2000 trad. De J. Requejo e I. Voillaverde, *Nomos, Baden-baden*, 1993, p.95

Ante esta deficiencia, la propia doctrina ha intentado replantear algunas bases de la teoría de la interpretación hermenéutica a partir de la praxis. No obstante, como la hermenéutica está fundada en un concepto de conocimiento, por lo tanto, es necesario aplicar diversos principios para llegar a conocer su esencia.

Más aún, hay que tomar en consideración que las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial, tienen una fuerte carga iusnaturalista, en virtud de la cual consagran normas de consenso valorativas que expresan la unidad política de las fuerzas pluralistas, que la sociedad ha logrado alcanzar gracias a integrar un gama de intereses comunes. Junto con ello, ese consenso político se ha obtenido debido tanto al sacrificio del carácter técnico lógico-jurídico de la norma constitucional como a la organización y funcionamiento racionalizados del gobierno y la oposición.

En ese entendido, Herbert Kruger señala que las tradicionales reglas de la interpretación de la ley con que actúa el juez ordinario, buscan revelar la voluntad objetiva de la norma o la voluntad subjetiva del legislador, por cuanto se reducen al análisis literal del texto de la norma, de los elementos lógico-rationales y de las relaciones establecidas entre ellos, así como del estudio de las situaciones históricas dadas en el tiempo de la aprobación de la ley y de los distintos elementos de la norma con el objeto de considerar la unidad racional de su proceso de creación. Dichas reglas resultan necesarias, pero son insuficientes para la interpretación constitucional contemporánea.¹⁶⁹

El abandono de la metodología a favor de consideraciones acerca de la justicia material del resultado ha dejado intranquilos a algunos juristas. Incluso alguno influido por la misma Hermenéutica, como Karl Larenz, se ha manifestado favorable a cierta ordenación de la interpretación. Critica expresamente a Esser por afirmar que los métodos no sirven para controlar la corrección de la actividad judicial, sino tan sólo para justificar la solución hallada mediante la precomprensión. Frente a él, Larenz sostiene que los métodos interpretativos no están a disposición del

¹⁶⁹ Kruger, Herbert, *“El derecho constitucional alemán en la mitad del siglo XIX y su desenvolvimiento hasta nuestros días”*, El constitucionalismo a mediados del siglo XIX, México, UNAM, 1957, t. I. p. 88

intérprete para que escoja la justificación favorable a la decisión que ya ha tomado.¹⁷⁰

Esto se debe a que la Constitución es una norma jurídico-política abierta, que se encuentra en un proceso permanente de integración nacional y, ahora, de integración supranacional, toda vez que los tratados internacionales se integran directa o indirectamente con la Constitución. Esto es una característica propia del derecho constitucional a inicios del siglo XXI. En ese último sentido es que Häberle considera maduro el tiempo presente para añadir un quinto método de interpretación jurídica: el método comparativo.

En tal perspectiva, se pretende reforzar o retomar el carácter normativo de la Constitución como la “*totalidad histórica-dogmática*” de la que habló Savigny. Por lo que la teoría constitucional no significa cualquier preconcepto de la Constitución, sino una concepción orientada sistemáticamente por el carácter general, la finalidad normativa y la trascendencia material de la Constitución como tal y de sus partes. Solo es posible extraer dicha teoría —explícita o implícitamente— del texto y de los orígenes de la Constitución por medios racionales. Es decir, la Constitución en un sentido normativo y dogmático opera como punto de partida y criterio de interpretación a lo largo de todo el proceso interpretativo.¹⁷¹

Por tanto, la vigencia de la norma constitucional supone un orden material de derechos fundamentales y de distribución del poder que los órganos públicos deben interpretar y aplicar mediante la fijación de límites y la determinación de direcciones, controlados no políticamente sino judicialmente por un Tribunal Constitucional. No obstante, hay que evitar, eso sí, que este se adueñe de la Constitución, porque no es un poder constituyente sino un poder constituido.

A pesar de estos esfuerzos de la dogmática, la modernización de la hermenéutica jurídica termina por caer en su propia crítica, en la medida en que no aporta un modelo sustantivo de Constitución, sino apenas una idea normativa de este, aunque más compleja para la interpretación hermenéutica. De ahí que no establezca la base teórica sustantiva para la solución del problema que plantea.

¹⁷⁰ Larenz, Karl *Metodología De La Ciencia Del Derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, p. 199.

¹⁷¹ Savigny, F.K.: “*Sistema de Derecho Romano actual*”, Madrid I, Edición Española, Góngora cap. IV-XXXIII, p.150.

En efecto, Rubio Llorente concluye que la Constitución, por un lado, contiene normas jurídicas de distinto grado de calidad: desde reglas, mandatos y disposiciones obligatorias, hasta enunciados programáticos, normas incompletas o de aplicación diferida; por otro lado, incorpora normas fundamentales o determinaciones de la estructura del estado, normas declarativas de derechos, mandatos para el legislador, asignación de fines o tareas, normas orgánicas, y normas de relación.¹⁷²

Las nuevas tendencias muestran lo que Guastini ha denominado la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Es decir: *“asistimos a un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una tarea extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.*¹⁷³

2.5.2. Interpretación tópica.

Se basa en la concretización de la norma constitucional y los principios orientadores de su interpretación. Para la concretización el intérprete debe adecuar la norma constitucional al problema y resolver contrastando argumentaciones y construyendo a partir de ahí la decisión de la forma más conveniente posible. La ponderación de bienes cobra en este método vital importancia. Los principios orientadores de la interpretación constitucional son unidad, concordancia práctica, efectividad, funcionalidad, fuerza integradora, fuerza normativa de la Constitución. Respecto de la concretización se ha planteado el riesgo de caer en una casuística que comprometa la propia normatividad de la Constitución.

Dada la complejidad normativa jurídico-política de la Constitución, la insuficiencia de la lógica formal y sus métodos tradicionales o renovados de interpretación de la ley, se ha planteado un método abierto de razonamiento concreto. El cual está orientado a interpretar un problema específico que debe resolverse. Para esta corriente, el punto más importante en la consideración de la

¹⁷² Rubio Llorente. Francisco. Citado por Carbonell, Miguel (Coord.) en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. México: Porrúa. UNAM. 2002. p.166.

¹⁷³ Guastini, R. *“La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”*, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, México: UNAM y Trotta, 2006, p. 49.

tópica es la constatación de que se trata de aquel método de pensamiento que se dirige hacia el problema, y no hacia la norma constitucional.

En este sentido, la interpretación tónica no parte de concebir una imposición de reglas de interpretación previamente establecidas en la Constitución, sino que utiliza el contenido normativo y el sistema dogmático constitucional, en tanto puntos de vista que le acerquen o le permitan la solución del caso que debe interpretarse.

Luego entonces, la esencia del método tónico es situar en el centro de la interpretación el problema planteado y no la norma constitucional aplicable al caso y necesitada de concreción. Los *tópicos* son esquemas argumentativos jurídicos y no jurídicos, pero con relevancia en la interpretación que se vierten en un proceso de discusión para seleccionar cuál es la solución más adecuada al problema jurídico planteado. Y esa solución es con la que se rellena o completa la norma constitucional abstractamente formulada.

Si el método clásico desconstitucionaliza a la Carta Magna, rebajada al rango legal, el método tónico-problemático la desnormativiza; la norma constitucional queda reducida a un punto de vista interpretativo junto con otros, para atender a lo que se considera prioritario: el problema.

Desde nuestro punto de vista, la primacía de la norma sucumbe ante la necesidad de dar solución al problema. El resultado es un proceso de argumentación extraordinariamente abierto en el que el texto constitucional no opera necesariamente como límite o filtro, donde la interpretación se hace de lado, la consecuencia es advertir un casuismo extremo, desvinculado de una teoría de la Constitución presupuesta en el texto de esta norma. Los llamados casos difíciles son los que más necesitan de una teoría de la Constitución para que el proceso argumentativo no se convierta en un triángulo en el que cualquier intérprete haga discurrir con aparente coherencia jurídica su particular solución.

Como se ve, el problema no se aborda desde la Constitución, sino que es el problema el que suministra las razones para articular una teoría de la Constitución. El proceso se invierte y, en apariencia, todo encaja; de esta teoría así construida se infiere una fundamentación coherente de la interpretación de la norma constitucional aplicada al caso. Pero justamente en los casos difíciles es donde menos consenso hay. Como apunta Böckenförde, en general la tónica no crea consenso, lo presupone. Además, los tónicos o estándares argumentales creados se convierten en dogmas jurídicos conocidos y cultivados sólo por expertos. Si el contenido tan

abierto de la Constitución lo deciden profesionales del derecho, el método tópico-problemático se reviste de tintes no democráticos.¹⁷⁴

De ahí que la consecuencia lógica sea, en la línea propuesta por Häberle, la democratización del proceso de interpretación constitucional, abierto a todos. Pero si se admite esto, la realidad no sólo va por delante del derecho, sino que lo deroga o, en su caso, le anticipa su vigencia con nuevo contenido en la medida en que sea una realidad comúnmente aceptada.

En consecuencia, desde la interpretación tópica, el parámetro interpretativo basado en la norma opera como una respuesta a los controles ético-sociales y de la opinión pública a que se hallan sometidos los intérpretes del derecho. Sin embargo, descuida la posición o estatus del intérprete constitucional al no valorar si se actúa como juez, legislador, administrador, abogado o jurista, ni considerar el carácter axiológico o valorativo del quehacer de la interpretación constitucional.

Aquí aparece la argumentación racional político-constitucional como un instrumento que ayuda a delimitar el método tópico incorporando las proposiciones jurídico-políticas del poder constituyente y de una estructura limitada y razonable del poder. Sin embargo, como lo expresa Kriele, si bien la interpretación gana como norma política, el carácter de la Constitución como unidad del ordenamiento jurídico quedaría reducido a una función de servir como puntos de vista orientadores del intérprete, sobre la base de una idea previamente consensuada.¹⁷⁵

De tal forma que la Constitución se convierte, entonces, en orden jurídico fundamental de un proceso libre y abierto, siendo que ella se transforma en un proceso permanente, lo que hace que el derecho constitucional se convierta en el derecho público, abierto, por excelencia. Y más: en la concepción amplia de Häberle, señala que no es sólo del estado, sino que engloba y estructura a la sociedad como un todo –como es el caso de la democrática– no puede hacerlo solamente en una perspectiva pasiva, esto es, ella no puede incorporar estos elementos exclusivamente como objetos; ella necesita incorporarlos, también, de manera activa, en cuanto sujetos a la interpretación constitucional le corresponde convertirse también en un proceso democrático, y como tal debe ser abierto y

¹⁷⁴ *Ibidem.* p. 24 Nota 168

¹⁷⁵ Kriele, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*. 2.a ed. Berlín. Duncker & Humboldt, 1976, p. 24.

público en la medida en que la Constitución es en ese sentido reflejo de la publicidad y de la realidad.

De aquí que los parámetros y los límites de la interpretación constitucional queden normativamente abiertos, pero políticamente estén delimitados por el consenso democrático vigente y en constante transformación que se obtenga entre el Gobierno y la oposición, proceso político en el que las cuestiones constitucionales terminan siendo cuestiones de poder ciudadano. No por ello la interpretación constitucional queda reducida a la fuerza normativa de los hechos cumplidos de los operadores del poder, sino que la actuación del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, debe formular el consenso jurídico latente en el orden social en tanto expresión del consenso político, más no a la inversa.

En ese sentido, la interpretación constitucional consensuada en sociedades heterogéneas y desintegradas, con débiles estados de derecho, debe pasar por incorporar la diversidad de la realidad social en la norma constitucional con una perspectiva temporal que mira al futuro, de manera que sea necesario interpretar dicha norma suprema por medio de las instituciones propias de la sociedad civil, que faciliten la inclusión y la participación de todas las personas.

2.5.3. Interpretación institucional.

La teoría institucional aparece a fines del siglo XIX, en contraposición a las teorías positivistas en boga, a través de las tesis que Maurice Hauriou, Por ello, se ha dicho que la teoría de la constitución "es, después del dominio del positivismo jurídico, el primer intento sistemático de restaurar el pensamiento del orden concreto."¹⁷⁶

Desde la interpretación institucional, como punto de partida, Müller, Friedrich concibe a la Constitución como un material normativo que hay que trabajar, en un sentido concreto y sin desconocer por esto a la realidad social específica. Bajo dicha denominación ubicamos a la corriente interpretativa, que se caracteriza porque busca recuperar el carácter vinculante de la norma constitucional con la realidad constitucional a partir de postular un método de interpretación racional y controlable,

¹⁷⁶ Hauriou, Maurice. *Science sociale traditionnelle*, Paris, Larousse. 1896, p.43

propósito que solo es posible partiendo de buscar la *concretización* de la norma constitucional sobre la base de la realidad constitucional.¹⁷⁷

De este modo, la interpretación constitucional es *concretización*. Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la *realidad* de cuya ordenación se trata como lo expone Hesse, Konrad. En este sentido, la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma.¹⁷⁸

La teoría constitucional no aparece sobre la base de una teoría y un método jurídicos propios, sino en base a la paciente observación y comentario durante la praxis administrativa francesa y a la polémica con las tesis del subjetivismo de Gerber; Laband y Jellinek, así como con el positivismo sociológico de Duguit y el positivismo normativista de Kelsen.

En la medida que para Hauriou el derecho posee una forma y una materia inseparables, la forma es la norma de los actos jurídicos y su materia el contenido de las normas y actos, que se refieren esencialmente a la libertad humana, condicionada por el orden social y la justicia. De ahí que pretender eliminar al Derecho de su medio social y someterlo a la voluntad del legislador, constituye una abdicación a las fuentes de la libertad.¹⁷⁹

Sobre la base de la teoría institucional, Hauriou critica las tesis objetivistas de Kelsen y Duguit, dado el carácter estático y asocial de las mismas. Así, en cuanto al positivismo normativo kelseniano, critica que el Derecho quede reducido a un deber ser normativo, desvinculado de la sociología que ocupa el rol del ser o estar, en ese

¹⁷⁷ Müller, Friedrich *Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas*, Traducción. Luis Villacorta Mancebo, en *Revista Española de Derecho Constitucional* n. 27, 1989; p. 111.

¹⁷⁸ Hesse, K. En las páginas que en su manual dedica a la interpretación de la ley constitucionalmente conforme. *Vid.* K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F.Müller, Heidelberg, 1995, p. 31.

¹⁷⁹ Maurice Hauriou, *Précis Elementaire de Droit Constitutionnel. Décima Edición.* Paris, Librairie du Recueil Sirey. 1930. p.8 ss.

sentido, el estado kelseniano es concebido como Derecho y viceversa, a partir de lo cual la primacía de la libertad es reemplazada por el orden y la autoridad.¹⁸⁰

En cuanto al positivismo sociológico de León Duguit, queda expresado en la búsqueda del fundamento del Derecho, el mismo que no se puede encontrar en el individuo, sino que se puede encontrar en la sociedad. Pero el Derecho no es un poder de la colectividad, tampoco un poder del individuo. El Derecho es una norma objetiva".¹⁸¹

En este sentido, Hauriou expresa divergencias en torno al supuesto realismo del mismo, en la medida que si bien es preocupación de Duguit suprimir el poder como fuente del Derecho, a efectos de evitar que el estado someta al Derecho a su voluntad, termina construyendo un sistema de Derecho sin el concurso del estado, del poder y de la metafísica. Desconociendo, así, que existe una autolimitación subjetiva constitucional del poder, resultado de la creación de instituciones destinadas a impedir los excesos del estado. En esas normas reside la validez del sistema jurídico, que no son reglas estáticas deducidas del Derecho, sine del poder subjetivo de los hombres que crean el Derecho, en un movimiento jurídico hacia la libertad.¹⁸²

El poder si bien nace de las fuerzas subjetivas de los hombres, cuando se juridifica, es decir, se regular en derecho una situación anteriormente no prevista en las normas, se reposa en las instituciones permanentes; por eso, la justificación primera del poder no reposa en la ley sino en la institución "una institución es en primera instancia una forma de establecer la manera de vivir y de actuar". En esa medida, bajo la impresión de Hegel, Hauriou señala que la libertad subjetiva y objetiva se organiza en el estado, a través del gobierno de la representación como elemento de consenso de la unidad espiritual de la nación; elemento de coerción al servicio del poder público.¹⁸³

Sin embargo, consideramos que la legitimidad del gobierno representativo, no se define exclusivamente por el sistema político, sino también en la confianza o

¹⁸⁰ Hans Kelsen, Staat und Recht, en Die Wiener Rechtstheoretische Schule, tomo 1, pp, 149 ss.

¹⁸¹ Léon Duguit, L'État, le droit objectif et la loi positive, Fontemoing, Paris, 1901, pp. 10 ss.

¹⁸² Ibídem. p. 12 Nota 181

¹⁸³ Ibídem, p. 85 Nota 179

legitimidad social y en el ejercicio de la opinión pública, que es un lugar, un medio, una esfera psicológica donde se desarrolla bajo los ojos atentos del país, la lucha de las ideas políticas.

Por ello, en el sistema mexicano, no estamos exentos, de actuar con este criterio, son variados los casos en que se presenta e incluye el modelo institucional para resolver un caso concreto, nos viene la memoria el más reciente de la Francesa Florence Casess, en donde, se aplico el criterio político y la diplomacia entre países, alejándose del príncipe que debe ponderar y privilegiar el marco constitucional: la justicia.

Una nueva forma de entender los problemas jurídico-políticos, en tanto plantea dichas cuestiones en las profundas estructuras de la sociedad. De ahí que se pueda señalar que el pensamiento del orden concreto de los hombres y sus grupos, así como la teoría constitucional de determinada unidad social colectiva, procede y funciona como reflejo y práctica, que se orienta de lo posible, la necesidad y lo real, desde diferentes modos y con diferentes resultados.

En ese sentido, el principal problema del estado constitucional a afrontar, como producto del positivismo jurídico, es tanto el aislamiento de la realidad de la norma, como el divorcio entre la ética y la voluntad de la autoridad; sin embargo, la búsqueda de dar vigencia a la Constitución del estado, mediante la fuerza normativa de la Constitución no se reduce a una tarea de mera coerción y eficacia de la norma, mediante la jurisdicción constitucional, sino de una toma de conciencia de las posibilidades y límites constitucionales, en función de las necesidades y condiciones de la realidad social, económica, técnica, natural, que permita dar respuestas en el marco de los principios y valores constitucionales.

En tal entendido, en la sociedad se van formando instituciones como elementos estables y durables, formando un sistema de equilibrios de poderes y de consensos en torno a las necesidades históricas de libertad y de justicia, que forman la Constitución. Pero la idea de libertad no es solo un derecho subjetivo que subyace en la voluntad individual de las personas, sino también es un derecho objetivo, que reside en el subconsciente colectivo y que encuentra en la Constitución un instrumento de su protección, integración y desarrollo; abierto a la dinámica social, marcada por el proceso de universalización y nacionalización de los derechos humanos, como nos lo marcan las recientes reformas constitucionales llevadas a cabo en el año 2011 en nuestro México.

2.6. Los Principios procesales Constitucionales para el ambito Penal

2.6.1. Principio de seguridad jurídica

Uno de los principales problemas al analizar los principios generales del derecho consiste precisamente en establecer en qué consiste la certeza jurídica y en qué la seguridad jurídica, pues la gran mayoría de los tratadistas conciben bajo la misma idea tales términos, lo que resulta impreciso, ya que aún cuando ambos vocablos tienen su base en los preceptos legales, tienen un rasgo que los distingue.

El principio de seguridad jurídica lo tenemos implementado en nuestro sistema jurídico en el precepto 14, de la Constitución Política del País, en su párrafo segundo, que textualmente dice:

“...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...”

En cuanto a la *certeza jurídica* Terán Mata, citado por Azúa Reyes, en su obra *Los principios Generales del Derecho*, señala que se trata de: una garantía de estabilidad que exige la existencia de reglas eficaces, implica una dirección objetiva de la vida social que excluya criterios subjetivos y arbitrariedades, pues la incertidumbre pugna con la exigencia del orden.¹⁸⁴

En ese aspecto, Azúa Reyes deducimos que define el concepto *certeza jurídica* mismo que consiste en un estado subjetivo del gobernado, que conoce sus posibilidades de actuar, sus limitaciones en la conducta y las consecuencias que el derecho establece, tanto en el caso de actuar dentro de ese ámbito, como en el de traspasarlo.

El autor Azúa Reyes señala que para diferenciar la *certeza* de la seguridad jurídica, señala que en éste último además del conocimiento de la norma, se requiere de la eficacia. Así un individuo se halla en estado de certeza cuándo sabe el contenido de la ley, sabe lo que le es permitido y lo que no, y se halla en estado de seguridad no sólo cuando conoce los preceptos legales, sino cuando puede

¹⁸⁴ Azúa Reyes, Sergio T., *Los principios generales del derecho*, Porrúa, S.A., México, 1986, p. 152.

afirmar que el Estado lo respalda, con la fuerza pública si fuere necesario, y que sus derechos se transformarán en realidades.¹⁸⁵

De lo anterior, podemos decir que el conocimiento de las disposiciones jurídicas que rigen en una sociedad determinada, se traduce en la certeza de la que venimos hablando, en tanto que la eficacia en la aplicación de tales disposiciones, refleja la seguridad jurídica.

En relación a la seguridad jurídica Franz Scholz, citado por García Máynez, señala que dicho término parece haber nacido a mediados del siglo XIX, pero su origen no puede precisarse con rigor. Se desarrolló con la noción de estado de derecho. Desde hace varias décadas dicho término se aplica como algo firme, no sólo en el ámbito de la jurisprudencia y la literatura jurídica, sino en el uso lingüístico de la vida diaria.¹⁸⁶

Por su parte, Enrique Díaz-Aranda identifica la certeza jurídica o seguridad jurídica como “mandato de concreción” o “garantía de taxatividad” y agrega que la certeza presupone el conocimiento seguro y claro de algo, lo que aplicado al derecho penal significa el conocimiento seguro y claro de las normas penales. Por tanto, el legislador está obligado a crear normas jurídicas entendibles para sus destinatarios con el fin de que puedan “evitar” su comisión y para concebirlo debe describir claramente las características de la conducta prohibida, el bien jurídico protegido y la sanción a imponer.¹⁸⁷

Citando a García Máynez en su obra *Filosofía del Derecho*, señala que las dos dimensiones de la *seguridad jurídica*, son: la seguridad de orientación o certeza del orden, se da cuando los destinatarios de las normas de un sistema jurídico tienen un conocimiento adecuado de los contenidos de tales normas y, por ende, están en condiciones de orientar su conducta de acuerdo con ellas y, no hay seguridad cuando nadie sabe a qué atenerse y seguridad de realización o confianza en el orden, respecto de la cual señala que una cosa es conocer los derechos y obligaciones otorgados o impuestas por las normas en vigor, y otra confiar en que

¹⁸⁵ *Ibíd.* p. 153. Nota 184

¹⁸⁶ García Máynez, Eduardo. *Filosofía del derecho*, 8ª. edición, Porrúa, México, 1996, p. 477.

¹⁸⁷ Díaz-Aranda, Enrique, *Derecho penal, parte general, conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social*, Porrúa, México 2003, p. 51.

los primeros serán ejercitados y las segundas habrán de cumplirse, lo que señalamos que se le denomina eficacia.¹⁸⁸

De lo anterior, podemos afirmar que en sus dos dimensiones, *seguridad jurídica* se refiere no sólo al conocimiento de las normas por parte de sus destinatarios (quienes deben cumplirlas), sino también la eficacia del sistema que abarca tales normas, ello a través del cumplimiento de las mismas y de la correcta aplicación de ellas por parte de los órganos del poder público. Por tanto, dicho principio de seguridad jurídica estatuido en nuestra Constitución Política, en su artículo 14, es de suma importancia, pero debe tenerse en cuenta que la realidad jurídica nos ha rebasado, porque la aplicación exegética de la ley en algunos casos, por lo regular difíciles, no resuelve los problemas humanos y ante ello, es viable para el logro del fin del derecho (la justicia), recurrir a otra forma de interpretación.

Así tenemos que Luis Recaséns Siches, admite la importancia que tiene en todo orden jurídico el principio de seguridad y de certeza, pero también refiere que no es el valor primordial hacia el cual se enfoca el derecho, al señalar: *Es verdad que la principal motivación que en la vida humana social incita a la creación del derecho es el deseo de establecer para determinadas relaciones sociales, reputadas de máxima importancia, un orden de relativa certeza y seguridad; el deseo de saber a qué atenerse con alguna certeza respecto de tales relaciones, y de tener la seguridad de que esas normas ciertas serán cumplidas necesariamente, o, por lo menos, aplicadas de modo forzoso, esto es, con impositividad inexorable. Aclara que certeza y seguridad no es el valor supremo hacia el cual se encamina el derecho. Por el contrario, con el derecho se aspira a realizar valores mucho más altos en la jerarquía axiológica, se aspira a cumplir con las exigencias de la justicia y también con las del séquito de otros valores por la justicia implicados.*¹⁸⁹

Tanto certeza como seguridad son principios de relativa importancia tal y como lo afirma Recaséns Siches, pero no son los valores de mayor importancia al que aspira la ciencia jurídica, pues ésta tiende a alcanzar valores más elevados que cumpla con su principal exigencia: *la justicia*. Punto de vista que el suscrito comparte, pues como se verá más ampliamente en el último capítulo de este trabajo,

¹⁸⁸ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, S.A., cuadragésimo tercera edición, 1992, p. 353

¹⁸⁹ Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Porrúa, México, 1956, p. 14.

pueden presentarse casos difíciles en los que el operador del derecho encuentre problemas para la interpretación de una norma jurídica conforme lo ordena el artículo 14, de la General de la República y lo que realmente es justo y evidentemente que debe optar por el fin último del derecho.

Afirma Recaséns Siches en su obra *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, que certeza y seguridad son los valores funcionales que todo derecho realiza por su mera existencia, sea cual fuere su contenido, pero advierte que no debe exagerar dicha observación de sus límites correctos, pues el derecho sólo nos puede dar según dicho tratadista, un relativo grado de certeza y seguridad, un *mínimum indispensable de certeza y seguridad para la vida social*, pues no hay nada absoluto en la vida humana.¹⁹⁰

El valor intrínseco de un orden jurídico no puede hacerse depender simplemente de los actos de obediencia y aplicación de sus preceptos, sino que está condicionado por la rectitud de los últimos, es decir, un orden sólo es valioso cuando realiza eficazmente los valores que le dan sentido. Por eso, afirma García Máynez, que tiene mucha razón Hans Heckel cuando dice: “*El derecho es primariamente, un orden obligatorio de la vida común; más el orden, como tal, todavía no tiene nada qué hacer con la justicia*”, pero añade: “*Que como orden de la vida en común, el derecho tiende hacia la justicia y debe estar a su servicio*”.¹⁹¹

Se advierte que entre seguridad y justicia hay un nexo indivisible y señala que *seguridad* significa un estado jurídico que protege en la más perfecta y eficaz de las normas los bienes de la vida; realiza tal protección de modo imparcial y justo; cuenta con las instituciones necesarias para dicha tutela y goza de la confianza en quienes buscan el derecho, de que éste será justamente aplicado.

Es evidente que la seguridad jurídica se encuentra íntimamente relacionada con el principio de legalidad estipulado en el precepto 16, de la Constitución Política del País, que en su parte conducente dice: *...Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...*

¹⁹⁰ Ibídem. p. 15. Nota 189

¹⁹¹ Ibídem. p. 479. Nota 188.

Por lo que es claro que el principio de seguridad jurídica, como ya se dijo, se encuentra ligado con el de legalidad, pues como más adelante se verá, en la tesis jurisprudencial bajo el rubro: *Garantía de legalidad, que debe entenderse por*, dicho principio es una garantía que forma parte genéricamente de seguridad jurídica; por tanto, resulta necesario asentar lo que debe entenderse por legalidad y como lo define la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2.6.2. Principio de unidad de la Constitución.

La interpretación tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico. Plantea la relación y la interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto de las decisiones fundamentales de la Constitución. Así, se deben identificar los principios fundamentales de la parte dogmática, orgánica y económica de la Constitución.

Todas las normas constitucionales deben ser interpretadas en su conjunto, ellas no constituyen un conjunto de normas amontonadas, el intérprete debe equilibrar las eventuales tensiones entre ellas, debiendo armonizar las diversas disposiciones o enunciados normativos y superar los eventuales espacios de tensión entre normas constitucionales de acuerdo con los valores y principios establecidos en ella. La Constitución constituye, en cuanto unidad, un conjunto con sentido lógico y teleológico, siendo un orden unitario que rige la vida de la sociedad política.

Las constituciones construyen un sistema ordenado y unitario estructurado por el constituyente en forma racional en el que se encuentra distribuidas todas las materias que contiene.

Aquí surge una de las particularidades de la interpretación constitucional que es la imperatividad de considerar a la Constitución como un todo, como un sistema coherente e interrelacionado de principios y reglas estructuradas con visión unitaria, la interpretación sistemática es un mandato del ámbito constitucional a partir de la unidad de la Constitución. Jamás pueden tomarse e interpretarse normas o enunciados normativos aislados o considerados como suficientes en sí mismos.

Todos los enunciados normativos constitucionales están aplicados entre sí y traspasados por una unidad de sentido.

La unidad constitucional implica una unidad que sobrepasa con mucho la pura coherencia formal, ella implica un todo compuesto de enunciados normativos integrados, interrelacionados y complementarios con unidad sustantivo de sentido.

La unidad de la Constitución implica que todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentra en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral a aspectos parciales.

El Tribunal Constitucional mexicano ha asumido plenamente el principio de unidad de la Carta Fundamental, sosteniendo en forma reiterada que la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinadas de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella. La interpretación de la Constitución por el operador jurídico constituye un medio para promover el valor de la considerada en su conjunto.

2.6.3. Principio de concordancia práctica.

Con este principio se pretende optimizar la interpretación de las normas constitucionales entre sí, ya que puede darse una relación de tensión en la práctica de las mismas. Por ejemplo en las relaciones entre el derecho a la intimidad y la libertad de información, o entre los principios de libertad y seguridad. Hay que interpretar la Constitución de tal manera que no se produzca el sacrificio de una norma constitucional en aras de otra norma del mismo rango. La tarea de ponderación de valores o bienes constitucionalmente protegidos es muy importante en la interpretación constitucional.

Postula la coordinación de los distintos bienes jurídicos constitucionales conservando su contenido esencial por medio de la aprobación proporcional de valores o bienes, sin sacrificar a unos por otros. De este modo, se debe respetar el núcleo intangible de cada bien constitucional en conflicto, de manera que no se afecten mutuamente solo en su modo, forma, espacio o tiempo de ejercicio, siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad de la recíproca limitación.

En el caso de tensiones entre principios constitucionales se desarrolla el postulado de concordancia práctica o de armonización desarrollado por Hesse. El postulado de concordancia práctica o armonización impide siempre el sacrificio total

de cualquier principio, derecho o bien constitucional. El principio de armonización o concordancia práctica exige al intérprete el deber de superar las eventuales tensiones entre normas dándole la eficacia y optimización que cada una de ellas tiene en el caso concreto, para lo cual debe atribuir un significado a las normas que no sea contradictorio con otros principios y reglas constitucionales.¹⁹²

Asimismo, exige que el intérprete otorgue a cada precepto una interpretación coherente con las demás principios y reglas constitucionales, dándole a cada uno el máximo de aplicación y fuerza normativa, buscando el mejor equilibrio posible, la mayor optimización posible. Cada una de los enunciados normativos y partes de la Constitución deben entenderse a la luz de todas las demás normas que la integran. Este principio en cuanto tal no dice nada sustantivo, sólo indica una dirección y determina el procedimiento a través del cual debe buscarse la solución constitucional.

2.6.4. Principio de corrección funcional.

Postula que el intérprete respete las competencias de los poderes públicos y organismos estatales sin restringir las funciones constitucionales de alguna de ellas. Así, el legislador no puede regular en concreto para un caso específico, sino de manera abstracta y general porque, de lo contrario, podría invadir la esfera de competencia y actuación concreta del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial.

Se trata con dicho principio de no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del estado diseñados por la Constitución.

La Constitución consagra las decisiones políticas fundamentales del estado, configurando una fórmula y orden político consensuado social y políticamente, como asimismo determinado constitucionalmente, según lo expresa Canosa Usera. Ello implica darle a cada órgano la función y atribuciones que le corresponde y el ámbito de relaciones institucionales diseñado por la Constitución. El intérprete de la Constitución debe facilitar y no obstaculizar o bloquear el desarrollo de las actividades regulares de los órganos mientras estas se mantengan dentro de la fórmula política diseñada por la Carta Fundamental, impidiendo las invasiones

¹⁹² *Ibidem.* p. 47 Nota 156

ilegítimas de unos órganos o autoridades en el ámbito propio de otros de ellos, tratando de alterar el sistema de frenos y contrapesos establecidos.¹⁹³

El intérprete debe favorecer las alternativas que preserven, afiancen y otorguen eficacia y eficiencia al régimen político constitucional y el desarrollo armonioso de sus órganos, como asimismo, debe evitar cualquier interpretación que constituya una perturbación de la estructura orgánica y funcional establecida por la Constitución.

Este postulado se aplica cuando se trata de armonizar mediante la interpretación un conflicto o tensión entre normas orgánicas de la Constitución, vale decir, normas referentes a la organización del estado y de atribución de competencias a los diversos órganos y organismos del mismo. La Carta Fundamental debe asegurar el funcionamiento regular de las instituciones, lo que exige que cada órgano desarrolle sus funciones y atribuciones dentro del marco constitucional y de acuerdo a la forma política y jurídica de estado y gobierno determinada constitucionalmente.

Corresponderá, en último término, al Tribunal Constitucional custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél.

2.6.5. Principio de la función integradora.

La Constitución debe ser un instrumento de agregación y no de desagregación política de la comunidad. En consecuencia el intérprete de la no puede perder de vista en todo conflicto la función integradora de la Constitución. Según el cual toda aplicación práctica de la debe estar dirigida a guardar la unidad política que se propone, esencialmente, esa Constitución.

Smend Rudolf valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico-políticas que promuevan la integración social y la unidad de la Constitución. Con esto se busca afirmar el carácter supremo y pluralista de la Constitución, en la medida en que

¹⁹³ Canosa Usera, Raúl., *“Algunos aspectos problemáticos de la interpretación constitucional”*, Diez años de desarrollo constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Don Luís Sánchez Agesta, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid. núm. 15, monográfico, 1988. p. 280

integra los valores minoritarios con el mayoritario, gracias al entendimiento de que la expresa la diversidad de intereses sociales dentro de la unidad política.¹⁹⁴

2.6.6. Principio de la fuerza normativa de la Constitución.

Aunque la interpretación de la Constitución pueda ser muy flexible, la Constitución es una norma jurídica y no puede acabar perdiendo, por la vía de la interpretación, su fuerza normativa; esto es, el valor que como posee. Según el cual las normas de la Constitución deben aplicarse en el sentido de predecir resultados prácticos, evitando cualquier daño o lesión que pudiesen ocasionar.

Otorga preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia de las normas constitucionales en función de las relaciones sociales y la voluntad de la Constitución.

En esta medida, no por existir disposiciones constitucionales de principio o programáticas la Constitución se hace menos ejecutiva; más bien, en tanto que toda la Constitución es un texto normativo, las normas regla -como las normas principio- deben ser cumplidas de acuerdo con el grado de patriotismo legal y constitucional de los ciudadanos y gobernantes.

Hesse postula que una ley no debe ser declarada inconstitucional y nula cuando por lo menos algunas de sus acepciones puedan ser interpretadas en concordancia con la Constitución. En la medida en que las leyes en un estado democrático gozan de una presunción de constitucionalidad, si una ley es cuestionada de supuesta inconstitucionalidad, esta demanda será desestimada, si es que al interpretarla razonablemente —en sus diversas alternativas— una de sus interpretaciones, al menos, sea conforme a la Constitución. Como quiera que el cometido de la interpretación es hallar el resultado constitucional correcto por medio de un procedimiento racional y controlable, fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable creando, de este modo, certeza, y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, la simple decisión por la decisión, ha dado lugar a que la necesidad y el cometido de la interpretación constitucional institucional hayan quedado configurados por la jurisprudencia constitucional por medio del juicio de ponderación o test de la razonabilidad.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Smend, Rudolf, *Constitución Y Derecho Constitucional*, trad. De Beneyto Pérez José María, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. p. 19 ss.

¹⁹⁵ *Ibidem*. p. 43. Nota 156

En la medida en que los derechos fundamentales se han convertido en un límite tanto de la ley como del ejercicio ilegítimo de otro derecho fundamental, la jurisprudencia constitucional comparada ha identificado tres elementos:

Ahora bien, las técnicas de la interpretación constitucional, como concretización, presentan límites derivados de la política constitucional debido a que quedan sin resolver la posición y la relación de los intérpretes, es decir, del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete constitucional, en relación con el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Al respecto, al legislador democrático le corresponde un papel de conformación jurídica de la ley, en la medida en que goza de la presunción *iuris tantum* de la constitucionalidad de sus actos legislativos. Sin embargo, hay que precisar que es una presunción relativa no absoluta, pues no queda claro cuáles son los límites del Tribunal Constitucional, en su función de control constitucional, sobre la libre configuración política del contenido de la ley por parte del legislador. Asimismo, si bien las sentencias del Tribunal Constitucional gozan de eficacia normativa sobre las resoluciones de la justicia ordinaria en la medida en que tienen atributos de fuerza de ley, cosa juzgada y fuerza vinculante, tampoco quedan esclarecidos los alcances de la justicia del Tribunal Constitucional como órgano supremo competente para revisar los fallos —por el fondo o la forma— en los procesos de orden civil, penal, mercantil, administrativo o militar.

En este sentido, la Constitución ya no solo limita y delimita a los otros poderes públicos, sino que recibe en sí misma las corrientes y el universo de valores del respectivo espíritu de la época. Por ello se convierte en una norma flexible que permite todas las posibilidades. Esto no significa que la interpretación constitucional quede a la deriva de las mutaciones o indeterminaciones de los cambiantes valores sociales de las mayorías sociales transitorias, sobre todo en épocas de crisis; más bien, significa que, atendiendo a las demandas de la realidad, los valores democráticos podrían ser reforzados. Esto, empero, sin llegar a invertir el punto de legitimidad en la realidad existente por el de la norma constitucional y democrática. En ese sentido, cabe analizar las repercusiones de la interpretación constitucional desde una teoría constitucional alternativa, fundada precisamente en la normalidad constitucional antes que en la normatividad constitucional.

A finales de los años setenta un conjunto de autores cuyos trabajos giran en torno al problema del razonamiento jurídico y de la justificación de la decisión judicial. De estos autores, el más conocido para nosotros es sin lugar a dudas

Robert Alexy, quien sostiene que la jurisprudencia y, en particular, la argumentación jurídica versa sobre cuestiones prácticas, pues ambas presuponen corrección de enunciados normativos y, por tanto, ambos son portadores de una pretensión de corrección, de allí que deba considerarse al discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general. El aporte fundamental de Alexy, en relación con la argumentación jurídica, radica en la formulación que lleva a cabo de un sistema de reglas que permita establecer las condiciones de la racionalidad del proceso discursivo en el ámbito judicial, reglas que de ser seguidas permitirían, no encontrar la respuesta correcta, sino discutir problemas práctico-jurídicos de manera racional¹⁹⁶.

2.6.7. Principio de legalidad constitucional.

Gustavo Zagrebelsky señala que este principio, en general, expresa la idea de la ley como un acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior “razón de estado”, ni la inaplicación de parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto -el derecho natural o el derecho tradicional- o de derechos especiales -los privilegios locales o sociales-.¹⁹⁷

Los términos de legalidad y legitimidad son en principio equivalentes o sinónimos.

Así tenemos que el diccionario jurídico mexicano aclara el vocablo *legitimidad señalando que* proviene de “legítimo” que a su vez deriva del latín *legitimus*. El adjetivo latino *legitimus*, en el lenguaje común significa “conforme con las reglas”, “bien construido”. En la literatura jurídica *legitimus* significa: “conforme a derecho”, “justo”, así lo define el diccionario jurídico mexicano.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales. (2007). p.

¹⁹⁷ *Ibíd.* p. 24. Nota 149

¹⁹⁸ *Ibíd.* p.941. Nota 22

El principio de legalidad establece que todo acto de los órganos del estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho en vigor; esto es, el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho.

Para Díaz-Aranda dicho principio de legalidad debe interpretarse en el sentido siguiente: para la autoridad lo no permitido expresamente en la ley está prohibido. Llevando dicho principio al derecho penal significa que el estado no podrá imponer ninguna pena al ciudadano a menos que haya realizado una conducta prevista como delito en una ley anterior a la comisión del hecho.¹⁹⁹

Al tratar del principio de legalidad, debe hacerse alusión a la fórmula latina *nullum crimen nulla sine lege* el cual señala Díaz-Aranda, proviene del pensamiento de Feuerbach quien consideró que el derecho penal debe sustentarse en tres principios fundamentales:²⁰⁰

- a) la imposición de cada pena presupone una ley anterior (*nulla poena sine lege*);
- b) la imposición de una pena está condicionada a la realización de una conducta prohibida (*nulla poena sine crimine*), y
- c) la conducta está prohibida legalmente cuando existe una ley que ordena imponer una pena a quien la realice (*nullum crimen sine poena legali*).

El principio referido con antelación, lo encontramos en la Constitución Política Federal, en el artículo 16, primer párrafo, que ya fue copiado a la letra en párrafos anteriores.

En sí el principio de legalidad se refiere a la aplicación exacta de la ley y nuestro máximo tribunal en el país ha estimado que forma parte del de seguridad jurídica, en la tesis jurisprudencial aislada consultable a página 263, tomo XI, enero de 1993, octava época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, del Semanario Judicial de la Federación, cuyo rubro y texto son del tenor literal siguiente:

“GARANTIA DE LEGALIDAD, QUE DEBE ENTENDERSE POR.” “La Constitución federal, entre las garantías que consagra a favor del gobernado, incluye la de legalidad, la que debe entenderse como la satisfacción que todo acto de autoridad ha de realizarse conforme al texto expreso de la ley, a su espíritu o interpretación jurídica; esta garantía forma parte de la genérica de seguridad jurídica que tiene como finalidad

¹⁹⁹ Ibídem. p. 51. Nota 187

²⁰⁰ Ibídem, p. 57. Nota 187

que, al gobernado se proporcionen los elementos necesarios para que esté en aptitud de defender sus derechos, bien ante la propia autoridad administrativa a través de los recursos, bien ante la autoridad judicial por medio de las acciones que las leyes respectivas establezcan; así, para satisfacer el principio de seguridad jurídica la establece las garantías de audiencia, de fundamentación y motivación, las formalidades del acto autoritario, y las de legalidad”

El principio en comento, se refiere según Orellana Wiarco, a la exacta aplicación de la ley, o sea, lo que la ley prevé como delito y sanción (pena o medida de seguridad) puede ser aplicada al individuo; además debe reunir tres requisitos fundamentales: a) que sea previa, b) escrita y, c) estricta.²⁰¹

Ahora bien, el aludido artículo 14, de nuestra , en su párrafo tercero, nos impone una interpretación auténtica de la ley penal, ya que si determinada conducta no se ajusta exactamente al texto legal, no será considerada delictiva, lo que puede llevarnos en algunos casos, generalmente difíciles a tomar decisiones injustas. Pero ello se debe precisamente al positivismo legalista que impera en nuestro sistema jurídico y por ende, a la concepción mecánica en la aplicación de la ley penal; por lo que pasaremos a analizar dicha corriente para tener una panorámica.

Zagrebelsky especifica que la Constitución tiene una eficacia directa; es decir, que la Constitución no requiere de una ley o de cualquier otro acto jurídico para ser aplicada. Por tanto, será la ley la que deba adecuarse al contenido formal y material de la Constitución.²⁰²

La instauración de procesos específicos para tutelar los derechos fundamentales constituye uno de los objetivos más importantes que la justicia constitucional ha conseguido. Esto se explica porque en los procesos constitucionales se persigue no solo la protección de los derechos fundamentales de las personas, sino también la constitucionalidad del derecho objetivo. De ahí que se haya señalado que dichos procesos deben ser capaces de comprender no solo la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, sino también la tutela objetiva de la Constitución.

²⁰¹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso De Derecho Penal, Parte General*, México, Porrúa, 2000, p. 9

²⁰² *Ibíd.* p. 40. Nota 49.

Por otro lado, la justicia de la libertad está destinada también a la defensa del principio de supremacía de la Constitución, lo cual implica asegurar la propia noción de Constitución. Y esto es así, puesto que sin la efectividad del principio de supremacía las normas constitucionales se descalificarían y se ubicarían en el mismo nivel que ocupan las normas legales ordinarias.

Esto es así por cuanto en la función de control constitucional de los fallos judiciales ordinarios el Tribunal Constitucional no puede separar el derecho fundamental alegado de los hechos que son materia de la controversia formal (tipificación). Es decir, los jueces constitucionales deben realizar un análisis constitucional tanto de la ley aplicable como de los actos procesales impugnados. Por eso, dada la fuerza normativa de la Constitución, el supremo intérprete de esta debe preferir las normas constitucionales sobre una disposición legal o una sentencia judicial, con lo cual cumple con su función de control de la Constitución y con el principio jurídico de la supremacía constitucional del mismo texto constitucional.

Al Tribunal, pues, le corresponde pronunciarse sobre interpretaciones de la legalidad, cuando de estas dependa, de manera directa, la realización del derecho fundamental demandado. De ahí que si bien, como regla general, la tipificación penal y el juicio de subsunción de las conductas a un tipo penal no son ni deberían ser objeto de revisión *-prima facie*, en un proceso constitucional-, esto no es obstáculo para que el Tribunal pueda evaluar y pronunciarse sobre la tipificación penal que el juez ordinario ha realizado. Esto no lo convierte en *cuarta instancia* ni tampoco en una instancia de casación, pero sí en instancia final y de fallo -por el fondo y por la forma- de la justicia de la libertad.

Por ello, entre las dos grandes tendencias interpretativas -hermenéutica e institucional- el Tribunal Constitucional ha optado por una interpretación menos formalista y más sustantiva. En este sentido, en tanto que la teoría institucional se ubica como un estado maduro de la interpretación constitucional en función de los desafíos contemporáneos, el Tribunal viene asumiendo este tipo de interpretación. Es evidente que esta tarea interpretativa en materia del derecho a la libertad debe ser impulsada por el Tribunal para fortalecer el orden constitucional y democrático frente a los delitos de corrupción, terrorismo y narcotráfico, en tanto sus agentes se valen de los derechos fundamentales para evadir a la justicia.

En efecto, manifiesta Ferrajoli que una interpretación hermenéutica por parte del Tribunal Constitucional hubiera significado consagrar la impunidad de los funcionarios comprometidos en delitos de corrupción y narcotráfico, con lo cual se hubiera puesto en cuestión el propio orden constitucional y democrático. Es que en un estado constitucional los derechos fundamentales de las personas no son derechos absolutos sino relativos, en la medida en que existen valores superiores - justicia, libertad, igualdad, entre otros- y principios constitucionales -principio de transparencia, de publicidad y de responsabilidad- que también son bienes del mismo rango que el estado debe tutelar. De suceder lo contrario se estaría admitiendo -como señala Ferrajoli- la existencia de un doble» estado: un estado formal o de fachada, y un estado oculto y paralelo que contradice los principios de legalidad, publicidad, visibilidad, control y responsabilidad de los poderes públicos, propios de un auténtico estado constitucional y de un sistema democrático.²⁰³

2.7. La Interpretación de la ley penal

2.7.1. La Interpretación formal y judicial de la ley penal.

Como ya lo expresamos en el capítulo primero de esta investigación, interpretar es una actividad intelectual por la que se busca y descubre el sentido de la norma con el objeto de aplicarla al caso concreto. Se trata de fijar, de manera estricta, el sentido objetivo del texto legal y no de averiguar el volátil espíritu del legislador. Muñoz Conde indica que interpretar constituye un acto de conocimiento de lo que la norma establece y no, por suerte, lo que el intérprete quiera o estime conveniente.²⁰⁴

El tema de la interpretación de la norma penal tiene importantes ataduras con el de sus fuentes. Más aún si tenemos en cuenta que, por mandato del principio de legalidad, el derecho penal no tiene otro origen o fuente de nacimiento que no sea el de la propia ley. Por eso mismo, consideramos como tarea ineludible del penalista averiguar el sentido y alcances de la ley, para lo cual habrá de tener igualmente

²⁰³ *Ibíd.* p. 37 Nota 75

²⁰⁴ Muñoz Conde, Francisco, Y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia. 1993, p. 111.

presente que no es la interpretación un fin en sí mismo, sino un instrumento para la aplicación de la ley a los casos concretos; los de la vida real, como decía Mezger.²⁰⁵

Actualmente, es predominante el sentir doctrinal que reconoce como indiscutible la necesidad de la interpretación legal. Lejos quedaron ya las discusiones sobre la conveniencia o licitud de interpretar las leyes. Nosotros creemos en su necesidad, en la medida en que interpretar la ley significa averiguar su voluntad para obedecerla. Según Oneca, la interpretación es “el verdadero e integral acatamiento de la ley”.²⁰⁶

La doctrina dominante se inclina por la llamada teoría objetiva de la interpretación consistente, en lo fundamental, en desentrañar el sentido objetivo que tiene la norma en la actualidad. En contraposición a la propuesta anterior, encontramos la denominada teoría subjetiva de la interpretación, referida a la voluntad del legislador histórico. En efecto, Jescheck aclara que no se duda de que en ocasiones, y esto no es poco frecuente, que la ley tenga que aplicarse a situaciones que han sido rebasadas o en su caso inexistente cuya circunstancia no pudo prevenir el legislador. Por ello mismo, buscar una voluntad inexistente resulta poco menos que infructuoso. Pero esto no quiere decir que, de conocerse esa voluntad, en tanto constituye un valioso dato histórico, habría de ser detenidamente considerada la ventaja de su utilización.²⁰⁷

De ahí que podamos deducir que una cosa es simplemente entender el contenido textual de la norma, y otra muy distinta la labor exegética del contenido valorativo de la norma misma. Rodríguez Mourullo manifiesta que lo expuesto con antelación nos lleva a tener en cuenta el viejo aforismo latino *in claris non fit interpretatio* -donde hay claridad no es necesario interpretar- porque toda norma jurídica, incluyendo aquéllas que parecen claras, para poderse aplicar tienen que ser previamente interpretadas. En la práctica, todo orden jurídico funciona merced a la actividad interpretativa.²⁰⁸

²⁰⁵ Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Ricardo Núñez, 2a. ed., México, Cárdenas, 1990, p. 61

²⁰⁶ *Ibidem.* p. 206

²⁰⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. De F. Muñoz Conde y S. Mir Puig, Barcelona, Bosch, 1981, vol. I, p. 211.

²⁰⁸ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 17

La interpretación de la ley penal consiste en el conocimiento del verdadero sentido de la ley buscando que es lo que persigue. Esta modalidad de interpretación de la ley penal es la posibilidad de ir más allá de lo que dice el texto punitivo. El Principio de Legalidad es la valla infranqueable. Por la subjetividad que conlleva muchos se opusieron a la interpretación, sólo las leyes oscuras deben interpretarse y solamente en base a los principios constitucionales.

Así las cosas, queda claro que el objeto de la interpretación es descubrir el espíritu y la voluntad de la ley, no la del legislador. José Luis Moto afirma En términos generales, podemos afirmar que la ley siempre necesita ser interpretada, ya que es indispensable arrancar al lenguaje que se uso para redactarla, su verdadero sentido.²⁰⁹

El maestro Fernando Arilla Bas sostiene que "Interpretar la ley es, en consecuencia, descubrir no la voluntad del legislador, como a veces suele decirse, sino la voluntad propia de la ley".²¹⁰

2.7.2. Criterios de clasificación de la Interpretación penal

El gran reto de la implementación del Nuevo Sistema Procesal Penal es enorme, pues no se trata de una mera reforma procesal, de un cambio circunstancial por la presión social o conveniencia política, al menos así consideramos esta reforma.

Entendido el sistema como un conjunto de partes íntimamente relacionadas que representan una unidad mayor; un cambio del sistema penal implica modificación en las normatividades constitucional, sustantiva y adjetiva en la materia, pero también un cambio institucional y particularmente de aquellos que estarán encargados de hacer funcional el nuevo de justicia penal, desde luego de la sociedad misma.

Es claro que si esta transformación en el *status quo*, zonas de confort y paradigmas, que de manera importante se presentaron en las entidades federativas en materia de justicia para adolescentes, si se hubiera tomado con seriedad por todos los niveles de gobierno, hubiera constituido una solución ampliamente efectiva

²⁰⁹ Moto Salazar, Efraín. *Elementos de Derecho*, 32ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1986, p. 50.

²¹⁰ Arilla Bas, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 172

para llegar a un sistema acusatorio de adultos, sin tantas interrogantes y mitos. La doctrina ha sostenido que la interpretación de la ley se realiza a través de tres criterios: su Origen; su método y, a sus Resultados.

2.7.2.1. Por su origen.

Tomando en cuenta este criterio de clasificación, podemos dividir la interpretación de la ley, en tres rubros: privada, autentica y judicial.

2.7.2.1.1. Privada.

También llamada doctrinal, es producto de los juristas científicos que se hace o expresa a través de sus libros, manuales, monografías, artículos o ensayos científicos sobre lo jurídico. Actualmente, las opiniones de los juristas tiene una destacada y notoria importancia en la medida en que su visión de los problemas jurídicos permite poner solución a delicados conflictos suscitados en la praxis del derecho. En realidad, en este aspecto de la interpretación de la ley, subyace un problema mucho más complejo: la separación entre teoría y práctica del derecho, hecho que hace comprensible la recelosa mirada con la que se observan los miembros de una y otra porción del fenómeno jurídico, los teóricos y los prácticos.

No obstante, creemos que este divorcio carece de sentido ya que, en materia jurídica, las teorías están destinadas a servir a la práctica, y ya se sabe que una práctica carente de científicidad no es más que la pobre expresión del empirismo ramplón y leguleyo.

Definitivamente, la interpretación doctrinal o privada contiene un importante valor orientador que mucho habrá de servir a quienes, por exigencias del principio de legalidad, deben sujetarse a los imperativos normativos, como afirma Jescheck: el contenido político de la ley penal se transforma con la interpretación en la praxis de la aplicación del derecho.

La interpretación doctrinal es la auténtica expresión de la libertad del investigador dado que le permite, independientemente de los intereses hegemónicos o políticos predominantes, señalar con claridad aquellas situaciones legales que se oponen desde la política criminal, tratando de proporcionar una solución acorde con los avances de la dogmática jurídico-penal contemporánea.

Se conoce como interpretación privada por estar en posibilidad de realizarla cualquier persona. Sera doctrinal cuando procede de estudiosos del derecho cuyos

razonamientos poseen capacidad de convencimiento y que han quedado expresados a través de tratados, artículos de revistas, libros, cátedra, etc.

Para algunos autores como Fernando Castellanos esta interpretación "es de gran utilidad, frecuentemente sirve de guía a los juzgadores para normar su criterio".²¹¹

Para otros como Fernando Arilla "en aspecto puramente científico, contribuye plausiblemente a prevenir el divorcio entre la teoría y la práctica"²¹² mientras que en el ámbito jurisdiccional sostiene que la cita de preceptos doctrinarios solo tienen como finalidad la de ilustrar el criterio al que previamente ha llegado el Juez.

2.7.2.1.2. Auténtica.

También se le conoce como legislativa por ser precisamente la que realiza el legislador para precisar o aclarar la significación de la norma jurídica.

Ésta es la dada por la propia ley; bien que sea por otro precepto contenido en el mismo cuerpo legal llamada contextual, o bien por otra ley posterior a la que se trata de interpretar a la que denominamos posterior.

En ocasiones, se formulan normas aclaratorias de otras en el mismo cuerpo legal o bien en una ley diferente alusiva a la que se pretende interpretar; así dependiendo de en cuál de estos dos momentos nos encontremos, la interpretación puede ser Contextual si se efectúa en el mismo texto legal o Posterior si se lleva a cabo en otro ordenamiento legal.

Para Fernando Arilla "la interpretación auténtica, ya sea contextual o posterior, es más bien una norma."²¹³

2.7.2.1.3. Judicial.

Obviamente, es la que realizan los órganos jurisdiccionales en el momento de poner solución a los conflictos que ante ellos han sido planteados, independientemente de que pertenezcan al ámbito municipal, estatal o federal. Por imperativo constitucional contenido en el artículo 21, tenemos por cierto que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial; por ende, corresponde a ésta realizar la interpretación de la ley.

²¹¹ Castellanos Tena, Femando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. 46 Edición, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 85.

²¹² *Ibidem*. p. 172 Nota 210.

²¹³ *Ídem*

Por lo anterior, advertimos la existencia de una franca vinculación entre el juez y la ley. La ley obliga al juez, aunque cuando sus preceptos son flexibles otorga amplios poderes interpretativos a los juzgadores. Es de mencionarse que, en nuestro sistema jurídico, tiene fuerza obligatoria la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siempre que se den cinco resoluciones en el mismo sentido y que no sean interrumpidas por otra en contra.

Se le conoce también como jurisdiccional o forense. Es la que llevan a efecto los juzgadores con el fin de individualizar la norma con justicia. Para lograrlo, toman en cuenta la interpretación legislativa, sí existe, y la doctrinal, si la hay, así como su propio criterio, resultando una interpretación *ecléctica* y por ello, *sui generis*.

2.7.2.2. Por su método.

Con el fin de cumplir con el objetivo propuesto, en este caso averiguar el contenido objetivo de la ley, quien pretende interpretar una norma jurídica debe valerse de todos aquellos datos que le permitan conocer o descubrir el sentido de las leyes. Generalmente se señalan varios caminos o métodos para lograrlo. Estos son: gramatical, histórico, lógico, teleológico y sistemático.

2.7.2.2.1. Histórico.

El derecho es una expresión de la historia de un pueblo, por lo cual se afirma que es un producto histórico cultural. Esto quiere decir que difícilmente ninguna norma jurídica puede ser interpretada si no es partiendo de un análisis contextualizado de su proceso generador y posterior evolución. El intérprete habrá pues de valerse de la especial información que para sus intereses le suministran diversos materiales legislativos como los proyectos de ley, las actas y debates parlamentarios, los argumentos del legislador, las exposiciones de motivos que preceden con frecuencia a toda norma, etcétera. Pero estos materiales habrán de ser tomados con reserva en la medida en que el pensamiento de quienes intervinieron en la preparación de la ley no siempre se corresponde con el de la ley aprobada.

La interpretación histórica nos plantea la cuestión de qué es lo que se pretendía resolver o atender con la creación de la ley, conduciendo de este modo a una interpretación teleológica, de la que nos ocuparemos en seguida. Aquí la norma

debe ser considerada en relación con el momento en que se creó, tomando en cuenta las circunstancias políticas, sociales y económicas de la época.

Graciela Amuchástegui ejemplifica este criterio al comentar que si se quiere interpretar algún concepto como por ejemplo “duelo” como circunstancia atenuante en los delitos de lesiones y homicidio, se deberá partir de la época en que se creó dicha norma y las características de la sociedad en ese periodo.²¹⁴

2.7.2.2.2. Gramatical.

También llamada filológica o literal. Esta interpretación puede integrarse en términos vulgares, jurídicos y técnicos.

La interpretación se lleva a cabo según el sentido gramatical del idioma, con el cuidado de que la ley no de un sentido distinto, por medio de las palabras empleadas, precisando su connotación y significación dentro de la gramática.

Graciela Amuchástegui menciona al respecto lo siguiente: "Una correcta interpretación gramatical llevara a entender por qué el Legislador empleo el término “asechanza” y no “acechanza” (el primero significa usar artificios o engaños para causar perjuicio a alguien, mientras que acechar significa vigilar u observar cautelosamente).²¹⁵

La ley emplea, en su mayor parte, palabras comunes; en menor grado se vale de términos técnicos y, también emplea vocablos de peculiar significación jurídica. Las palabras de la ley se deben entender en su sentido natural y obviamente, según el uso general de las mismas palabras porque, la ley es para el pueblo y, es lógico que el legislador la haya escrito para que sea interpretada por el pueblo con su lenguaje usual; pero, cuando la ley se haya definida expresamente para ciertas materias, se les dará un significado legal.

La interpretación gramatical no es suficiente, ya que las leyes no se deben interpretar de manera excesivamente formalista, sino atendiendo a su voluntad. Sin embargo, por imperativo del principio de legalidad, la interpretación gramatical opera como límite –y en tal medida es necesaria- de otros métodos que la complementan y que no podrán desbordar del tenor literal de los términos legales.

²¹⁴ Amuchástegui Requena, Graciela. *Derecho Penal*. 3ª. Edición. Editorial Oxford. México. 2005, p. 27.

²¹⁵ Ídem.

2.7.2.2.3. Teleológico.

También es llamada interpretación Teleológica o racional, su objeto es desentrañar el verdadero sentido de la norma mismo que se infieren ductivamente tanto de su forma como de su contenido, mediante el análisis del texto legal, el estudio de la exposición de motivos y las actas de los trabajos preparatorios.

Propone conocer la voluntad de la ley con arreglo al fin perseguido. Así, la interpretación teleológica buscar la verdad legislada a la luz de la finalidad de la ley misma, particularmente el bien jurídico por ella tutelado. Para lograr esto se deben analizar ciertos elementos

En tanto que el derecho se propone conseguir determinados fines, la interpretación teleológica resulta de particular importancia. En este método, el intérprete atiende al fin de la norma, siendo necesario para ello determinar previamente el bien que jurídicamente se protege.

El método teleológico, sostiene Jescheck, se esfuerza en poner en relieve los fines y valoraciones rectoras de la ley, para conocer directamente el sentido inherente a un precepto. Lo importante de este método de interpretación no es solamente la cuestión de los bienes jurídicos, cuya protección persigue el legislador, sino también la consideración de los valores ético-sociales de la acción que han sido también tenidos en cuenta decisivamente en la creación del precepto penal. El método teleológico corona el proceso interpretativo porque sólo él conduce directamente a la meta propia de toda interpretación que no es otra que la de poner en relieve los fines y puntos de vista valorativos, de los que se deduce en última instancia de un modo vinculante el sentido legal decisivo.²¹⁶

Quien interpreta tiene en cuenta, en primer término, el hecho social regulado por la norma, en seguida considera las consecuencias que derivan de una determinada interpretación, y luego las acepta o rechaza según se correspondan o no con el fin perseguido por la norma. Esta secuencia metódica que considera la literalidad de la ley, pasando luego por su sistematicidad, hasta llegar al fin de la norma, nos muestra los distintos grados posibles de argumentación propios de la lógica interpretativa.

2.7.2.2.4. Sistemático.

²¹⁶ *Ibidem*. p. 215 Nota 211

El elemento Sistemático deriva de la circunstancia de que las normas jurídicas no viven aisladas unas de otras, sino que vinculadas en si forman un todo, cabe aquí el comentario del maestro Fernando Castellanos quien al respecto dice *el derecho es uno solo y en él hay armonía perfecta*.²¹⁷

Se debe tomar en consideración todo el conjunto de leyes, por sus principios básicos, por su orientación doctrinal y en orientación a todas las disposiciones que se tratan de esclarecer. Por ejemplo: cuando el Código Penal sanciona el delito de incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar, puede resultar útil recurrir al Código familiar para determinar las calidades del ascendiente, descendiente, cónyuge o concubino.

Así las cosas, Muñoz Conde afirma que la interpretación hecha bajo el método denominado sistemático es aquella que busca el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y su relación con otros preceptos, siempre desde la perspectiva de la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico.²¹⁸

Para la mejor comprensión de este medio interpretador, resulta indispensable tener en cuenta que un código y también todo el ordenamiento jurídico debe constituir un sistema. A pesar de que el legislador incurra en contradicciones e ignore el orden sistemático, el intérprete habrá de realizar tal actividad siguiendo un criterio sistemático, sabedor de que conceptos y términos legales no pueden estudiarse aisladamente, sino en estrecha relación con el contexto en que son usados.

2.7.2.3. Por su resultado.

De acuerdo a los resultados a los que se llega, la interpretación puede ser:

2.7.2.3.1. Interpretación declarativa.

Es declarativa cuando se da perfecta correspondencia entre la voluntad y la letra de la ley

En este rubro la ley dice lo mismo que expresan las palabras empeladas. Existe identidad entre el texto literal y la voluntad del legislador. Surge cuando existe una coherencia entre la letra de la ley y la voluntad de la misma; en otras palabras,

²¹⁷ *Ibíd.* p. 85. Nota 211

²¹⁸ *Ibíd.* p. 127 Nota 204

cuando el sentido de la interpretación gramatical coincide con la interpretación teleológica. La interpretación meramente declarativa se resuelve en una exacta coincidencia entre la letra y el espíritu de la ley, sin que el alcance de ésta se amplíe o restrinja. Precisa de entre otros varios significados indeterminados o ambiguos de la expresión, aquél que responde exactamente a la voluntad de la ley. La mayor parte de las disposiciones legales son dóciles a la interpretación declarativa.

2.7.2.3.2. Interpretación extensiva.

Las palabras empleadas en el precepto como lo expone Castellanos Tena expresan menos que la voluntad de la ley. La letra es más restringida que la voluntad legal. (*minus dixit quam voluit*)²¹⁹

Surge cuando se amplía el significado natural de las palabras empleadas, para hacerlas coincidir con la voluntad de la ley. Esto se da porque, pareciera que ciertos supuestos no están incluidos dentro del alcance de la ley, en otras palabras, la ley dice menos de lo que quiere decir. Por ejemplo, cuando el Código Penal, hace referencia a la legítima defensa trata el punto de la necesidad racional del medio empleado, no quiere decir que el medio debe ser igual al que usa el agresor sino que, bajo las circunstancias que se han producido, el comportamiento realizado era la única manera de lograr una efectiva defensa.

Ésta se da cuando el tenor literal quedó rezagado respecto a la voluntad legal, y en este caso hay que atribuir a las palabras un significado que rebasa su más amplia acepción. Esta interpretación amplía el alcance y sentido de la norma, tomando siempre en cuenta la posibilidad real de ampliación que la letra o espíritu de la norma le permita, lo que nunca debe sobrepasar, so pena de dejar de hacer interpretación para caer en terrenos propios de la analogía, de la que nos ocuparemos adelante. Por lo demás, los sistemas jurídico-penales contemporáneos prohíben categóricamente la utilización de la interpretación extensiva cuando con ella se perjudica al reo.

2.7.2.3.3. Interpretación restrictiva.

En esta clasificación se refiere Castellanos Tena a las normas que emplean palabras que dicen más que lo pretendido por el legislador (*potius dixit quam voluit.*) Es decir, la letra va más allá de la voluntad legal.²²⁰

²¹⁹ *Ibidem.* p. 87. Nota 211

Surge cuando la palabra de la ley excede la voluntad de la misma y, por tanto, se debe reconducir. Por ejemplo: el Código Penal, establece sobre sustracción del menor, que la persona actúe mediando relación parental, cuál es esta relación, debemos entonces interpretar en forma restrictiva este concepto.

Cuando la voluntad de la ley es realmente distinta de lo que realmente expresa, se dice que es restrictiva, y en este caso debe atribuirse a los términos gramaticales un significado estricto. Dicho de otra manera, es la que limita el alcance y sentido de la norma en relación con las amplias posibilidades que ofrecía su falta de precisión o su oscuridad.

2.7.2.3.4. Interpretación progresiva.-

También llamada evolutiva. Consiste en adaptar el texto de la ley a las necesidades imperantes. Atiende a los elementos cambiantes de cultura, costumbres y del medio social comprendidos en la ley o supuestos por ella y evolucionando de acuerdo con esos factores.

Atiende a los elementos cambiantes de la cultura, costumbre y de medio social, comprendidos en la ley o supuestos de ella, y evoluciona con ella aún cuando la redacción del precepto permanezca igual. Así las cosas, teniendo en cuenta que la norma aparece en un determinado medio social, sujeto a cambios y a evoluciones continuas, debe adaptarse a las situaciones que se vayan presentando so pena de tener que modificarla a diario; por ello, es misión del intérprete armonizarla acorde a las transformaciones que se vayan presentando en los ámbitos científicos, jurídico y social.

En clara vinculación con el principio dinámico, precisa Rodríguez Mourullo que la interpretación progresiva habrá de adaptar la ley, en cuanto la voluntad objetiva de la misma lo permita, a las necesidades y exigencias cambiantes de cada época.²²¹

²²⁰ *Ibíd.* p. 89. Nota 211.

²²¹ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1978, p. 103.

2.8. Integración de la Ley Penal

2.8.1. Necesidad de integrar la ley.

Cuando un asunto es sometido a la decisión jurisdiccional, y en la norma a aplicar existen lagunas; el juez, obligado legalmente a resolver el conflicto, lo hace a través del uso de las facultades de integración o función integradora, delegada tácitamente por el legislativo. De esta forma el Juez participa más de la Legislación que de la jurisdicción.

La integración de la ley penal es el punto medio entre la aplicación exacta y la arbitrariedad judicial.

Esta función integradora limita el actuar del juez al someterlo a la *ratio legis* de la norma a integrar.

2.8.2. Medios Integradores de la Ley

Son, en términos generales, los siguientes: los Principios Generales del Derecho, la Equidad, la Analogía y la Mayoría de Razón.

Arilla Bas sostiene: "El artículo 14 de la Constitución Federal, veda el uso de los procedimientos integrativos que menciona, analogía y mayoría de razón, para imponer penas, es decir, para incriminar un hecho, de donde se infiere a *contrario sensu* que el juez puede usarlos ilícitamente para excluir la incriminación. El texto constitucional prohíbe la integración *in malam partem*, pero no la *in bonam partem*."²²²

2.8.3. Integración por analogía.

La analogía es un razonamiento problemático que consiste en atribuir a casos no previstos en la ley las mismas consecuencias jurídicas que los previstos; por ser semejantes y concurrir en ambos la misma *ratio legis*; creándose así una nueva norma.

La analogía se ha dividido en *analogía legis* y *analogía a iuris*. A la primera se le conoce como de primer grado, nace de la semejanza entre el caso previsto en la norma y el no previsto en ésta; y, a la segunda nace de la semejanza entre el caso no previsto en ninguna norma y el previsto en una regla, inferida por inducción o deducción, de la *ratio legis* y del sistema jurídico total.

²²² *Ibidem*. p. 174. Nota 210.

2.8.4. Analogía e interpretación analógica.

La interpretación analógica viene a ser en realidad, una forma de interpretación sistemática. Integración por mayoría de razón Viene a ser una especie de analogía iuris, consistente en aplicar a casos no previstos en una norma y semejantes a los previstos, las mismas consecuencias que a los previstos, por representar los no previstos mayor *ratio legis*.

En términos generales, la analogía es la relación de semejanza que existe entre dos cosas distintas. En el ámbito penal consiste en aplicar a un caso no regulado por la ley, pero semejante a los que ella contempla, una norma extraída de la propia ley conocida como *analogía legis* o del ordenamiento jurídico en su conjunto conceptualizado como *analogía iuris*.²²³

La analogía de ley o *analogía legis*, es la que se aplica al caso no previsto en un precepto concreto de una ley, el cual prevé una situación semejante a la que plantea el caso no previsto. Hay analogía de derecho o *analogía iuris*, cuando lo que se aplica es una norma que el propio intérprete crea, deduciéndola del espíritu y del sistema del total ordenamiento punitivo.

La problemática particular que presenta la noción de analogía en derecho penal viene determinada, fundamentalmente, por la añeja discusión sobre la existencia o inexistencia de lagunas en la ley penal. Pero, también, es importante destacar las diferencias entre interpretación analógica, aplicación analógica e interpretación extensiva. Revisaremos a continuación estos aspectos.

Con base en el principio de legalidad reconocido en nuestra Constitución política en su artículo 14, expresado en la máxima latina acuñada por Feuerbach, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, podemos señalar que en la ley penal no existen lagunas. Y no precisamente porque resulte imposible colmarlas, sino justamente por la prescripción constitucional de impedir que, para efectos de fincar responsabilidades penales a un individuo, se acuda a algo distinto a una ley. Burgoa Orihuela, comenta que el artículo constitucional antes referido establece prohibición expresa de imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.²²⁴

²²³ Sáinz Cantero, José Antonio, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Barcelona, Bosch, 1990, p. 363

²²⁴ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 15 ed., México, Porrúa, 1981, especialmente p. 495

Así las cosas, podrá tratarse de un acontecimiento que cause ofensa grave y motivo de alarma a la sociedad, pero si no está regulado jurídico-penalmente, nada podrá imputarse al realizador del acto, que a lo mucho podrá ser una mera conducta desviada, pero no un delito estrictamente hablando.

2.9. Fundamento Constitucional de la interpretación jurídica en materia penal en México.

La forma de interpretar la ley en materia penal, se encuentra dada por nuestra Constitución Política, la cual por así disponerlo ella misma es la norma fundamental a la cual deben sujetarse los demás ordenamientos jurídicos (artículo 133). Ello en atención al principio de supremacía constitucional.

El precepto 14, de la Constitución Política del País, en su párrafo tercero, contiene la forma de interpretar la ley en materia penal, pues establece:

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”

Por su parte, el precepto 8, del Código de Procedimientos Penales en vigor en el Estado de Sinaloa, literalmente dispone:

“Artículo 8. Principio de interpretación conforme a la justicia: Las normas de este Código se interpretarán conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte y a la Política del Estado de Sinaloa. Este Código debe ser interpretado de manera que propicie se haga justicia, se esclarezcan los hechos, se proteja al inocente, se procure que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

De lo anterior se desprende que de acuerdo al principio de la tipicidad, no hay pena si no hay delito y, no hay delito si no están sus elementos en la ley; cada uno de los elementos del tipo señalados en la ley deben cumplimentarse en los hechos probados, sin que sea posible que para sancionar una conducta se aplique una situación similar (analogía), ni un razonamiento comparativo de cualquier índole derivado de una norma.

Del citado texto del párrafo tercero, del artículo 14 constitucional, se advierte que en el ámbito penal, la conducta sólo debe castigarse cuando está prevista como

delictiva en la expresión gramatical de la ley; descartándose métodos interpretativos que pueden ser aceptados en otras materias, verbigracia el analógico. Dicho párrafo, según García Máynez, no contiene una regla de interpretación, sino una norma que prohíbe la aplicación analógica de penas, relativamente a hechos no considerados como delictuosos. En la máxima “Nadie podrá ser castigado sino por los hechos que la ley haya definido como delictuosos, ni con otras penas que las establecidas legalmente”, contiene dos garantías individuales, a saber: no ser penados más que por los hechos previamente definidos por la ley como delitos, garantía criminal (*nullum crimen sine lege poenali*), no ser penado con penas ni en clase ni en medida diversas de las establecidas previamente por la ley para el hecho en cuestión, garantía penal (*nulla poena sine praevia lege poenali*).²²⁵

Como puede desprenderse del numeral en análisis, sólo se considerará delito aquella conducta prevista como tal en la ley, de lo que se deduce que en nuestro país el estado de derecho se encuentra sustentado en el principio de legalidad, lo que conlleva a establecer que el método interpretativo de la norma más recurrido en nuestro Estado lo es precisamente el exegético o literal, y debido a ello, aplicamos la ley penal de una manera mecánica, lo cual como se verá en el capítulo siguiente, no resuelve de manera satisfactoria los problemas humanos y por eso, dicho método ha sido duramente criticado por reconocidos juristas.

Es verdad que la suprema Corte de Justicia de la Nación ha tratado de solucionar los problemas relativos al sentido que debe darse a una norma legal, a través de diversos métodos de interpretación, entre los cuales destaca: el literal, el lógico, el sistemático, el histórico, el teleológico y el genético-teleológico, lo que revela el interés de llevar a la población una mejor impartición de la justicia y el ajustamiento a las modernas corrientes de la materia, como ya se comentó con anterioridad establece Higuera Bernal.²²⁶

Deducimos que a fin de evitar que la aplicación de la ley sea puramente mecánica, muchos Códigos modernos aceptan la institución del *arbitrio judicial*, que le permita al juzgador moverse dentro de cierto margen de libertad y tomar en consideración las circunstancias específicas de cada hecho delictuoso sometido a su

²²⁵ Ibídem. p.379. Nota 188

²²⁶ Higuera Bernal, Gilberto, “*Visión General De La Interpretación Constitucional*”, *Revista Eaquitas*, México, núm. 20, abril de 1994, p. 81.

decisión. Para mayor ilustración de lo dicho, en cuanto al sentido que debe darse a la norma legal, es pertinente transcribir el criterio jurisprudencial consultable a página 117, tomo VII, novena época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto son del tenor literal siguiente:

“...interpretación de la constitución, ante la oscuridad o insuficiencia de su letra debe acudir a los mecanismos que permitan conocer los valores o instituciones que se pretendieron salvaguardar por el constituyente o por el poder revisor. El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que generaron determinada enmienda al Código Político, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de la , ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico...”

Es innegable la gran importancia que tienen los principios de seguridad jurídica y legalidad implementados en nuestra Constitución Política General en sus artículos 14 y 16, respectivamente; y este último principio también se encuentra contemplado en el Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de Sinaloa, en su precepto 8; sin embargo, considero que no debemos abusar de los mismos, pues como ya se vio en este capítulo tales principios no constituyen el fin último de la ciencia jurídica -la justicia-, sino que son medios para la consecución del mismo, siendo los valores reconocidos por el sistema jurídico, los que le dan sentido al orden jurídico.

Los principios analizados evidentemente que inspiran a derecho positivo; empero, en modo alguno podemos hacer de lado los valores que, de una u otra manera se encuentran reconocidos por nuestro sistema jurídico; valores que encuentran su razón de ser en el iusnaturalismo.

2.9.1. El paradigma sobre la nueva propuesta de interpretación penal.

Ya en la década de los años setenta se llegaba relativamente a pensar que la analogía es una forma de interpretación, entendida esta como el procedimiento habitual de discusión de lógica jurídica, que es utilizado en el derecho penal de la misma manera que en todo el derecho y no solo en buena parte, aunque cabe distinguirlo de la creación de la ley.

En nuestro medio, Esteban Righi indica que “es habitual que la aplicación de la ley no se agote en la mera subsunción, pues toda norma requiere de interpretación” pero agrega avanzando muchos más allá, considerando que se trata de un proceso creativo.²²⁷

Lo anterior, nos indica que la concreción de la ley no siempre es un “mero” acto de aplicación, es decir de sujeción objetiva, natural, neutra y mecánica de un hecho bajo el enunciado literal de un tipo penal. Si eso es así, el interrogante consiguiente gira en torno al modo o método por el cual el juez identifica la tipicidad del comportamiento juzgado, circunstancia, que haría el derecho penal una tarea puramente mecanicista.

Por otra parte, es una toma de posición sobre la naturaleza y sentido de la interpretación. Así, para un sector de la doctrina jurídica, solo cabe interpretar cuando se está ante una situación concreta de duda. De esa forma se distingue entre interpretación y comprensión. Hoy la doctrina admite, por el contrario, que la interpretación resulta un procedimiento habitual y necesario para la aplicación de la ley, de manera que la situación de duda, resulta inmanente al mismo proceso interpretativo y no una condición para su ejercicio.

En conclusión, quizás la más audaz de sus afirmaciones: la interpretación es una actividad “creativa”. Esta aseveración entraría en colisión, al menos tomadas en su sentido literal, con las exigencias sociales, políticas y jurídicas de la legalidad penal, que impiden a los jueces crear –propriadamente hablando- derecho. Vale entonces interrogarse cuál es el sentido de creación normativa que cabe asignar a la interpretación penal de cara a las exigencias del principio de legalidad.

²²⁷ Esteban Righi, “*Derecho Penal*”, *Parte General*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, p.75.

Las tres afirmaciones, de todos modos, suponen el abandono de aquella idea de Beccaria de que los jueces no pueden interpretar la ley pues de ser así, despojarían al legislador de su competencia, creando en ese proceso derecho, que desde la perspectiva política y penal les está totalmente vedado. Estas consideraciones, sin embargo, no son algo extraño en el análisis de la ciencia penal contemporánea desde Jescheck a Hassemer, pasando por Bacigalupo, Sancinetti, a Jakobs. Es importante entonces situar la relación entre interpretación y legalidad dentro del contexto de cambios que se han suscitado en las últimas décadas respecto del paradigma ilustrado, para identificar las características de legitimación del proceso de aplicación de la ley penal en este estadio de nuestra cultura jurídica.

La legitimidad de la ley surgía de su propia legalidad, pues no había posibilidad de confrontarla con otra instancia que tuviera igual validez. En esa comprensión, el derecho se redujo a la ley y ésta a la ley positiva, es decir, aquella que expresaba la voluntad del legislador a través de un enunciado aclara Sergio Moccia. El estado de Derecho fue así un estado legalista en sus inicios históricos y la división de poderes o competencias reclamó que la ley fuera un producto que saliera acabado de las manos del legislador, sin que pudiera existir o justificar una comprensión particular en la instancia de aplicación judicial. En ese orden, la interpretación estaba prohibida por cuestiones políticas, jurídicas y hasta científicas.²²⁸

Robert Alexy manifiesta que este paradigma cultural, sin embargo, ha entrado en crisis hace ya unas cuantas décadas y, en especial, en los años que siguieron a la finalización de la segunda guerra.²²⁹

Desde entonces no han dejado de desarrollarse una serie de modificaciones que han alterado intensamente la autocomprensión del sistema legal, como bien lo expone Habermas.²³⁰

Obviamente, esta situación se vive de una manera particular en el área del derecho penal, donde el principio de legalidad: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pareció en sus orígenes encontrar en la consideración formal el modo más propicio

²²⁸ Sergio Moccia, *“La Promessa Non Mantenuta”*, Edizioni Scinetifiche Italiane, Napoli, 2000, p.17.

²²⁹ Robert Alexy, *“El Concepto Y La Validez Del Derecho”*, Gedisa, Barcelona, 1997, p.17.

²³⁰ Habermas, *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta. 1998, Cap.VI. p.

para sus fines garantistas y político criminales, como lo expone Wolfgang Naucke. Sin embargo, la modificación de la comprensión política y jurídica del estado de Derecho, sobre todo al asumir un “contenido” social –estado social de derecho– exigió al mismo tiempo una nueva visión del tema.²³¹

En nuestros días, la legalidad no es admitida solo como expresión de mera formalidad sino que reclama la congruencia con ciertos contenidos. La legitimidad no viene dada por el solo respeto a las formas o procesos de formulación normativa – aunque expresen la voluntad del legislador– sino que deben asumir un elenco de principios, valores y estándares que expresan la configuración de la sociedad.

Así lo ha considerado Habermas al indicar que en la nueva visión de la legitimidad jurídico y política se exige que las decisiones colectivamente vinculantes del poder estatal organizado a que el derecho ha de recurrir para el cumplimiento de sus propias funciones, no solo se revistan de la forma del derecho, sino que a su vez se legitimen ateniéndose al derecho legítimamente establecido. No es la forma jurídica como tal la que legitima el ejercicio de la dominación política, sino sólo la vinculación al derecho legítimamente estatuido. Repárese, de todos modos, que los planteos de Habermas no remiten a una consideración clásica de razón práctica sino que elabora su perspectiva desde la denominada *razón comunicativa* cuyo contenido es relativo ya que *no da ningún contenido determinado para la solución de tareas prácticas*.

En buena medida, la norma es la fuente de esos aspectos a los que ha de someterse la reflexión jurídica sobre la legalidad y pertinencia de la ley. Además del principio de legalidad se suma pues la exigencia de constitucionalidad. El contenido material de la legalidad se une así a la formalidad procedimental como instancia definitoria.

Dentro de ese contexto, la interpretación opera como una instancia normal en el momento de aplicación de la norma y otorga a la jurisdicción una verdadera cuota de poder, diferenciado de las otras funciones del estado. Esto es resaltado por Lampe, al indicar que junto al principio formal de legalidad, debe sentarse en el Código penal, un concepto material del hecho punible, esto es, un principio material del injusto, que impone auto-obligaciones al legislador aunque, en definitiva, será en la instancia de aplicación donde el juez valiéndose de principios constitucionales y

²³¹ Wolfgang Naucke, “*Derecho Penal*”, Astrea, Buenos Aires, 2006, p.102.

de criterios dogmáticos trabajara al menos con un concepto material de hecho punible con una función negativa, es decir, como instrumento limitador de la punibilidad. La legalidad entonces reconoce en la interpretación un momento que forma parte de la positivización del enunciado originariamente escrito por el legislador. De allí que el principio de legalidad penal enfrente un desafío nuevo, en tanto las exigencias de ley “escrita” y “estricta” implican para la jurisdicción algo diverso a lo imaginado –y pretendido- por la tradición ilustrada según lo señala Lampe. De alguna manera dicha circunstancia un tanto dogmatica cerrada, diríamos ha sido un impedimento para el desarrollo del derecho penal.²³²

Se puede hablar entonces de una crisis de la legalidad ilustrada en varios sentidos. En lo que aquí interesa, sin embargo, solo se hará mención a algunas cuestiones surgidas de la interpretación operativa –la del momento de aplicación- de la ley penal. Y esto, sobre todo, atendiendo a las tensiones entre enunciado e interpretación, que envuelve el problema del tenor literal de la norma y la voluntad del legislador.

2.9.2. La necesidad de interpretar la ley penal.

En tanto la ley penal parte de la redacción de un enunciado, la transmisión de sentido es diferente a la de la palabra hablada. El texto cobra una mayor independencia respecto de su autor y permite del receptor una consideración más abierta, quizás por la debilidad contextual en la que se encuentra. Ricoeur afirma que mientras que el habla puede ser acompañada con gestos, referencias, sobre entendidos marcados por la situación; el texto carece de esos marcadores de significados propios del diálogo directo. De esa forma parece lógico que el enunciado reclame una aproximación diversa a la del discurso proferido oralmente.²³³

Como el enunciado del que trata la legalidad penal es expresado bajo la forma de un tipo, la interpretación que exige, va más allá de una pura consideración lingüística, aunque ésta sea la base o fuente del análisis. El tipo es un instrumento que permite clasificar a través de la identificación de un contenido determinado. Ese

²³² Lampe, Ernst-Joachim, “*La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*”, Perú, Grijley. 2003, p. 332.

²³³ Ricoeur, P., “*Del Texto A La Acción. Ensayos De Hermenéutica*”, Fondo de Cultura, México, 2001, p.67

componente aparece en una multiplicidad casi inabarcable de comportamientos o situaciones imaginables que por lo tanto son en el orden empírico diferentes en su concreción pero que realizan, desde un cierto punto de vista, un elemento común, como lo señala Vallet De Goytisolo. El tipo sirve pues para expresar en abstracto el núcleo de significado –normativo- compartido por esa multitud de situaciones hipotéticas asumida por el legislador penal como *ratio iuris*.²³⁴

Como instrumento, el tipo ofrece la posibilidad de contener una expresión de significado jurídico que es participado en distinto grado y formas por las exteriorizaciones humanas. Por eso su expresión de sentido encuentra contornos más definidos a través del uso de conceptos. Sin embargo, el concepto como tal no puede ser considerado sin referencia al tipo donde se encuentra integrado. De esa forma, en la interpretación del enunciado legal, tipo y concepto o conceptos se complementan necesariamente.

En consecuencia, en la legislación punitiva, no hay tipos penales sin conceptos, ni conceptos que puedan interpretarse aisladamente, sin su referencia al tipo en el que se integran. Los conceptos proveen al tipo su significación comunicativa básico, mientras que el tipo en si da el sentido último –jurídico- al enunciado formado por conceptos. Así, la interpretación de los conceptos jurídicos reclama siempre la comprensión del tipo penal. Detrás de esos conceptos, dice Kaufmann, hay un tipo a tomar en cuenta. Vale pues la afirmación de que “los conceptos sin tipos son vacíos; los tipos sin conceptos son ciegos”.²³⁵

La formulación de tipos dentro de la Política Criminal es lo que posibilita las funciones de la legislación punitiva. Señala Hart que esa instancia clasificadora permite comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas. De allí que las leyes tengan que referirse en forma especial, aunque no exclusiva, a clases de personas y a clases de actos, cosas y circunstancias; y su funcionamiento eficaz sobre vastas áreas de la vida social depende de que haya una capacidad ampliamente difundida

²³⁴ De Goytisolo, Juan Vallet, *Metodología de la determinación del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p.121.

²³⁵ Kaufmann, Arthur. *Analogía y Naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1976, p.71.

para ver en los actos, cosas y circunstancias particulares, ejemplos de las clasificaciones generales que el derecho efectúa.²³⁶

De esa forma, la interpretación se constituye en una operación necesaria en la etapa de la adecuación –subsunción-, es decir, en el momento de sujetar el hecho a la consideración típica. A diferencia de lo pretendido por Beccaria, el juez no puede aplicar la ley sin interpretarla. Considera que solo debe hablarse de verdadera interpretación cuando el enunciado ofrece dudas; en caso contrario dice, el juez se enfrentaría a una situación de claridad que no exige ningún proceso diferente al de la mera comprensión del texto.

A pesar de esta afirmación, Wroblewski reconoce que identificar la situación como clara o dudosa, no puede hacerse en abstracto, sino siempre de cara al caso concreto. Así, parece que la cuestión pasa por definir propiamente a que se denomina interpretación, es decir, cual es su naturaleza. Para el polaco, debe distinguirse en la consideración de los enunciados legales entre un *sentido sensu largo* y otro *stricto sensu* o propio. El primero –es decir en sentido amplio- expresa en realidad “la comprensión de cualquier signo lingüístico”, su entendimiento de acuerdo a las reglas de sentido del lenguaje al que pertenece. En este caso, la interpretación aparece como sinónimo de comprensión, pues se usa como proceso para entender lo que se dice comunicativamente. Por el contrario, en sentido estricto se habla de interpretación solo para referirse a “la determinación de un significado de una expresión lingüística, cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación”.²³⁷

La postura de Wroblewski no parece totalmente satisfactoria frente al lenguaje jurídico, pues si bien los textos en general pueden ser analizados en abstracto, los enunciados normativos exigen en la instancia de aplicación su puesta en relación con el significado normativo de la situación. Como la duda o la claridad es solo consecuencia del caso concreto, parece evidente que siempre resulta operativo interpretar el enunciado. En ese orden, la claridad en la comprensión permite la aplicación inmediata o directa del enunciado al caso merced a la interpretación que

²³⁶ Hart, H. L. (1961). El concepto de Derecho. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1961; p.155.

²³⁷ Wroblewski, Jerzy. *Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madrid, Civitas. 1985. p. 24

ha definido la situación como un acceso inmediato al significado en relación con el hecho.

En consecuencia, la instancia de comprensión del texto a partir de la cual se define la situación de duda o claridad ya forma parte del proceso de interpretación, pues solo en esa instancia es posible llegar al “significado” de la disposición. Si se entiende que interpretar es atribuir sentido al enunciado legal, resulta congruente sostener la idea de que el juez siempre debe valerse de ese procedimiento.

Por eso señala Larenz que sería un error aceptar que los textos jurídicos sólo necesitan interpretación cuando aparecen especialmente “oscuros”, “poco claros” o “contradictorios”; más bien todos los textos jurídicos, en principio, son susceptibles de y necesitan interpretación. Su necesidad de interpretación sin embargo, no es un “defecto”, que pudiera definitivamente remediarse por medio de una redacción precisa en lo posible, sino que seguirá existiendo mientras las leyes, sentencias judiciales, autos, e incluso contratos, no hayan de ser redactados exclusivamente en un lenguaje simbolizado de signos.²³⁸

Interpretar pues es atribuir significado a los hechos, los conceptos y el tipo en el que se encuentran integrados. La puesta en relación de las situaciones cuya existencia real ha sido probada, con las normas que las regulan, solo es factible a través del significado que cabe otorgarles.

Prácticamente todos los conceptos jurídicos –incluidos los descriptivos- dice Kaufmann, son conceptos análogos, porque ellos no expresan jamás solamente algo observable, sino también alguna significación jurídica que trasciende lo meramente sensorial.²³⁹

Esto fue observado ya por Welzel en sus escritos filosóficos, cuando indicaba que todos los conceptos típicos penales, incluso los descriptivos, como matar, herir o perjudicar no son conceptos causales de lesiones de bienes jurídicos, sino conceptos de relaciones de significados sociales, es decir, conceptos cuyo sentido se configura partiendo de su función en la totalidad social. De esa forma, matar, herir, perjudicar no son puras comprobaciones sino que se constituyen en elementos del tipo penal cuando se considera su significado social. Y por lo tanto, el juzgado,

²³⁸ *Ibidem.* p.25 Nota 170.

²³⁹ *Ibidem.* p.72. Nota 235

puede realizar una tarea interpretativa y desprenderse del sentido pragmático legal.²⁴⁰

En consecuencia, puede decirse que el objeto de la interpretación es el texto legal como “portador” del sentido en él depositado, de cuya comprensión se trata en ese proceso operativo. Este, por lo demás, implica siempre la concretización del enunciado en tanto adquiere su determinación última en la instancia de aplicación frente al hecho. En definitiva, además de la comprensión de las expresiones lingüísticas, la interpretación trata del sentido normativo que les corresponde.

En ese orden explica Larenz “que el intérprete se orienta, por cierto, por el sentido evidente de la norma; pero ésta adquiere su determinación última sólo por medio de la interpretación, dicho de otro modo: que la aplicación de la ley sólo es posible en un proceso continuado de concretización”. Interpretar es un hacer mediador por el que el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático. Interpretar un texto quiere decir, por tanto, decidirse por una entre muchas posibles interpretaciones.²⁴¹

Por eso señala Larenz que sería un error aceptar que los conceptos jurídicos sólo necesitan interpretación cuando aparecen especialmente oscuros, poco claros o contradictorios; más bien todos los conceptos jurídicos, en principio, son susceptibles de interpretación, necesitan interpretación. Su necesidad de interpretación sin embargo, no es un defecto, que pudiera definitivamente remediarse por medio de una redacción precisa en lo posible, sino que seguirá existiendo mientras las leyes, sentencias judiciales, autos, e incluso contratos, no hayan de ser redactados exclusivamente en un lenguaje simbolizado de signos.

2.9.3. Neopositivismo penal: Interpretar la ley o al legislador.

En principio no debiera existir el dilema planteado en este título, en tanto el legislador expresa a través del enunciado su *voluntad* que, en el orden del tipo, es la valoración de los comportamientos y situaciones como contrarios a las normas primarias. Dicho de otro modo, la ley debiera decir aquello que el legislador manifiesta. Sin embargo, como quedó expresado más arriba, no es extraño encontrarse frente a problemas donde no resulta evidente determinar la finalidad de

²⁴⁰ Welzel, Hans, Derecho Penal. Parte General, (trad.) Carlos Fontán Balestra/Eduardo Friker Buenos Aires, Roque de Palma Editor. 1956. p.76.

²⁴¹ *Ibidem*. p.192. Nota 170

la ley; al menos en un número de casos cuyos contornos normativos son difuminados. Ciertamente que en nuestro tiempo pareciera que esa dificultad es una constante y que por lo tanto la labor judicial se aproxima demasiado a una tarea de “creación” de derecho contraria en principio a la legalidad penal.

Parece importante entonces rescatar la capacidad comunicativa habitual de los enunciados pero, al mismo tiempo, reconocer que la interpretación no siempre se encuentra con expresiones que determinan de manera inmediata el significado de la ley. Es más, en tanto el propio legislador se vale de conceptos abiertos, valorativos, normativos y situaciones complejas, la función interpretativa se hace más exigente y reclama la aplicación de estándares metodológicos donde parecen en pugna la psiquis del legislador histórico y la objetiva teleología del enunciado.

La hermenéutica ha señalado que el enunciado cobra cierta independencia respecto del autor en tanto el receptor puede interpretarlo de una forma distinta. Hay una “apertura” en punto al significado -que ya vimos no es absoluta- que se verifica atendiendo al concepto en sí mismo pero, sobre todo, en su relación de sentido una vez integrado al tipo penal.

Esta situación, que no ofrece problemas políticos o incluso morales en el análisis de textos literarios, en el campo de los enunciados jurídicos no puede ser de recibo sin atender a las peculiaridades de la cuestión. Como lo estipula Naucke que todo autor de un texto normativo está investido de una potestad y competencia que es decisiva a la hora de analizar el tema. El legislador tiene una legitimidad diferente a la de la jurisdicción y, en el estado de derecho, esto significa también una cierta sujeción propia de la distinción entre las funciones del poder. Inclusive, en muchas ocasiones, sin el menor conocimiento de la tarea legislativa, se maneja con un fin político, más que jurídico.²⁴²

Por lo tanto, el juez no tiene libertad plena para decidir el significado del enunciado y esto implica que el texto siempre guarda algún tipo de vínculo exigible con quien lo ha elaborado, en este caso el legislador.

Se trata pues de la sujeción del juez a la instancia normativa predeterminada. El problema es discernir si esa instancia aparece constituida por la efectiva voluntad del legislador o si ésta, en realidad, no evoca una psiquis histórica concreta sino una

²⁴² Naucke, Wolfgang. *La insostenible situación de derecho penal*. en Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Estudios de derecho penal, España. Editorial Comares, pp. 534 y 535.

relación de sentido alcanzada a través del texto como objeto de interpretación judicial.

En esa línea, la Corte Suprema ha sostenido que “la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador”. Sin embargo, “la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley”, pues así como “los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió”, las leyes “deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico”.

En ese punto, Schünemann recuerda que en todas las democracias en las que los jueces no poseen una “legitimación democrática directa”, la pregunta por el carácter científico de la interpretación legal envuelve la pregunta por la existencia de una jerarquía y un orden en los métodos de la interpretación. Nuestra Corte Suprema de Justicia asume esta situación en torno a las potestades políticas de cada órgano de poder y por eso afirma que “la ingente misión que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces debe cumplirse sin arbitrariedades y no llega hasta la facultad de instituir la ley misma.”²⁴³

Es evidente que la teoría “objetiva” de la interpretación no sólo sostiene que la ley, una vez promulgada, lo mismo que cualquier palabra hablada o escrita, puede adoptar para otros un significado en el que su autor no había pensado sino que, además de ello, afirma que el jurídicamente decisivo no es el significado tenido en cuenta por el autor, sino el significado “objetivo”, inmanente a la ley, que ha de ser averiguado con independencia de aquél.

Parece claro entonces que no se trata en la interpretación jurídica de un mero estudio de materiales históricos y opiniones individuales de sujetos concretos revestidos de la potestad legislativa. Por el contrario, la exégesis en la instancia de aplicación de la ley busca desentrañar las finalidades perseguidas como expresión política –en nuestro caso, político criminal-.

De hecho aún las opiniones individuales de los legisladores no se ven reflejadas necesariamente en el texto finalmente promulgado. La expresión final del “legislador” es una voluntad objetiva, que solo guarda una relación limitada o relativa

²⁴³ Schünemann, Bernd. *La interpretación de la ley en la intersección de la filosofía del lenguaje, la Constitución y la metodología jurídica*. Publicado en el tomo I de la *Festschrift für Ulrich Klug*, Berlin. Ed. Günther Colman, editorial Dr. Meter Deubner Verlag GmbH, Köln 1983, p. 169.

con las voluntades concretas de quienes aportaron con su investidura política a la construcción de un enunciado legal. En éste se encuentra integrada una finalidad que se hace comprensible a través de lo que el texto “dice” al receptor jurídico encargado de su aplicación.

La significación de la teoría objetiva es que una ley, tan pronto es aplicada, despliega una efectividad peculiar a ella, que va más allá de lo que el legislador – sobre tomado en sentido individual o como psiquis particular- había imaginado en concreto. Hart, precisa que este modelo interpretativo se aplica a relaciones y contextos cambiantes que el legislador histórico –real- no podía tener presente. La ley ha de dar respuesta entonces a cuestiones que el propio autor no se había representado más que en su significado normativo abstracto de contrariedad al derecho.²⁴⁴

Entendemos que expone de manera ilustrativa que la única chance de una actividad mecánica es la exclusión de la multiplicidad efectiva de las situaciones reales. Un mundo en definitiva, diverso al que efectivamente habitamos. De donde deducimos que si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica “mecánica”

Sin embargo, esa intención reguladora lleva como dice Larenz, decisiones valorativas que deben ser asumidas por el aplicador, en la medida que se pretenda seguir hablando de interpretación y no de intromisión. De lo contrario, señala Larenz “...la vinculación constitucional del juez a la ley, que significa la preeminencia del poder legislativo sobre los otros poderes” en el proceso de creación del derecho, lo que no excluye la cooperación del poder judicial en este proceso, no tendría entonces significado. La interpretación teleológica quiere decir interpretación de acuerdo con los fines comprensibles e ideas fundamentales de una regulación.²⁴⁵

²⁴⁴ *Ibíd.* p.160. Nota 157

²⁴⁵ *Ibíd.* p.314. Nota 170

Se entiende entonces que la Corte Suprema explique que si bien la primera fuente de inteligencia de la ley es su letra, “la misión judicial no se agota en ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de las normas, todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Política”

Según Bacigalupo, el juez está vinculado a valoraciones político legales previas que influyen claramente en el momento de la interpretación. La discusión entre la teoría subjetiva, que busca su legitimidad en la voluntad del legislador y la teoría objetiva, que se sostiene sobre el sentido propio de la ley, solo puede ser saldada a partir de los principios que regulan al juez en su tarea.²⁴⁶.

En el centro de este debate entonces, parece manifiesto que la ley penal a través de su enunciado, brinda el punto de partida y el límite extremo de la disponibilidad judicial. Dentro de ese campo, que no es tan estrecho como aparentaba serlo en el origen de la tradición dogmática penal, el juez se mueve merced a criterios interpretativos, reglas de imputación y conceptos emergentes de la dogmática, que encuentran su verdadero límite en los principios materiales del orden constitucional, político, social y ético.

En ese sentido, Günther Jakobs explica que el principio de sujeción del juez a la ley, forma parte de esas normas cuya interpretación puede llegar a complicarse hasta el punto de que o fracasan en la práctica o la práctica fracasa en ellas. Desde la práctica ha de decirse entonces que exigir un máximo de taxatividad, es decir, exige que las leyes penales contengan, en la descripción de los comportamientos prohibidos penalmente y sujetos a una sanción, solamente términos descriptivos y que dichos términos sean lo más precisos que sea posible, de tal forma que la vaguedad que afecta a todos los conceptos generales, incluidos los empíricos, sea mínima, que no se preste a confusión, o esta sea lo menor posible.²⁴⁷

Si se pretende que el principio imponga una máxima determinación, en realidad degenerará en una simple idea rectora sin vinculación definitoria en el caso concreto. La eficacia del principio reside en realidad, según Jakobs en su aptitud crítica frente a la praxis pero sin entrar en una puesta en crisis global o genérica.

²⁴⁶ Enrique Bacigalupo, “Principios constitucionales”, Buenos Aires, Hammurabi p.75 y ss.

²⁴⁷ Jakobs, Günther; *Derecho Penal*; Madrid; Marcial Pons; 1995; p. 94 y ss.

Esto supone que el reclamo de taxatividad debe adecuarse a las distintas áreas del derecho penal, pues no puede mostrarse con igual rigor en toda su extensión. Debería hablarse pues de un estándar que regirá en cierto modo en la Parte especial y será más complejo de definir en lo correspondiente a la parte general de la imputación.²⁴⁸

Esta comprobación ha puesto en crisis la idea ilustrada de que la aplicación de la ley se rige a través de un mecanismo de precisión y certeza que concluye con un resultado seguro, sujeto a verificación sobre bases empíricas y predecible en tanto se aplique una observación atenta a la letra de la ley y la exteriorización de los hechos traídos a examen jurisdiccional.

La modificación que sufre la consideración de este proceso de subsunción alcanza también al significado real de la prohibición de analogía que contempla el principio de legalidad. Así como el juez para Beccaria no puede interpretar; para la legalidad formal, la analogía significa una instancia de comprensión prohibida, en tanto remite a juicios de sentido y valor de los enunciados excluidos de la potestad jurisdiccional. Sin embargo, en la medida que se acepte o reconozca que los hechos son múltiples y los enunciados expresan un significado jurídico que debe ser hallado en esos sucesos, solo “tipificables” en cuanto tienen en común –como semejanza, es decir, analogía- una manifestación de sentido jurídico –ratio iuris-, la analogía se convierte en una instancia natural del proceso de aplicación de la ley a los hechos.²⁴⁹

2.9.4. Hacía una nueva cultura penal.

El recorrido efectuado hasta aquí, aunque breve, pone sin embargo en evidencia que existe una “nueva cultura penal” que se expresa, en lo que aquí interesa, sobre todo en la instancia de aplicación de la norma. Una conclusión inmediata de lo visto ya había sido adelantada en su momento por Larenz: la idea de que el Derecho codificado pueda ser interpretado, practicado y desarrollado

²⁴⁸ Ibídem p. 94 Nota 247

²⁴⁹ Beccaria, Cesare, De los delitos y de las Penas, Bogotá, Colombia: Temis, 3ra, 2005, p. 74

partiendo exclusivamente de él mismo, ya no es de recibo, pues el juez necesita con frecuencia, recurrir a bases extralegales de valoración.²⁵⁰

El otro campo de legitimación viene otorgado por la Ciencia penal, de hecho, una de las funciones “políticas” más importantes de la Ciencia penal es la de proveer de racionalidad a la interpretación de las normas vinculadas a la imputación de sanciones. Esa función de garantía limita el acaso, la arbitrariedad o el absurdo en las decisiones judiciales.

Por eso Bacigalupo explica, que en realidad las cadenas argumentativas de las que se valen los dogmáticos o los jueces no comienzan en la ley positiva, en su enunciado, sino en una serie de axiomas que son el fundamento de esa legislación. Así, la primera fase del método no sería la reunión de las normas jurídicas que componen el objeto de la dogmática penal, sino la selección de los principios de los que se entiende deducible el derecho vigente. En la instancia jurisdiccional por lo tanto el juez está vinculado al orden jurídico, no solo al “legal” por eso no puede prescindir al momento de aplicar la ley de los “valores fundamentales” de aquél orden.²⁵¹

La remisión en la instancia de aplicación de la ley a principios constitucionales y criterios, reglas o conceptos dogmáticos no implica por si solo la “creación” de Derecho. Ciertamente la superación de la expresión literal del enunciado puede dar la idea, desde una perspectiva “naturalista” de que se está avanzando más allá de la permisividad de la legalidad. Sin embargo, la noción de creación de Derecho debe ser asumida en un sentido restringido. Solo habrá efectiva creación legal cuando el juez no encuentre en el enunciado la fuente de significación jurídica para alcanzar la interpretación decidida. Del enunciado integrado al orden jurídico emerge el sentido normativo y éste es obtenido a través de los métodos sistemáticos y teleológicos que dan consistencia a ese ordenamiento. Sin embargo en México, seguramente se darán cambios importantes, a raíz de las últimas reformas constitucionales de 2008 y 2011, que sin duda impactan al derecho penal, constitucionalizándolo desde la perspectiva de considerar nuevamente al individuo desde su perspectiva natural positiva.

²⁵⁰ *Ibidem.* p. 28 Nota 170

²⁵¹ *Ibidem.* p. 45 Nota 246

Cuando la aplicación no es justificable en términos científicos, es decir, remiten a la mera voluntad del juez, se habrá violado la legalidad penal, pues se habrá completado alguna “laguna legal” dentro del sistema punitivo. Si se recuerda que el Derecho penal es un orden incompleto o discontinuo de ilicitudes, es necesario siempre encontrar lagunas, incluso de tipo valorativo, es decir aquellas que requerirían de una norma de imputación de consecuencias penales según estándares vigentes de Política Criminal pero que, sin embargo, no ha sido completada por el legislador. Cuando esto acontece merced a la interpretación del juez, se ha provocado una analogía prohibida por el principio de legalidad, creando ilegítimamente derecho.

Por eso Hassemer, frente al derecho penal de nuestros días, aclara que en realidad, la prohibición de analogía no es un límite fijo de la interpretación, ni un aseguramiento confiable de las posiciones jurídicas; es tan solo un argumento. A su entender, la prohibición tradicional coloca la interpretación y la analogía en una determinada relación recíproca que hace inútiles los intentos de distinción entre una y otra, pues desde su mirada, toda interpretación es analogía. De esa forma, desaparece la posibilidad de poner un límite firme a la interpretación con la ayuda de aquella prohibición. En sentido fuerte, afirma Hassemer, el límite se lo pone el juez a sí mismo, a través de su cultura jurídica, basada en la organización y formación de la justicia penal. Es esta la que en último término hace real el sentido de la prohibición y la comprensión de su significado para el estado de derecho. Por eso, la formación de la jurisprudencia debe concretarse a través de un sistema transparente y el acompañamiento crítico de la opinión pública.²⁵²

2.10. La reforma al artículo 18 constitucional y el nuevo modelo de justicia penal para adolescentes.

2.10.1. El Fundamento de la reforma.

²⁵² Hassemer, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal* (Traducción de Francisco Muñoz Conde y M^a del MAR Díaz Pita). Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch, 1999 p.104.

Los menores infractores como entes conflictivos se han constituido en un serio problema social, de tal manera que la presencia de estos sujetos en el contingente de la criminalidad, anunciada como creciente y virulenta, en evolución acelerada desde mediados del siglo XX.

Sin embargo, la cada vez más frecuente la concurrencia de los menores de edad en el mundo de la criminalidad ha sido motivo de exigencia al estado, para agilizar soluciones efectivas, para el control político jurídico de este grave problema.

La solución al reto de los menores infractores no sólo es jurisdiccional sino sistemática, una atención diferente que permita ser eficiente, de elevada calidad, como sustituto de los centros de internamiento donde hoy sus derechos y garantías son constantemente transgredidos.

Los cambios normativos a través de la historia han sido constantes, por creer el legislador que cambiando los ordenamientos que rigen a los órganos jurisdiccionales se puede mejorar la condición de estos menores infractores. De tal manera que la reforma constitucional de noviembre de 2005, que modificó la estructura al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistió en trasladar del Poder Ejecutivo al Poder Judicial como nuevo órgano competente en la materia, pero se dejó intocado el problema fundamental que es la forma y clase de atención que requieren los menores justiciables.

Nos queda claro, que este tipo especial de administración de justicia desde esta perspectiva debe ser explicada hoy dentro del paradigma del estado constitucional democrático y social de derecho, que es producto de las luchas históricas de la sociedad por institucionalizar principios fundamentales como la democracia, la seguridad jurídica, la seguridad ciudadana y la justicia social, y en nuestro país significa poder hacer realidad las garantías individuales, dar objetividad a las sociales como lo señala Miguel Carbonell. Pero sobre todo pasar de los derechos humanos de la primera, segunda y tercera generación, así mismo también concebir al derecho de acuerdo a la corriente teórica del garantismo de Luigi Ferrajoli como un sistema de valores que primero que nada tutela la dignidad y los derechos humanos.²⁵³

Es por ello que la tendencia internacional sobre el tema de justicia de menores desde fines del siglo pasado era abandonar el sistema tutelar y orientarlo

²⁵³ *Ibidem.* p. 37. Nota. 203

hacia un sistema garantista, como parte de una política de justicia social donde los infantes son considerados sujetos de pleno derecho, inclusive en el campo de la justicia penal.

El estudio del tema de la justicia para adolescentes en nuestro país es relativamente reciente, a partir de la reforma al artículo 18 constitucional, misma que se sustenta en el modelo garantista, establece un sistema integral de justicia que será aplicable a todos aquellos adolescentes a quienes se les atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en cuanto a las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

En este apartado, trataremos de investigar y explicar, el obligación del estado en aplicar el contenido del artículo 18 constitucional, y proceder en sus ámbitos federal y local, sistematizar del nuevo derecho de adolescentes, tratando de encontrar la pertinencia del nuevo modelo de justicia, y si este en realidad ha salido de la esfera penal y se trata de un nuevo modelo especializado. A casi una década haberse aprobado la reforma, necesitamos hacer un análisis, y argumentar sobre sus expectativas, conforme a las exigencias de los tratados internacionales y los derechos humanos.

Así las cosas, está claro que la reforma constitucional, realizada en el año 2005, obligo al estado mexicano a desarrollar el Sistema de Justicia para Adolescentes, lo que significo un avance en el reconocimiento de garantías penales en favor de los niños y jóvenes que cometieran una conducta antisocial, sin embargo, el nuevo sistema no es del todo justo, ya que es una copia del sistema penal, aun cuando determinados estudiosos, señalen que se trata de un Derecho especial, distinto al diseñado para los adultos. Por lo anterior, es parte del fondo de esta investigación, realizar un análisis sobre el avance o retroceso que implica dicha reforma constitucional respecto al efecto que ha tenido en la justicia de los adolescentes.

Nos queda claro que la tendencia internacional sobre el tema de justicia de menores a fines del siglo pasado era abandonar el sistema tutelar y orientarlo hacia un sistema garantista, como parte de una política de justicia social que responda a las exigencias internacionales, cuya tendencia es proteger a los menores de edad,

que son considerados sujetos de pleno derecho, inclusive en el campo de la justicia penal.

El estudio del tema de la justicia para adolescentes en nuestro país es relativamente reciente, motivada por el modelo tutelar, sin embargo a partir de la reforma al artículo 18 constitucional, misma que se sustenta en el modelo garantista, establece un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en cuanto a las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social, estableciendo un sistema especializado de justicia para adolescentes.

La modificación al Pacto Fundamental abandonó el sistema tutelar, ya anacrónico en otras legislaciones y generó la obligación de todas las entidades federativas de ajustar su legislación a la Norma suprema.

Por consiguiente, en esta parte de la investigación, trataremos de determinar, la pertinencia del sistema garantista, que como se afirma sustituyó al modelo tutelar, o bien concluir, si ambos aspectos se están retroalimentando y de ningún manera existe oposición de sus propuestas.

Esta modificación constitucional representa un verdadero cambio de paradigma que refuerza la concepción de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y que permite abandonar de manera definitiva el antiguo modelo tutelar, derivado de la llamada doctrina de la situación irregular, para dar paso a un sistema más justo y proporcional, sustentado en la protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia, en el marco de un estado democrático de derecho.

Con esta reforma, también se obligó a los estados de la federación para que adecuaran su legislación para dar cuenta de los principios introducidos en la Constitución, así como a implementar un nuevo sistema de justicia especializado en el ámbito de sus respectivas competencias. Principios que adquieren relevancia, en este nuevo modelo, puesto que se privilegia la legalidad, el debido proceso legal, el de especialización, el de mínima intervención, el de proporcionalidad, el de interés superior y desarrollo integral del adolescente, así como los de reintegración social y familiar y privación de la libertad como medida de último recurso.

Las dificultades y retos que plantea la adecuada instrumentación de estos sistemas no son menores, puesto que no solo se trata de establecer un proceso con

las debidas garantías, sino de desarrollar de manera comprensiva un sistema especializado, capaz de brindar a los adolescentes oportunidades reales de asumir su responsabilidad frente a la comisión de un delito y encontrar opciones de vida que les permita desarrollar todas sus capacidades y potencialidades de una manera positiva y constructiva para la sociedad.

Lo anterior requiere de ciertas condiciones indispensables para garantizar la eficiente operación del sistema, mediante la aprobación de una ley de para adolescentes, que entre otras cosas determine los derechos de los menores y el procedimiento a que deberán sujetarse en caso de contravención a la norma penal.

Por otra, tanto la federación, como los estados de la república, estarán obligados a crear especialización y capacitación continua de las diferentes instancias y autoridades encargadas de la implementación del sistema; la asignación de recursos suficientes; la participación de la comunidad, especialmente en lo que respecta a la aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad y a la generación de oportunidades para la efectiva reintegración de los adolescentes en ella, así como la sensibilización de la sociedad para comprender el nuevo sistema en todas sus dimensiones y evitar la estigmatización y criminalización de los adolescentes.

Sin embargo, es parte de la investigación, analizar los avances y retrocesos que presenta el nuevo sistema de justicia para adolescentes, a fin de determinar si la implementación ha cumplido con los objetivos de la reforma practicada al artículo 18 constitucional. Lo expuesto se justifica como parte de la percepción que han externado sectores académicos y sociales, que con toda razón se ha dicho por los expertos en el tema que una reforma de esta naturaleza, no solo implica cambios legales, sino estructurales, de fondo, en la materialización y profesionalización de las instituciones del estado, para evitar que solo trate de una “reforma de papel.”

Este problema de implementación también se relaciona de alguna forma con los pocos instrumentos con que cuenta el juez para hacer cumplir sus determinaciones en la materia. Cuando un adolescente se encuentra sujeto a proceso por un delito no grave que por ende no amerita internamiento preventivo, es difícil que cumpla con las medidas de seguridad y cautelares impuestas.

Sobre este tema específico, es imprescindible el tema del desarrollo de las medidas alternas al internamiento preventivo, pues incluso con la entrada en vigor del sistema acusatorio, la prisión preventiva dejará de ser la medida de coerción

primordial, de ahí que sea necesario hacer una revisión sistemática de los esfuerzos para desarrollar un sistema de vigilancia de las medidas de seguridad y desde luego cautelares, a fin de cumplir con el propósito constitucional, que es el de garantizar los derechos del adolescente, lo que no se cumpliría con un simple cambio legal, sino con un verdadero estudio e implementación del marco jurídico para establecer las reglas de unidad y vigilancia de medidas de seguridad para adolescentes. Inclusive, yendo más allá, establecer lineamientos legales que vinculen el debido proceso a las medidas de seguridad, que deban ser incluyentes para vincular legalmente, la actitud y supervisión de sus padres o tutores, a fin de que se encuentren obligados a desarrollar a la familia bajo el esquema de valores que la sociedad exige como parte del comportamiento social, necesario para alentar el bienestar y desarrollo social pacífico.

Otro aspecto, que revisaremos, por encontrarse en inseparable relación con el anterior aspecto, lo es la ejecución de las medidas alternas al internamiento definitivo como consecuencia de una sentencia decretada a un adolescente, esto debido a que al implementar la reforma constitucional del artículo 18, no existió una verdadera preocupación, pues si por una parte se pretende que el joven asuma responsabilidad por sus actos y evitar que en lo futuro se vea inmerso en el sistema de justicia para adolescentes o en el sistema penal de adultos, lo cierto es que debemos cerciorarnos de que se cumplan los fines del sistema, es decir, que no quede todo en la investigación y en el proceso, sino que la medida que se le impuso al adolescente se cumpla en forma tal que ayude verdaderamente al adolescente, es decir, que constituya una herramienta para su adaptación social, enviando al mismo tiempo un mensaje al adolescente en el sentido de que la comisión de un delito implica el tener que cumplir con una medida; no se trata de que una sentencia impositiva de medidas en externación se traduzca prácticamente en una sentencia absolutoria, es decir, que exista un seguimiento, para checar el cumplimiento de las medidas de seguridad implementadas, pero sobre todo el desarrollo del menor en el seno familiar, para revisar la evolución de su comportamiento.

Otro aspecto, que habremos de comentar, aunque sea de manera superficial, es el papel y funcionamiento de los órganos del estado y de las instituciones privadas, quienes deben involucrarse para el efectivo cumplimiento de programas de ejecución de medidas implementadas al dictarse la sentencia respectiva.

En ese orden de ideas, resulta necesario el diseño de programas para que los adolescentes cumplan medidas en las Instituciones públicas y privadas. Resulta prioritario que existan verdaderos programas destinados a la formación educativa, que es el otro eje fundamental de la reinserción del menor, como también es importante la capacitación laboral de adolescentes, al tratamiento sobre adicciones, grupos de trabajo social y demás, que ayuden verdaderamente al infractor a superar sus problemas para evitar que vuelva a verse inmerso en lo futuro en el sistema de justicia para adolescentes o en el derecho penal de adultos.

2.10.2. La Justificación de la reforma Constitucional del artículo 18.

De lo expuesto, se advierte que la administración de justicia del menor infractor, antes de la reforma reciente del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la impartía el Consejo de Menores, institución del Poder Ejecutivo que al limitar la libertad del individuo, lo que quebrantaba el principio de la división de poderes, ya que la limitación de la libertad es una función exclusiva del Poder Judicial, al Poder Ejecutivo sólo se le permite privar de la libertad al individuo por treinta y seis horas y, en el caso del Ministerio Público, por no más de cuarenta y ocho, según el artículo 16 constitucional. De tal manera que el Consejo de Menores se había convertido en una jurisdicción paralela al Poder Judicial. Contemporáneamente, el Consejo de Menores alteraba el orden establecido en la Constitución Política Federal, como las garantías individuales, el debido proceso y la separación del poder público.²⁵⁴

Creemos que en buena parte, la causa de esa falta de atención hacia el problema jurídico constitucional de los derechos de los menores de edad, reside en el vacío legal, habida cuenta que éstos no han sido contemplados jurídicamente como sujeto de derechos subjetivos hasta bien entrado este siglo, ni como sujetos de derechos fundamentales hasta la reforma constitucional de 2012.

Con el reconocimiento de la personalidad jurídica plena del menor y su consiguiente consideración como titular de los derechos fundamentales, reconocidos a nivel constitucional, en su carácter de persona por el mero hecho de serlo, será posible ver la minoría de edad no ya como *status* sino como un período temporal

²⁵⁴ González Ibarra, Juan de Dios y Reyes Barragán, Ladislao Adrián, *Derecho y educación. La administración de justicia del menor*, México, Fontamara, 2005, p. 200

más en la existencia de la persona, que puede determinar, en atención a la protección que ésta demanda, su posición jurídica.

La configuración jurídico-civil de la minoría de edad como un *status* del individuo, caracterizado por su falta de capacidad de obrar o por la limitación de ésta, como consecuencia de la debilidad e imperfección personal de quien se halla bajo la misma, encuentran correlación en la ausencia de su consideración constitucional. La relación jurídica entre el individuo y el estado, aunque ésta se desarrolle con la intermediación de quienes ejercen sobre él la patria potestad, viene definida en esos términos por la falta de desarrollo físico y mental, que desembocan en una falta de capacidad de obrar en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, incluido, claro está, el de los derechos fundamentales. En algunos aspectos, incluso, se retrocedió con respecto a la situación jurídica precedente, pues, la Ley XVII, de la Partida IV, por ejemplo, llegaba incluso a autorizar jurídicamente el “*canibalismo*” paterno respecto de sus propios hijos en caso de extrema necesidad.²⁵⁶

De tal manera que la reforma constitucional en cuestión, elimino, el autoritarismo y agresividad en el trato, no solo del paterfamilias, sino del propio estado, reconociendo en el menor, como un sujeto de derechos que estarán garantizados por nuestra Constitución, bajo el esquema de principios obligatorios, como ya se preciso con anterioridad.

A raíz de la reforma en cita, Olga Islas, señala que el sistema garantista se proclama corrector de todo lo vulnerable y negativo del sistema tutelar. En él se reconoce que los menores tienen todos los derechos y garantías que tiene toda persona adulta, además de algunos específicos que el menor merece por su situación especial. Se considera al menor de edad, con ciertos límites, responsable de sus actos. El procedimiento al que se les somete es muy similar al de los adultos y las medidas que se les aplican se basan en principios educativos.²⁵⁷

En México, después de la adopción de la Convención sobre los derechos del niño y de la reforma garantista, en un intento por atender los preceptos que de ella emanan, situación que definitivamente no fue suficiente, se realizaron una serie de

²⁵⁶ Díaz de Montalvo, Alfonso. *Alfonso X. Rey de Castilla*. España. Editorial Medina del Campo. 1542. p. 24

²⁵⁷ *Ibíd.* p. 107 Nota 105.

modificaciones a algunas legislaciones en materia de justicia de menores en conflicto con las leyes penales, de las que podemos citar la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, cuya entrada en vigor en 1991, trajo como consecuencia lógica la abrogación de la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, que estuvo vigente desde 1974.

Resulta evidente, que dicha reforma, no ha traído los efectos planteados, ya que si bien es cierto, que se cumplió con la vinculación que genero la adhesión a la Convención sobre los derechos del niño, también es cierto, que solo se trato de cumplir, eliminando estructuras institucionales de carácter tutelarista, para estar en condiciones de implementar el sistema garantista para menores, por lo que aun cuando ha transcurrido más de dos décadas, de haberse aplicado dicha reforma, aun vigente, existen muchas dudas sobre la eficacia de la reforma.

Como lo hemos precisado, y para tratar de ser más claros, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común, en su artículo 2o. señala que su aplicación deberá garantizar el irrestricto respeto de los derechos consagrados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales, como lo señala el artículo 133 del citado ordenamiento, sin embargo, la realidad es que sus alcances estuvieron muy por debajo de las exigencias de tales ordenamientos jurídicos, particularmente de lo establecido en la Convención sobre los derechos del niño, ya que aún contempla una serie de disposiciones que permiten, por ejemplo, que un menor que cometió un homicidio calificado sea internado por el mismo tiempo que aquel que cometió un delito de robo, debido a que la duración del internamiento depende de la respuesta al tratamiento, que es contrario al principio de “proporcionalidad” entre la infracción y la medida aplicada, previsto en el artículo 40.4 de dicha Convención.

Por lo que se debe advertir, que no existe una congruencia entre ordenamiento jurídico mexicano y las disposiciones internacionales, habida cuenta que no se sigue el criterio internacional, para determinar las circunstancias de la internación, no importando la naturaleza de la falta, sino la culpabilidad del hecho antijurídico, respecto al tipo penal, donde si bien, puede existir la causa penal, lo grave, es la contradicción en cuanto a la sanción que prácticamente sin reparar en la naturaleza de la falta, es igual par ambos casos, omitiendo el principio de proporcionalidad que debe ser el factor para aplicar la internación del menor..

Por otra parte, la reforma constitucional del artículo 18, sin reducirle importancia, también trato de incidir en la creación de Órganos Institucionales especializados, no obstante lo anterior la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal, autoriza la intervención de autoridades no especializadas en materia de menores infractores como lo son y el Ministerio Público y evidentemente todo un grupo de elementos auxiliares como lo pueden ser las diversas policías. Se autoriza la existencia de consejeros y defensores que no garantizan total independencia.

No obstante lo anterior, hay que reconocer que dicha Ley presentó avances, como el de haber delimitado la intervención respecto a personas mayores de 11 años y menores de 18, sólo en casos de conductas tipificadas como delitos en las leyes penales; el derecho a tener un defensor y de apelar ante una Sala Superior las resoluciones iniciales y definitivas emitidas por los consejeros y la oportunidad de obtener libertad provisional.

No es menos claro, que la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, misma que si bien no retoma de manera puntual los postulados emanados de los documentos internacionales a los que hemos hecho referencia, sí recoge importantes principios rectores en materia de protección a los derechos fundamentales de los menores.

Antes de entrar al tema de la reforma constitucional, debemos hacer un comentario acerca de los conceptos que dicha Ley utiliza para referirse a los sujetos que forman parte de su ámbito de aplicación personal, a diferencia de la Convención sobre los derechos del niño, que no hace distinción alguna, aquélla define a los menores de la siguiente forma:²⁵⁸

"Son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos. Esto para tratar de aclarar las confusiones que existen en la materia, al utilizarse indistintamente los conceptos de niño, niña, menor infractor y adolescente, que como ya hemos precisado, no es muy claro en nuestra Constitución Política"

²⁵⁸ González Plascencia, Luis, *La política criminal en materia de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal en México*, México, PGR, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Comisión Europea en México, 2006, pp. 127-133.

Es importante mencionar que en julio de 2003, como antecedente a la reforma constitucional al artículo 18, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentó a la opinión pública un “Informe especial sobre la situación de los derechos humanos de los internos en los centros de menores de la República mexicana”, en el que se encuentran plasmadas las violaciones a los derechos humanos de que son objeto los miembros de este grupo vulnerable, algunas de las cuales son generadas precisamente por la aplicación de un sistema no garantista.

En este documento se expuso un catálogo de principios sustentados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, así como los emitidos por la Organización de las Naciones Unidas, para que se considere como menor infractor a la persona mayor de 12 años y menor de 18; que en todo procedimiento judicial o administrativo que se siga en contra de los menores, se observen y respeten las garantías contenidas en la Constitución; que el tratamiento en internamiento debe considerarse siempre como última opción; que exista una adecuada clasificación y separación de los menores sujetos a tratamiento en internación; que exista personal especializado en los centros de menores y se reglamenten las actividades cotidianas de los menores en internamiento, debiéndose tomar en consideración siempre el interés superior del menor.

2.11. El nuevo modelo de justicia penal de los adolescentes, efecto de la reforma Constitucional del artículo 18 de diciembre 2005.

2.11.1. La definición de adolescente.

La Organización Mundial de la Salud nos aporta una definición del término adolescencia, que nos indica: “Que una etapa entre la niñez y la edad adulta, que cronológicamente se inicia por los cambios puberales y que se caracteriza por profundas transformaciones biológicas, psicológicas y sociales, muchas de ellas generadoras de crisis, conflictos y contradicciones, pero esencialmente positivos. No es solamente un período de adaptación a los cambios corporales, sino una fase de grandes determinaciones hacia una mayor independencia psicológica y social”²⁵⁹

²⁵⁹ Organización Panamericana de la Salud. Manual de salud para la atención al Adolescente. Serie Paltex. Washington. OPS/OMS. 1996, p.199

Donde advertimos de la interpretación de dicho concepto que es difícil establecer límites cronológicos para este período; de acuerdo a los conceptos convencionalmente aceptados por la Organización Mundial de la Salud, cuyos especialistas afirman que “la adolescencia es la etapa que transcurre entre los 10 y 19 años, considerándose dos fases: la adolescencia temprana (10 a 14 años) y la adolescencia tardía (15 a 19 años). Luego establece que el adolescente infractor mayor de 14 años, será susceptible de medidas socioeducativas, y el adolescente infractor menor de 14 años, será pasible de medidas de protección.

Consecuentemente ambos: niño y adolescente pueden ser sujetos activos en la realización de un acto reprochable por la sociedad y calificado como delito o falta, y que es difícil determinar el discernimiento en cada edad, pues si la propia autoridad en materia de Salud, que es la indicada para ajustar la noción edad y adolescencia, sino con mas dificultad podría determinarlo desde la subjetividad la propia autoridad jurisdiccional de menores.

Chunga Lamonja señala que no obstante que existen dos doctrinas referentes al menor. Una es la denominada de la situación irregular y la otra de la protección integral. Ambas doctrinas tienen un objetivo común: el reconocimiento de derechos y la protección integral del menor en base al interés superior del mismo, para lograr su pleno desarrollo e inserción en una sociedad democrática, convirtiéndose en un sujeto al que se le reconozca su dignidad de ser humano y contribuya eficientemente a la sociedad, en base a principios de igualdad, libertad y justicia.²⁶⁰

Sin embargo, en la actualidad, en nuestro país, cobra auge la doctrina de la protección integral, que ha roto el mito que nos trajo la de la situación irregular, el de la irresponsabilidad absoluta, al señalar que el menor de edad puede cometer delitos o faltas y no como se venía afirmando que solo cometía “actos antisociales” rechazando el término delito. Sin embargo, el concepto realista de la doctrina de la protección integral beneficia al adolescente infractor penal como al niño que, por su desviación social, comete un hecho considerado como una agresión que merece el reproche de la sociedad, en razón de que ha dado motivo a la creación de un Derecho Penal garantista el que aplicado a través de un procedimiento muy singular no impone al niño ni al adolescente una pena. Al niño y al adolescente hasta los 14 años lo excluye de actividad procesal judicial y solo a través de un procedimiento

²⁶⁰ *Ibidem*. p. 110 Nota. 26

administrativo, investigación tutelar, el juez impone la medida de protección respectiva. El adolescente, de 14 a 18 años en una investigación judicial somera, le habrá de imponer el Juez una medida socio-educativa.

El proceso o investigación penal del adolescente infractor tiene características muy especiales que se vera a continuación, y si bien es cierto que va ser juzgado por un hecho que por acción u omisión está tipificado como delito o falta, por ser un hecho antijurídico y culpable, al declararse como tal no se le impone una pena sino una medida socio-educativa. Esta puede ser restrictiva, limitativa o privativa de la libertad; y se podrán cumplir sin desarraigo de su núcleo familiar o en un centro juvenil.

2.11.2. Proyección del interés de los menores en el derecho penal de menores

A tenor de lo expuesto, el derecho penal de menores deberá atender al interés de los menores, por una parte teniendo en cuenta que dicho interés tiene como premisa fundamental el respeto a los derechos de los menores; y por otra parte, las particularidades de los sujetos a quienes se dirige, que pertenecen a la franja de la minoría de edad que se conoce como adolescencia.

La configuración legislativa del derecho penal de menores tendrá como límites los derivados del reconocimiento de los derechos fundamentales, y además deberá tener en cuenta los rasgos biológicos y psicológicos propios de la etapa adolescente. En lo que se refiere a su aplicación, el derecho penal de menores deberá atender, como de hecho ya contempla la Ley de Justicia de adolescentes, el interés de cada menor. Ello no es sólo una exigencia derivada del elenco de derechos fundamentales, sino la plasmación del reconocimiento de la individualidad del menor.

No puede perderse de vista, por otra parte, que la propia Constitución Política federal se refiere a la legislación penal de menores, por lo que deberá ser atendida en este punto, en tanto que integrante del interés de los menores en el ámbito del derecho penal.

2.11.3. El Derecho Penal garantista de los adolescentes. Concepto

Queda claro, que si hacemos un riguroso análisis del concepto de derecho penal, su desarticulación en sus elementos esenciales y luego los confrontamos con una idea del derecho de adolescentes que incurren en una conducta delictiva,

caeremos en la cuenta de que las dos disciplinas comparten en cierta medida esos elementos esenciales.

Se ha dado un sinnúmero de definiciones del derecho penal, sin embargo todas coinciden en sus aspectos elementales, si no, no serían ideas claras de dicha disciplina. Partiendo de los conceptos que muchos tratadistas han dado sobre el derecho penal, se coincide en que éste contiene tres notas esenciales: los delitos, las penas y las medidas de seguridad. Para Cuello Calón, viene a ser: "...el conjunto de normas jurídicas establecidas por el estado que determina los delitos y las penas".²⁶¹

Lo anterior significa que el derecho penal constituye una de las especies, al lado del derecho administrativo, del procesal penal, del constitucional, etc., que se aglutinan dentro del género, de mayor amplitud: el derecho público, pero todas aquellas especies tienen una diferencia específica que las distingue una de la otra.

En el caso del derecho penal, como se acotó, se diferencia porque determina los delitos, las penas y las medidas de seguridad, esa es su diferencia específica; en tanto que el derecho administrativo, por su parte, tiene como diferencia específica que reglamenta la organización y funcionamiento del Ejecutivo y los actos de éste en forma de administración pública.

2.11.4. Los principios generales del Garantismo Penal aplicados a la justicia de los adolescentes.

Para efecto de dar sustento a la hipótesis aventurada conviene enunciar algunos de los principios sustanciales que deben estructurar un derecho penal garantista moderno, en general, sin hacer un abordaje exhaustivo porque no es el objetivo de este breve trabajo.

En el marco del actual concepto de estado de derecho constitucional democrático que, por cierto, hace primitiva la idea de simple estado de derecho, ahora, más que nunca se requiere diseñar un derecho penal garantista que se acerque a un esquema ideal, que funcione como criterio para la medición de nivel de garantismo de cualquier sistema punitivo.

Los principios que caracterizan un estado moderno de derecho son denominados ético-jurídicos por Ferrajoli. Para el citado autor, estos axiomas deben

²⁶¹ *Ibidem*. p. 27 Nota 118

estar contenidos, sine qua non en cualquier sistema garantista penal para ser calificados como tal, porque la función específica de las garantías en el derecho penal en realidad no es tanto permitir o legitimar como más bien condicionar o vincular y, por tanto, desvincular, el ejercicio absoluto de la potestad punitiva.²⁶²

Estos principios fueron construidos, a partir de las máximas como la del *nullum crimen, nulla poena sine lege* que la mayoría de los juristas ya conocemos y que datan de los siglos XVII y XVIII, concebidas por el pensamiento *iusnaturalista* para limitar el poder absoluto del Estado, mismos que se fueron incorporando paulatinamente en las constituciones y códigos de la mayoría de los estados, pero aún no se logra hoy en día su total inserción.

Los axiomas ético-jurídicos comprenden implícitamente algunos otros como el de presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, y han generado otros más, dispersos en las legislaciones de los estados modernos, el sistema mexicano, no es la excepción.

Por otra parte la justicia de personas adolescentes, que incurren en una conducta tipificada como delito, ha ido evolucionando condicionándose a los postulados de la doctrina imperante. Después de la Segunda Guerra Mundial, como ya lo comentamos, sobrevino un proceso de especialización de los derechos humanos. Los niños, niñas y adolescentes fueron detectados como una parte del tejido social que, dadas sus condiciones, eran mayormente vulnerables por lo que debían ser especialmente protegidos.

Así, se fueron generando diversos documentos como la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959, hasta conformarse plenamente la doctrina de protección integral de la infancia con cuatro de los más relevantes documentos que contienen los postulados más importantes de esta corriente garantista: la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la asamblea General de dicha Organización en 1989, las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) de 1985, las Directrices de Riad y las Reglas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, estas dos últimas, aprobadas en 1990.

²⁶² Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Trotta. España. 1990, p. 92.

Sin embargo, la doctrina de protección integral de la infancia no sólo comprende los principios básicos emanados de Naciones Unidas sino que se ha venido nutriendo de importantes aportaciones de los derechos humanos en general y de los avances del garantismo penal, por ello, el nuevo esquema de justicia de adolescentes plasmado en el artículo 18 constitucional y las leyes reglamentarias de las entidades y la federación debe ubicarse en la intersección de la convergencia de estas tres orientaciones.

Algunos de los principios que animan la justicia de adolescentes, tanto en la producción de leyes como en su aplicación son: el interés superior del niño, certeza jurídica, mínima intervención, subsidiariedad, especialización, celeridad procesal, flexibilidad, equidad, protección integral, transversalidad y reincorporación social, los cuales se hallan diseminados en el proyecto de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes y en las legislaciones estatales.

2.11.5. El desarrollo jurídico del derecho penal juvenil y su relación con el derecho penal.

De inicio, creemos que existe una relación directa entre el derecho penal, y el Derecho Penal de Menores, este surge y se nutre de aquel, es inevitable evocar los conceptos de discernimiento, minoría de edad, irresponsabilidad e imputabilidad, en ambos casos serán los mismos principios rectores de la justicia penal.

Para ser más precisos, es menester apreciar que la justicia de menores, que se propone, no se trata de una innovación hacia la creación de un nuevo sistema de justicia, pues recordemos que en el XIX, en el Código Napoleónico de 1810, ya se empezaba a configurar algunas figuras en el campo civil, como lo es el *Discerment*, o *Doli Capacitas*, el cual se puede traducir como la capacidad de entender y querer del sujeto, constituyendo la base para establecer la división jurídica entre los niños y adultos y la forma de tratarlos.

Así mismo, la de acuerdo con la Escuela Clásica del Derecho Penal, la el discernimiento, para presumir la irresponsabilidad de los menores se establecía, de acuerdo a su edad, que se clasificaba en tres periodos: a) el periodo de la infancia, que comprendía de 0 a 9 años, la inocencia era absoluta; b) la adolescencia, que se situaba de los 9 a 14 años, durante el cual la irresponsabilidad era dudosa y c) la edad que comprendía de loa 14 a loa 18 años, considerada como etapa juvenil, en la imputabilidad era considerada como atenuada.

En cuanto a la imputabilidad, ha sido definida como la capacidad que tiene el sujeto para realizar una conducta delictiva y entender el significado de su actuar, y querer su resultado. De acuerdo con nuestro Máximo Tribunal, Fue el momento en que el estado empezó a tomar a la teoría del delito, como base del sistema penal, para atender el comportamiento de los menores, específicamente, se retomo el concepto de imputabilidad, que ha sido definida como la capacidad que tiene el sujeto para realizar una conducta delictiva y entender el significado de su actuar, y querer su resultado.²⁶³

En relación al punto anterior consideramos que es necesario subrayar que la reacción frente a la conducta antisocial del menor es diferente respecto a la de un adulto, y persigue finalidades diferentes, de esta manera al adulto se le aplica una pena y al menor se le aplica una medida de seguridad: de orientación, protección o de tratamiento. En ese orden de ideas no debemos dejar de lado uno de los postulados de la reforma constitucional, que se orienta a la reinserción social y familiar de los menores en conflicto con la ley penal, por lo que en este rubro es de trascendental importancia el conocimiento de términos como son comportamiento antisocial y resocialización

De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, define a la imputabilidad, como la capacidad de autodeterminación o la facultad que la ley le reconoce al sujeto de comprender lo antijurídico de sus actos; o la ausencia de un impedimento de carácter psíquico para comprender la antijuricidad.²⁶⁴

El gran problema de esa época y que se trasmite a la actual, es en el sentido, de determinar precisamente la capacidad del menor, para reflexionar y comprender sus actos, como bien lo exponen los ilustres doctrinarios, por ello hemos creído, que la propuesta de la escuela clásica, de dividir en etapas la edad, fue algo significativo, pero como se advierte, el problema no radica en eso, sino en la manera y facultades que se otorgan, un tanto subjetivas, para determinar la edad del menor. Bien es cierto, que se busca tener las condiciones idóneas para controlar el

²⁶³ *Ibíd*em p. 77 Nota 110.

²⁶⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Inconstitucionalidad de los ordenamientos que establecen una edad mínima penal distinta a la señalada en el artículo 18 de la Constitución Federal*, Cuaderno No. 24, México, 2007, p. 34.

fenómeno actual de la delincuencia de menores. Los cambios se harán, de la experiencia de su aplicación.

Por su parte Rubén Quintino Zepeda, señala que la imputabilidad es la capacidad de una persona para ser motivada en sentido positivo por la norma penal.²⁶⁵

La doctrina penal sostiene que para que una conducta humana sea punible es necesario que sea típica, antijurídica y culpable lo que significa que se encuentre prevista en la ley como delito, y que no esté presente alguna causa de justificación o una excluyente de culpabilidad. En cuanto a las causas de inimputabilidad previstas en las leyes penales, principalmente son el trastorno mental y la minoría de edad penal, en estos supuestos la consecuencia jurídica del delito no tiene carácter de pena.

En relación al punto anterior es necesario subrayar que la reacción frente a la conducta antisocial del menor es diferente respecto a la de un adulto, y persigue finalidades diferentes, de esta manera al adulto se le aplica una pena y al menor se le aplica una medida de seguridad: de orientación, protección o de tratamiento. En ese orden de ideas no debemos dejar de lado uno de los postulados de la reforma constitucional, que se orienta a la reinserción social y familiar de los menores en conflicto con la ley penal, por lo que en este rubro es de trascendental importancia el conocimiento de términos como son comportamiento antisocial y resocialización.

Podemos advertir, que la doctrina penal, es la base para formulación del sistema de la justicia de menores, habida que es de donde surgen los dos criterios para delimitar la minoría de edad, de los que ya precisamos en el punto primero de este capítulo, al referirnos al discernimiento, y que en obvio de repeticiones, solo comentaremos brevemente que lo riesgoso de todos esto es precisamente la interpretación al carácter subjetivo que consiste en evaluar la capacidad de discernimiento del individuo que se examina para conducirse conforme a las normas jurídicas, no así el otro elemento, que es muy claro, sencillamente el de establecer legalmente una edad por debajo de la cual la persona es considerada inimputable.

Es necesario subrayar que la reacción frente a la conducta antisocial del menor, se pretende que sea diferente respecto a la de un adulto, y persigue finalidades diferentes, de esta manera al adulto se le aplica una pena y al menor se

²⁶⁵ *Ibidem.* p, 23. Nota 112

le aplica una medida de seguridad: de orientación, protección o de tratamiento. En ese orden de ideas no debemos dejar de lado uno de los postulados de la reforma constitucional, que se orienta a la reinserción social y familiar de los menores en conflicto con la ley penal, como lo señala Villanueva Castilleja por lo que en este rubro es de trascendental importancia el conocimiento de términos como son comportamiento antisocial y resocialización.²⁶⁶

El criterio a seguir, así lo entendemos, para dar forma al nuevo modelo de justicia de adolescentes corresponde al comportamiento antisocial del menor, mismo que se refiere a un espectro de conductas problemáticas, casi siempre agresivas, que se caracterizan por transgresiones a las normas sociales. Staff David afirma que son expresiones cotidianas o populistas que impactan al proceso social y que se emplean de manera cotidiana, tales como agresividad, delincuencia, trastorno de conducta, trastorno de personalidad antisocial.²⁶⁷

Por lo tanto, creemos que si la resocialización produce un rompimiento con el pasado, es para lograr el “desarrollo de una estructura de personalidad que contrasta profundamente con la personalidad anterior, debido a que el individuo es despojado parcialmente de su identidad anterior, el contacto con los amigos y parientes se reduce, para disminuir así el apoyo social de una identidad anterior. Rige un nuevo conjunto de normas de conducta que tienden a ser resaltadas por castigos y recompensas. La coercibilidad que puede ejercer la autoridad, la clínica de salud mental y la prisión, de hecho son los factores que iniciar procedimientos de resocialización.

En cuanto a la necesidad de conceptualizar esta disciplina de reciente creación, varios autores hacen las siguientes reflexiones y propuestas: Rodríguez Manzanera se refiere al Derecho de Menores como un ordenamiento distinto del penal y que se limita a colindar con éste para que le proporcione, a través de una suerte de "servidumbre de vista", la base en que asentar la aplicación de las medidas tutelares, que lo diferencian nítidamente del Derecho Penal.²⁶⁸

²⁶⁶ Villanueva Castilleja, Ruth, Los menores infractores en México. México Editorial Porrúa., 2005, p. 223.

²⁶⁷ Staff, David et al, *Conducta Antisocial, Causas, Evaluación y Tratamiento*, México, Oxford, 1997, Colección Biblioteca de Psicología, Vol. I, p. 16.

²⁶⁸ *Ibidem*. p. 360. Nota 37

Así las cosas, advertimos que el citado Rodríguez Manzanera, no esta de acuerdo, en denominarlo Derecho penal de menores o Derecho del Menor, puesto, que la propia reforma constitucional, señala que se trate de un procedimiento especial, en donde la imputabilidad, no tiene ningún efecto para achacar un comportamiento ilícito al menor, de lo cual estamos parcialmente de acuerdo, ya que se trata de crear por mandato de la Ley Suprema, un sistema de orden administrativo, que permita cumplir el fin de la reforma, que es la reinserción del menor. Sin embargo, creemos que el clamor social, ha sido contundente, para que el estado, a través del legislador, haya situado al derecho de menores, a la sombra del derecho penal, no lo justificamos, ni lo compartimos, solo tratamos de encontrar la razón por la cual se equipara el comportamiento del menor con lo previsto para los adultos.

Otro especialista, Horacio Viñas, afirma que el Derecho Penal de Menores es “el conjunto de normas y principios jurídicos que ante la comisión de un delito por un menor, prevén y regulan la aplicación de distintas formas de reacciones típicas: educativas, reeducativas, terapéuticas, curativas, correccionales o punitivas, todas pedagógicamente orientadas a la reinserción social del mismo.²⁶⁹

Advertimos, que Viñas, también se apega al criterio penal, sin embargo, tiene una acentuación desde el punto de vista formativo de la pedagogía, para el autor es relevante que se apliquen medidas no solo coercitivas, sino que realmente la reinserción debe estar planteada en resocialización a través de la educación y la formación humanística, sustentadas de una manera pedagógica; y creemos, que no le falta razón, cuando sabemos que hoy no solo el nuevo modelo de justicia penal de adolescentes debe girar, sino que debe sistematizarse y vincularse a otras aéreas del derecho y del conocimiento en general.

Comparativamente, debemos retomar el ejemplo de España, que ha logrado desarrollar en la última década, un sistema de derecho Penal especial, después de haber sido considerado como un Derecho Penal mínimo, paso a ser catalogado como un Derecho Penal especial con autonomía e independencia cada vez mayor, debido a la preocupación de la sociedad española preocupado por el fenómeno emergente de la llamada delincuencia juvenil que se viene expresando de diferentes maneras como el crimen organizado, las bandas juveniles el *bullying*, delincuencia

²⁶⁹ *Ibíd.* p. 12. Nota 34.

callejera, el asalto, el homicidio violento, lo que dio como resultado el sistema de Derecho Penal Juvenil, mediante a creación de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La justicia de menores en relación con la ley penal es un tema que durante décadas ha sido causa de discusión entre los especialistas en la materia, debido al conflicto y contradicción que produce, debido a que el menor es objeto de una aplicación normativa, que bien pareciera que les damos un trato de “adultos pequeños”. En la práctica se ha transitado de un sistema en el que básicamente no existía diferencia entre el tratamiento jurídico que se daba a los menores y a los adultos, en el que los órganos jurisdiccionales aplicaban a los primeros una pena atenuada o disminuida en función de su corta edad, a la aplicación de un sistema en donde se reemplaza en las obligaciones de los padres, denominado tutelar, en contraposición del sistema garantista, cuya preocupación principal consiste en que el menor tenga una serie de derechos durante el procedimiento, al ya obsoleto sistema de “protección integral” el que predomina el ánimo de asistencia a la infancia y el Estado

Se pretende que el nuevo sistema de justicia penal de los adolescentes, producto de la reforma constitucional del artículo 18, les reconozca una serie de derechos y garantías del debido proceso, a quienes se acuse y demuestre de haber participado en la comisión de una infracción a la ley penal. A fin de dar una mayor protección a los adolescentes, estos derechos y garantías son reconocidos con mayor intensidad, por ejemplo, el proceso debe tener un plazo de duración más breve y sobre todo girar en torno a la presunción de inocencia. Ahora bien, lo que verdaderamente caracteriza al sistema penal juvenil es que la sanción penal debe tener preponderantemente una finalidad educativa y de inserción social, propiciando que el adolescente repare el daño causado, realice actividades comunitarias o se capacite profesionalmente y sólo frente a la comisión de delitos graves se aplique la pena privativa de la libertad como último recurso y por el tiempo más breve posible.

En México fue hasta 1923 cuando surge en San Luis Potosí un órgano de este género, y tres años después empieza a funcionar en el Distrito Federal el Tribunal para Menores, como un reconocimiento de que los tribunales y las prisiones para adultos no eran convenientes para el tratamiento de los menores en conflicto con las leyes penales. Lo cual sin duda, nos ponía en la situación de abandonar el derecho penal, y pasar al sistema paternalista o tutelarista, que también hemos

desechado con la reforma constitucional, lo cual aparentemente fue un acierto, pero que al hacer la evaluación real, percibimos, que por el contrario, el estado reemplazo en la protección al padre del menor, y sus derechos, eran prácticamente olvidados, eran los tiempos del estado protector.²⁷⁰

Pero fue en 1965, cuando nuestro legislador, en ejercicio de su soberanía, se da la primera regulación a nivel constitucional de esta materia al incluirse un cuarto párrafo al artículo 18 constitucional, surgiendo el concepto de menor infractor y estableciendo el imperativo para la federación y los gobiernos de los estados, de crear instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores. En este contexto, el concepto Sergio García Ramírez, afirma, que estas deben constituir verdaderos sistemas normativos con un propósito unificador; así, deben convertirse en auténticos centros de reinserción y no únicamente pabellones o reclusorios de reclusión.²⁷¹

Dicha enmienda constitucional, fue la transformación del sistema correccional o penal, al modelo tutelar, mediante el cual, el estado se instituye como el “gran patriarca”, cuya función fue monopólica, al situarse como el gran protector y corrector de los menores infractores, nueva institución en el derecho de menores mexicano, alejado de la protección de los derechos fundamentales del adolescente.

Por ello, la reforma del artículo 18 constitucional, ubica al Derecho de Adolescentes se basó en la llamada “Doctrina de la situación irregular”, según la cual el menor de edad es considerado sujeto pasivo de la intervención jurídica, es decir, se convierte en un sujeto de pleno derecho, buscando la reinserción social del menor infractor y respetando que sus derechos constitucionales sean garantizados. En ese tenor, el concepto de corrección se sustituye por el de reinserción y sociabilización, se abandono el derecho de corregir *-jus corrigendi-*

Cabe destacar que la falta de reconocimiento de las garantías procesales, fueron otra parte del nacimiento del sistema de justicia de adolescentes, bajo el argumento de que el objetivo no es el de sancionar al menor sino de protegerlo, corregirlo y reinsertarlo a su núcleo familiar y a la sociedad, ya que en la práctica implicaba sujetarlos a un procedimiento de carácter administrativo, en el que, sin embargo, estaban en juego sus derechos, particularmente el de la libertad, limitando

²⁷⁰ García Ramírez, Sergio, *Manual de prisiones*, , Porrúa, México. 1998, p. 671.

²⁷¹ ídem.

el derecho a la defensa sin la posibilidad de inconformarse en contra de las resoluciones que se emitan; incluso, durante décadas no tuvieron la posibilidad de solicitar el amparo y protección de la justicia federal mediante un juicio de garantías, esto último con el respaldo de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, en el llamado “caso Castañeda”, la cual había considerado que cuando los encargados de la patria potestad o de la tutela no son idóneos para ejercerla, la intervención del Estado no implica una función de autoridad, sino paterna, por lo que con esta sustitución también perdía su condición de autoridad.

Otro de los inconvenientes en la aplicación de este sistema consiste en que las legislaciones en la materia no hacían distinción alguna entre menores que infringen las leyes penales, los reglamentos administrativos y aquellos que se encuentran en lo que se ha denominado “estado de riesgo”; en consecuencia, establecían el mismo tratamiento jurídico a quienes habían cometido una conducta delictiva, se encuentran en situación de calle o “abandono”, e incluso a niños considerados “incorregibles”, los cuales, como en el estado de Oaxaca, podían ser entregados por sus padres o tutores en las instituciones de menores, para que allí fuesen educados hasta por un lapso de treinta días; pudiendo ser todos albergados y sometidos a tratamiento en un mismo inmueble, con las lógicas consecuencias que generara la contaminación de conductas antisociales.

Nos queda claro, que los problemas derivados de la aplicación de un sistema como al que hemos hecho referencia, han hecho necesario un replanteamiento de la política en materia de justicia de menores. El origen se encuentra en 1959, cuando la Asamblea General de la ONU proclamó la Declaración de los derechos del niño, la cual contiene una serie de principios que han servido de base para desarrollar lo que conocemos como la doctrina de la “protección integral”, con la cual se supera la concepción del menor sujeto de tutela pública al considerar a los niños y adolescentes como personas con capacidad jurídica, y por lo tanto sujetos de derechos, que deben ser respetados y garantizados por el estado y la sociedad civil. En dicha declaración, se reconoce que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal.

El segundo principio que se aplica en la justicia de adolescentes, respecto al debido proceso, establece que al promulgarse leyes con este fin, la consideración fundamental que se atenderá será el interés superior del niño, del que ya hemos

hecho referencia precedentemente, dicho principio regulador de la normativa se funda en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

Deducimos que el nuevo modelo de justicia penal de los adolescentes, esta fundada en el desarrollo de principios penales a nivel constitucional, que son sustanciales, para el éxito de la reforma constitucional, se pretende dejar el estado paternalista, y desarrollar el modelo garantista en aras de que exista un reencauzamiento del comportamiento del adolescente, que de manera paralela disminuya también el gradual aumento de la participación de jóvenes en la escala de violencia.

Con relación al tema específico de los menores en conflicto con la ley penal, en 1985 la Asamblea General de la ONU proclamó las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, documento que contiene orientaciones de carácter general con objeto de promover el bienestar del menor y en el que, específicamente, se recomienda a los Estados miembros la adopción de medidas concretas a fin de reducir la necesidad de intervenir y, en su caso, de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que enfrente problemas con la ley.

Resulta necesario destacar algunos preceptos de dicho documento declarativo, en los que recomienda el respeto de las garantías procesales, tales como: La presunción de inocencia, ser notificado de las acusaciones, el asesoramiento, la presencia de los padres o tutores y la apelación (regla 7.1).

La posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores que delinquen sin la necesidad de recurrir a la autoridad competente (regla 11); que cuando se encuentren privados de la libertad de manera preventiva, gocen de todos los derechos previstos en las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas (regla 13.3); que en las resoluciones se respete el principio de proporcionalidad, restricción mínima de la libertad y privación de ella sólo en casos graves (regla 17), por lo que sugiere la aplicación de medidas alternativas al internamiento (regla 18.1).²⁷²

²⁷² *Los derechos del niño. Un compendio de instrumentos internacionales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1995, pp. 217

Lamentablemente, en México, como en muchos otros países, los principios emanados de estos pronunciamientos no habían sido observados puntualmente, no obstante que son reconocidos como fundamento de principios que, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, constituyen una fuente de derecho para los Estados miembros.

Creemos que el gran detonante de la justicia de adolescentes, fue el acontecido el 20 de noviembre de 1989 cuando la Organización de las Naciones Unidas adopta un instrumento de observación obligatoria en la materia, se trata de la Convención sobre los derechos del niño, la cual fue ratificada por México en el mes de septiembre de 1990 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.²⁷³

Dicho instrumento, de carácter obligatorio para nuestro país, adopta el modelo de “protección integral” y sienta las bases para la creación de un sistema de justicia para menores en el que éstos son considerados como personas con capacidad jurídica; estableciendo criterios para garantizar que sean tratados con respeto en sus derechos humanos cuando son sometidos a un procedimiento y cuenten con todas las garantías y principios aplicables en la justicia penal, tomando en cuenta que pertenecen a un grupo que debido a su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidados especiales, por lo que el Estado está obligado a evitar cualquier exceso que no responda al interés superior de los menores.

Posteriormente, siguiendo con la línea trazada por los instrumentos internacionales ya mencionados, el 14 de diciembre de 1990, la Organización de las Naciones Unidas adoptó otros dos documentos de gran trascendencia en el tema que nos ocupa: a) las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, conocidas como Directrices de Riad, en las cuales se reconoce que la prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad y pone especial énfasis en la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista en esta materia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas que eviten criminalizar y penalizar al menor por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás y b) las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores

²⁷³ *Ibíd*em, p. 122. Nota 3

privados de libertad, que tienen por objeto establecer normas mínimas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención, además de fomentar su integración en la sociedad.²⁷⁴

Es importante destacar que en estas reglas, las naciones miembros de la ONU reconocen expresamente el carácter angustioso que representa para un menor la intervención de las autoridades en su esfera jurídica, particularmente en su libertad y, en tal sentido, señalan que por privación de la libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública, de donde deviene precisamente el carácter coercitivo que implica la vía pena. Es evidente, que la justicia especial de menores, de que habla la Reforma constitucional del artículo 18, no es sino un instrumento que sirve para ejercitar un control autoritario del comportamiento del adolescente, si bien esta claro, que dichas acciones del estado, deberán ser lo suficientemente claras, para cumplir con lo principios y garantías del debido proceso, hoy elevadas a rango constitucional, para los adolescentes.

En México, después de la adopción de la Convención sobre los derechos del niño, y en un intento por atender los preceptos que de ella emanan, pero que definitivamente no fue suficiente, Olga Islas de González Mariscal afirma que se realizaron una serie de modificaciones a algunas legislaciones en materia de justicia de menores en conflicto con las leyes penales, y en el caso específico del Distrito Federal y en materia federal, el 24 de diciembre de 1991 fue publicada la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, cuya entrada en vigor trajo como consecuencia lógica la abrogación de la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, que estuvo vigente desde 1974.²⁷⁵

²⁷⁴ Directrices De Las Naciones Unidas Para La Prevención De La Delincuencia Juvenil “Directrices De Riad. Orden Jurídico Nacional. ” *Consultado el día 15 de octubre de 2014.*

²⁷⁵ *Ibídem.* p. 31. Nota 124

Esta Ley, que aún se encuentra vigente, en su artículo 2º. señala que su aplicación deberá garantizar el irrestricto respeto de los derechos consagrados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales, sin embargo, la realidad es que sus alcances estuvieron muy por debajo de las exigencias de tales ordenamientos jurídicos, particularmente de lo establecido en la Convención sobre los derechos del niño, ya que aún contempla una serie de disposiciones que permiten, un hacinamiento de los menores, igual es encontrar menores a quienes se les acusa de haber cometido lesiones, robo, homicidio o secuestro, debido a que la duración del internamiento depende de la respuesta al tratamiento, que es contrario al principio de “proporcionalidad” entre la infracción y la medida aplicada.

En materia de los adolescentes en conflicto con la ley penal, señala que la privación de la libertad debe llevarse a cabo de conformidad con la ley y respetando las garantías de audiencia, de defensa y las procesales que reconoce la Constitución; debe ser aplicada sólo cuando se ha comprobado que se infringió gravemente la ley penal y como último recurso durante el periodo más breve posible, atendiendo al principio del interés superior de la adolescencia; de igual forma, promueve la elaboración de códigos o leyes en los que se establezcan procedimientos y la creación de instituciones y autoridades especializadas, entre las que incluye a ministerios públicos y jueces en la materia.

2.12. Las garantías del debido proceso que se desprenden del artículo 18 Constitucional aplicables en la Justicia para Adolescentes

El artículo 18 tiene múltiples prevenciones relevantes del régimen penal, se refiere a una de sus expresiones centrales de nuestra constitución, a la finalidad de las penas y a los medios para alcanzarla: apunta a la prisión preventiva y/o punitiva. Fija los lineamientos generales sobre los menores infractores.

Este artículo instituye derechos subjetivos públicos a título de garantías individuales de los sujetos que su contexto considera hombres y mujeres delincuentes o menores infractores. Se trata de una estipulación que concurre a formar lo que se ha llamado por su carácter cautelar “la carta magna de los delincuentes”. Por supuesto, que no impide que las disposiciones penales básicas también pretendan, como objetivo natural la defensa de la sociedad contra el delito.

Una situación, que es menester revisar, lo es el cumplimiento de la procedencia de la prisión preventiva, que debe constatar previamente la constitucionalidad de la orden de aprehensión y viceversa. Además de reunir los requisitos constitucionales marcados por el artículo 16 constitucional, debe supeditarse a las condiciones exigidas por éste, en el sentido de que sólo puede aprehenderse a un sujeto cuando el delito que se le imputa sea sancionado con pena corporal, como lo estableció la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

Con este fin, es pertinente comentar que las disposiciones de la legislación internacional, los estados partes garantizarán, que atendiendo al interés superior del menor, a todo menor que haya infringido las leyes penales, sin perjuicio de la aplicación de las medidas necesarias para su encauzamiento, por lo menos se le garantice la aplicación de las siguientes garantías, entendidas como límites que se le impone al Estado en el ejercicio de su poder de imperio, es decir, la autoridad ejerce como titular de la entidad política y jurídica una conducta imperativa y coercitiva sobre el gobernado que le afecta la esfera jurídica del gobernado. Es a través de estos artículos donde la autoridad no puede sobrepasar sus actos de autoridad en perjuicio de ninguna persona física y/o moral. Es su obligación resguardar la integridad de sus gobernados en sus múltiples derechos: vida, propiedad, libertad.

2.12.1. De legalidad.

Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron.

La constitución federal, entre las garantías que consagra en favor del gobernado, incluye la de legalidad, la que debe entenderse como la satisfacción que todo acto de autoridad ha de realizarse conforme al texto expreso de la ley, a su espíritu o interpretación jurídica; esta garantía forma parte de la genérica de seguridad jurídica que tiene como finalidad que, al gobernado se proporcionen los elementos necesarios para que este en aptitud de defender sus derechos, bien ante la propia autoridad administrativa a través de los recursos, bien ante la autoridad judicial por medio de las acciones que las leyes respectivas establezcan; así, para satisfacer el principio de seguridad jurídica la constitución establece las garantías de

audiencia, de fundamentación y motivación, las formalidades del acto autoritario, y las de legalidad.

Este elemento tiene una especial trascendencia por que, a partir de esta reforma, ningún estado de la república podrá procesar a los menores o adolescentes, por la realización de conductas peligrosas para la sociedad o para ellos mismos o por situaciones de “riesgo”, o simplemente por mal comportamiento. Con el sistema tutelar se privaba de la libertad a los menores en instituciones correccionales para “protegerlos” de influencias negativas. Con este postulado se le da vigencia plena al principio de legalidad, ya que se delimita, con toda precisión, el ámbito de lo punible y, como consecuencia, se conoce, con certeza, lo que no es castigable.

En las Reglas de Beijing se dice que menor delincuente es “todo niño o joven al que se le ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito

Es por ello, que en la Convención sobre los Derechos del Niño, al respecto, previene que “no se alegue, acuse o declare culpable a ningún niño, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron” como lo dispone el artículo 40.2.a.²⁷⁶

La Ley para la Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes prescribe que la privación de la libertad sólo se aplicará “cuando se haya comprobado que se infringió gravemente la ley penal”.

2.12.2. De presunción de inocencia.

La adopción de los valores que sustentan las garantías individuales representa el límite de actuación del Estado frente a los gobernados; en el ámbito del Derecho penal, tal circunstancia adquiere particular relevancia, en atención a la grave afectación que el inculpado puede resentir en su esfera jurídica, con motivo de la sujeción a un proceso penal en el que se le atribuye la comisión de un hecho ilícito. García Pablos de Molina afirma de tal manera que el *ius puniendi* del Estado

²⁷⁶ *Ibídem.* 258 Nota 3.

está limitado por los principios fundamentales del Derecho penal, cuya esencia son los derechos humanos.²⁷⁷

Por eso el origen de la presunción de inocencia, no deviene primigeniamente de un texto legal, sino de todo un sistema jurídico acorde con principios ideológicos de igualdad, justicia, honestidad, imparcialidad, entre otros. Pero no menos importante es prever en un marco legal este principio fundamental para todo estado democrático de derecho

Parte esencial del debido proceso, el principio de presunción de inocencia garantiza que durante un juicio se pruebe la culpa y no la inocencia de una persona imputada de delito; está plasmado como garantía procesal en múltiples acuerdos internacionales y desde 2008 fue incorporado a la Constitución mexicana como parte de los derechos que conforman el debido proceso.

Lo establece el Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al preciar que:

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé en su Artículo 8 que,

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”

Y en términos semejantes se asienta en Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

Estos tratados han sido ratificados por el Estado mexicano, pero no fue sino hasta 2008, con la aprobación de la reforma constitucional de Seguridad y Justicia, que se incorporó la presunción de inocencia como derecho explícito en la Constitución.

De este modo, hoy el Artículo 20 incluye entre los derechos de toda persona imputada, el de que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

²⁷⁷ García Pablos de Molina, Antonio, *Derecho Penal. Introducción*, Madrid. Universidad Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Complutense de Madrid, 2000, p. 422

Aunque parece obvio, el anacrónico sistema de justicia penal inquisitorio todavía vigente en nuestro país tiene entre su catálogo de vicios más dañinos el presumir la culpabilidad de las personas imputadas, claudicando así el Estado de su responsabilidad procesal de demostrarla en juicio y ante la autoridad competente.

Tal práctica motiva que se use de forma indiscriminada la prisión preventiva, sin importar si son hombres, mujeres o menores de edad, privando de libertad a las personas hasta que un juez emita una sentencia y sin antes demostrar que representan un riesgo para la víctima, la sociedad o para el adecuado desarrollo del proceso penal.

Desde la sociedad civil, estamos comprometidos como estudiosos del derecho, con la propuesta de medidas que incidan en el éxito de la reforma del sistema de justicia penal, el cual materializará por fin el pleno ejercicio del derecho a la presunción de inocencia y el debido proceso, en consecuencia, permitirá acotar al mínimo la prisión preventiva y garantizar una defensa adecuada en todas las etapas del proceso penal. Mayormente cuando se trata de la justicia para los adolescentes, en la que aun se advierte, que se sigue aplicando criterios penales, a pesar de que se trata de una justicia especializada.

Por lo tanto, se reconoce que constituye un derecho fundamental a favor de todo inculpado; por ende, al ser una cuestión central de todo sistema democrático de justicia que tiene por objeto preservar la libertad, la seguridad jurídica y la defensa social, busca proteger a las personas respecto de la limitación de sus derechos.

Se presumirá inocente a un individuo, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

2.12.3. De ser informado.

Será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 9.2, que “Toda persona detenida será informada, desde el momento de su detención, de las razones de la misma.

Su correlativo artículo 20, inciso B, fracción II constitucional señala que al acusado, mayormente tratándose de un menor de edad, se le hará saber el

“Derecho a que desde el momento de su detención se le hagan saber los motivos de la misma, sus derechos e incluso la prueba existente en su contra”.

Es una obligación del estado, para que en preservaciones las garantías del debido proceso, a los acusados, se les deba de informar sobre las razones de su detención, de forma suficiente para permitirle tomar las medidas inmediatas que le permitan obtener su libertad si considera que las razones de su detención no son válidas o son infundadas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha señalado que a toda persona detenida debe “decírsele, de una forma sencilla, exenta de tecnicismos y que pueda entender, los fundamentos jurídicos y objetivos básicos de su detención, para que pueda, si lo estima oportuno, acudir a un tribunal a fin de impugnar su legalidad”.

Por tanto, este derecho está relacionado con el derecho a la información, el derecho a impugnar la legalidad de la detención, derecho a un intérprete y el derecho a la defensa adecuada. Incluye que dicha información sea dada de una manera comprensible para quienes carecen de instrucción jurídica y en un idioma que la persona privada de la libertad comprenda.

2.12.4. De jurisdicción, audiencia y defensa al debido proceso.

La causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales.

El artículo 18 constitucional, prescribe que en todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal. Esto significa, en un sentido muy amplio, que se actuará, en todo momento, con respeto absoluto a las garantías constitucionales que deben regir el enjuiciamiento al que se les someta, que en realidad debe ser, sin lugar a dudas, un enjuiciamiento penal acusatorio. Fix-Zamudio entiende por debido proceso legal el conjunto de requisitos

de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados.²⁷⁸

En todos los instrumentos internacionales signados por México se da pleno reconocimiento a la garantía del “debido proceso legal”, insoslayable en un juicio imparcial y justo.

En las Reglas de Beijing se consigna: En todas las etapas del proceso se respetarán las garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho a la apelación ante una autoridad superior.

Todos estos principios están consagrados, de manera más explícita, en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual agrega otros referentes a los niños que no comprenden o hablan el idioma utilizado por las autoridades en el procedimiento.

2.12.5. A no confesar, a interrogar y a la defensa.

No será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fundamenta “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) a no ser obligada a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable”, como lo dispone el artículo 14.3., inciso g, del ordenamiento citado.

Por otra parte, la Constitución Mexicana consagra el derecho a guardar silencio, según lo dispone el artículo 20, B fracción III, inclusive, a que el detenido, pueda rendir su declaración por escrito, a fin de que pueda razonar adecuadamente la información que promocionará a la autoridad investigadora.

El Tribunal Europeo ha establecido que “aunque no se menciona específicamente en el artículo 6 del Convenio Europeo, no cabe duda de que el

²⁷⁸ Fix-Zamudio, Héctor, Voz: *Debido proceso legal*, Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa-UNAM, 1987, p. 820.

derecho a permanecer en silencio en un interrogatorio policial y el derecho a no inculparse son normas internacionales reconocidas ampliamente que subyacen a la noción de enjuiciamiento justo del artículo 6.45

Por otra parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional determina que: Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio: b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia”.

La Corte Interamericana ha establecido que requerir a los inculcados rendir juramento o formular promesa de decir verdad “contrariaría el principio de libertad de de aquéllas para declarar o abstenerse de hacerlo”.

2.12.6. A promover recurso de apelación.

Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; en caso contrario a tener derecho para impugnar toda resolución que estime contraria al derecho.

La Convención Americana considera que toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Parte cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido, como lo estipula el artículo número 7.6.

Por su parte, la Corte Interamericana ha establecido que el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. El artículo 25 se encuentra íntimamente

ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes.

Además agrega que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar.

En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

2.12.7. Derecho a tener intérprete gratuito.

El niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado, como lo establece el debido proceso en el derecho mexicano.

La Convención Americana establece que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal como se encuentra señalado en el artículo 8.2.a.

Por su parte, el conjunto de principios establece el derecho a contar con la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete en las actuaciones judiciales posteriores a su arresto.

Como hemos señalado, se advierte que este derecho consagra otro aspecto de los principios de la equidad y la igualdad de medios en los procesos penales.

Este derecho existe en todas las etapas del procedimiento oral y se aplica tanto a los extranjeros como a los nacionales. Inclusive organismos como Amnistía Internacional han señalado que este derecho implica también el derecho a la traducción de documentos ya que la Convención Americana establece el derecho a un traductor o a un intérprete.

2.12.8. De respeto a su vida privada.

Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

Construir este sistema integral no ha sido una tarea fácil, sin embargo el esfuerzo a sido necesario y prácticamente indispensable, por lo que es menester analizar la reforma del numeral en cuestión, para apreciar los ámbitos en los que debe operar el modelo garantista y es base actual de la justicia de menores, puesto que a pesar de que se tiene ya más de una década, reflexionar sobre su avance o retroceso.

Reconociendo en la Convención sobre los Derechos del Niño, el instrumento que postula que los estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes.

Un sistema integral de justicia para “adolescentes” debe comprender forzosamente los siguientes ámbitos: *a)* el preventivo; es decir, la prevención de la antisocialidad de los menores; *b)* el legislativo; *c)* el judicial, que implica, de manera inevitable, la procuración de justicia, que debe llevar a cabo un órgano acusador (Ministerio Público) y un órgano de defensa (defensoría pública o privada), y *d)* el ejecutivo.

2.13. Los principios generales del garantismo penal aplicados en el modelo de justicia de protección integral a los adolescentes.

Como consecuencia de las reformas del artículo 18 constitucional aprobadas en 2005, en nuestro país se adoptó el modelo de justicia para adolescentes, conocido también como *de protección integral*, que se fundamenta en una serie de principios universales que lo deben posicionar como un modelo garantista a la altura de los sistemas diseñados para enfrentar el problema de la delincuencia juvenil a nivel mundial.

En el marco del actual concepto de estado de derecho constitucional democrático, que por cierto, hace primitiva la idea de simple estado de derecho, ahora, más que nunca se requiere diseñar un derecho penal garantista que se acerque a un esquema ideal, que funcione como criterio para la medición de nivel de garantismo de cualquier sistema punitivo.

Indudablemente el fenómeno de la delincuencia juvenil es complejo, la comprensión integral de la misma debe abordarse desde varias perspectivas, como son las políticas de prevención, procuración e impartición de justicia, tratamiento, investigación, planeación y evaluación de las políticas vinculadas, aunado a lo anterior debe sumarse la actuación de los funcionarios especializados en materia de justicia de menores, dicha actuación debe regirse por los siguientes principios.

De ahí entonces, que los principios que caracterizan un estado moderno de derecho son denominados ético-jurídicos por Ferrajoli. Para el autor de la obra *Derecho y Razón*, estos axiomas deben estar contenidos, sine qua non en cualquier sistema garantista penal para ser calificados como tal, porque la función específica de las garantías en el derecho penal en realidad no es tanto permitir o legitimar como más bien condicionar o vincular y, por tanto, desvincular, el ejercicio absoluto de la potestad punitiva.²⁷⁹

Estos principios fueron contruidos, a partir de las máximas como la del *nullum crimen, nulla poena sine lege* que la mayoría de los juristas ya conocemos y que datan de los siglos XVII y XVIII, concebidas por el pensamiento *iusnaturalista* para limitar el poder absoluto del Estado, mismos que se fueron incorporando paulatinamente en las constituciones y códigos de la mayoría de los estados, pero aún no se logra hoy en día su total inserción.

Los axiomas ético-jurídicos comprenden implícitamente algunos otros como el de presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, y han generado otros más, dispersos en las legislaciones de los estados modernos, el sistema mexicano, no es la excepción.

Por otra parte la justicia de personas adolescentes, que incurren en una conducta tipificada como delito, ha ido evolucionando condicionándose a los postulados de la doctrina imperante. Después de la Segunda Guerra Mundial, como ya lo comentamos, sobrevino un proceso de especialización de los derechos humanos. Los niños, niñas y adolescentes fueron detectados como una parte del tejido social que, dadas sus condiciones, eran mayormente vulnerables por lo que debían ser especialmente protegidos.

Así, se fueron generando diversos documentos como la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959, hasta

²⁷⁹ *Ibidem*. p. 92. Nota 262

conformarse plenamente la doctrina de protección integral de la infancia con cuatro de los más relevantes documentos que contienen los postulados más importantes de esta corriente garantista: la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de dicha Organización en 1989, las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) de 1985, las Directrices de Riad y las Reglas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, estas dos últimas, aprobadas en 1990.

Sin embargo, la doctrina de protección integral de la infancia no sólo comprende los principios básicos emanados de Naciones Unidas sino que se ha venido nutriendo de importantes aportaciones de los derechos humanos en general y de los avances del garantismo penal, por ello, el nuevo esquema de justicia de adolescentes plasmado en el artículo 18 constitucional y las leyes reglamentarias de las entidades y la federación debe ubicarse en la intersección de la convergencia de estas tres orientaciones.

Rubén Vasconcelos Méndez, afirma, que la justicia de adolescentes tiene que desarrollarse sobre la base de los principios que animan la justicia de adolescentes, tanto en la producción de leyes como en su aplicación son: el interés superior del niño, certeza jurídica, mínima intervención, subsidiariedad, especialización, celeridad procesal, flexibilidad, equidad, protección integral, transversalidad y reincorporación social, los cuales se hallan diseminados en el proyecto de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes y en las legislaciones estatales.²⁸⁰

2.13.1. El interés superior del menor en el derecho penal.

Se trata del principio garantizador por excelencia, regla sustantiva proyectada sobre todos los extremos de la cuestión: la tarea legislativa, el desempeño jurisdiccional, la aplicación administrativa, las políticas públicas. De tal forma que la no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernen a la infancia.

Así, en la Declaración de los Derechos Humanos del Niño, de 1959, a título de consideración, este concepto resultó ser fundamental para la protección especial

²⁸⁰ Vasconcelos Méndez, Rubén. *La Justicia para Adolescentes en México. Análisis de las Leyes Estatales*. México. 2009. México. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2009. pp. 53.

al desarrollo integral del menor. En la misma Declaración se le concibe como principio rector de la responsabilidad de los encargados de educar y orientar al niño. De lo expuesto precedentemente, el derecho penal de menores deberá atender al interés de los menores, por una parte teniendo en cuenta que dicho interés tiene como premisa fundamental el respeto a los derechos de los menores; y por otra parte, las particularidades de los sujetos a quienes se dirige, que pertenecen a la franja de la minoría de edad que se conoce como *adolescencia*.

La Corte Interamericana entiende que el interés superior entraña un “principio regulador de la normativa de los derechos del niño”, fundado en “la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”; halla asimismo, en la naturaleza y los alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. Obviamente, ese interés superior se debe analizar, definir y ponderar en cada caso, conforme a sus características y circunstancias. Es un postulado general, que cobra sentido en la aplicación que se haga a las cuestiones particulares.

La configuración legislativa del derecho penal de menores tendrá como límites los derivados del reconocimiento de los derechos fundamentales, y además deberá tener en cuenta los rasgos biológicos y psicológicos propios de la etapa adolescente.

En lo que se refiere a su aplicación, el derecho penal de menores deberá atender, como de hecho ya contempla la Constitución Federal, Ley Federal de Justicia para Adolescentes y en general todos aquellos ordenamientos que tienen relación con la justicia de menores, al concreto interés de cada menor. Ello no es sólo una exigencia derivada del elenco de derechos fundamentales, sino la plasmación del reconocimiento de la individualidad del menor.

No puede perderse de vista, por otra parte, que la propia Convención de los Derechos del Niño se refiere a la legislación penal de menores, por lo que deberá ser atendida en este punto, en tanto que integrante del interés de los menores en el ámbito del derecho penal. El artículo 40 de la citada Convención recoge los derechos de los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o se declare culpable de haber infringido esas leyes.

En general, la legislación relativa a los menores, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional, consagra el respeto por un concepto, el interés del menor o del niño, cuyo contenido, sin embargo, no llega a expresarse con claridad.

El vigente derecho penal de menores no es ajeno a este fenómeno, prueba de ello son las abundantes referencias explícitas al interés del menor, diseminadas por el texto de los diversos ordenamientos jurídicos, en particular del penal, como bien lo afirma Rivero Hernández. Y es que en el derecho penal de menores ha de prevalecer, determinados derechos y obligaciones, tanto para él, como para su entorno social y familiar. Así las cosas, sostenemos que si bien la protección al menor debe estudiarse desde el punto de vista jurídico, no cabe desconocer que esta esfera está estrechamente conectada con la humana, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor.²⁸¹

Por lo que atañe concretamente a las expresiones *interés superior del menor*, a nuestro juicio, es una opción garantista, que cumple adecuadamente sus objetivos cuando los derechos de los menores puedan encontrarse en situación de riesgo, pero que en otro contexto, no tiene porque excluir las aportaciones provenientes de otras opciones de base psicosocial o jurídica.

La respuesta a esta cuestión no es unívoca; con mucho, podrán llegar a determinarse algunos de los contornos básicos del concepto. Sí que es posible, no obstante, a efectos aclaratorios, constatar que el término *interés del menor* responde a contenidos no necesariamente idénticos. En primer lugar, estimamos preferible el término *menor* al de *niño*, porque el segundo, aún cuando la normativa internacional parece preferirlo, se ajusta más bien poco a determinadas franjas de edad. En cambio, el término *menor*, acoge, sin distinción, a cualquier persona que no ha alcanzado la mayoría de edad prevista en la legislación aplicable. Por lo que atañe concretamente a las expresiones *interés del menor* e *interés de los menores*, pueden considerarse en principio equivalentes, si bien con una matización: resultará útil distinguir entre ambas cuando el *interés* que se persiga o que se quiera delimitar sea el de un concreto menor, o, por el contrario, corresponda, en términos generales, a todo el colectivo de menores.

Así, cabe utilizar la expresión *interés del menor* para los casos concretos, e *interés de los menores* para los supuestos generales.

El interés superior del menor, en el contexto de un ordenamiento jurídico que reconoce y respeta los derechos fundamentales de los menores, consiste no sólo en

²⁸¹ *Ibidem*. p. 56 Nota 7

el respeto a dichos derechos fundamentales sino, además, en el reconocimiento del menor como un ser distinto, desde el punto de vista psicológico y biológico. Este reconocimiento debe conllevar, a nuestro juicio, la aceptación de diversas etapas a lo largo de la minoría de edad. El interés del menor, entonces, debe ser un concepto flexible, en el sentido de capaz de adecuarse a las necesidades privativas de estas etapas, ajustarse a diferentes situaciones, no tiene porque ser necesariamente incompatible con una concepción garantista de dicho interés, por cuanto la equiparación del interés del menor con los derechos reconocidos.

A tenor de lo expuesto, el derecho penal de menores deberá atender al interés de los menores, por una parte teniendo en cuenta que dicho interés tiene como premisa fundamental el respeto a los derechos de los menores; y por otra parte, las particularidades de los sujetos a quienes se dirige, que pertenecen a la franja de la minoría de edad que se conoce como "adolescencia".

La configuración legislativa del derecho penal de menores tendrá como límites los derivados del reconocimiento de los derechos fundamentales, y además deberá tener en cuenta los rasgos biológicos y psicológicos propios de la etapa adolescente.

En lo que se refiere a su aplicación, el derecho penal de menores deberá atender, como de hecho ya contempla la Constitución Federal, Ley Federal de Justicia para Adolescentes y en general todos aquellos ordenamientos que tienen relación con la justicia de menores, al concreto interés de cada menor. Ello no es sólo una exigencia derivada del elenco de derechos fundamentales, sino la plasmación del reconocimiento de la individualidad del menor.

No puede perderse de vista, por otra parte, que como lo señala Vasconcelos, en el sentido que la propia Convención de los Derechos del Niño se refiere a la legislación penal de menores, por lo que deberá ser atendida en este punto, en tanto que integrante del interés de los menores en el ámbito del derecho penal. El artículo 40 de la citada Convención recoge los derechos de los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o se declare culpable de haber infringido esas leyes.²⁸²

Fundamentalmente, es posible distinguir en dicho artículo, entre derechos de contenido sustantivo, esto es, concernientes al ámbito del derecho penal de

²⁸² *Ibíd.* p. 72. Nota 280

menores, y derechos de contenido procesal, propios, por lo tanto, del proceso de menores.

La Convención de los Derechos del Niño, en síntesis, traslada al derecho penal y procesal de menores los derechos y las garantías básicas del derecho y del proceso penal de adultos. Ahora bien, no puede perderse de vista una salvedad: una apuesta ponderada por los mecanismos de tratamiento de menores infractores que eviten recurrir a procedimientos judiciales, puesto que de lo que se trata es precisamente de una mínima intervención, en donde toda tipo de beneficios ara su readaptación serán los ejes del nuevo modelo de justicia de los adolescentes..

Fundamentalmente, es posible distinguir en dicho artículo, entre derechos de contenido sustantivo, esto es, concernientes al ámbito del derecho penal de menores, y derechos de contenido procesal, propios, por lo tanto, del proceso de menores.

La Convención de los Derechos del Niño, en síntesis, traslada al derecho penal y procesal de menores los derechos y las garantías básicas del derecho y del proceso penal de adultos. Ahora bien, no puede perderse de vista una salvedad: una apuesta ponderada por los mecanismos de tratamiento de menores infractores que eviten recurrir a procedimientos judiciales, puesto que de lo que se trata es precisamente de una mínima intervención, en donde toda tipo de beneficios ara su readaptación serán los ejes del nuevo modelo de justicia de los adolescentes.

2.13.2. El principio de intervención mínima.

Las medidas o sanciones respecto de los jóvenes deberán ser racionales y proporcionales, de manera que antes de acudir a la vía punitiva, deberá agotarse cualquier otro, como pueden ser los procedimientos alternativos de juzgamiento, la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, y reservar el orden punitivo a delitos considerados como graves. La imposición de la medida que implique privación de libertad o internamiento, sólo procederá en última instancia y por un término breve, de tal manera que únicamente deberá imponerse en los casos en que el juez considere que la rehabilitación del adolescente no pueda alcanzarse en otro contexto y sólo por el periodo en que se espere lograrla.

El principio de *intervención mínima* es, en esencia, otra limitación del *ius puniendi* que opera en el plano de la elaboración de la norma penal como lo expone Martos Núñez. Dicho principio significa que el Derecho Penal sólo tutela aquellos

derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo.²⁸³

El principio de intervención mínima se conforma a partir de dos postulados: a) el carácter fragmentario del derecho penal; y b) su consideración como *ultima ratio*. A los anteriores, algunos autores añaden la naturaleza accesoria del derecho penal.

Que el derecho penal deba ser utilizado como *ultima ratio* significa que tan sólo puede recurrirse al mismo cuando han fallado los demás controles sociales, formales o informales. Antes de acudir al derecho penal, el legislador, para proteger los intereses sociales, deberá haber agotado todos los mecanismos desprovistos de sanción de qué dispone. Si, aún así la protección no es posible, deberá acudirse a mecanismos sancionatorios no penales. Y sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso a la sanción penal.

Si, por el contrario, se acude al derecho penal antes de aplicar otros medios que resulten menos gravosos, puede llegar a producirse la denominada *hipertrofia del derecho penal*, como suele suceder cotidianamente en sistemas apenas en proceso de desarrollo de la justicia para adolescentes.²⁸⁴

Por otra parte, el carácter fragmentario del derecho penal, significa que el derecho penal no ha de castigar todas las conductas lesivas de los bienes que protege sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos.²⁸⁵

No es preciso extenderse más sobre el principio de intervención mínima para comprender que se trata de un postulado fundamental del derecho penal propio de un Estado de Derecho, que debe inspirar y presidir la *actuación del legislador*, en su calidad de creador de la norma penal, y no a otros poderes del estado cuyas funciones se constriñen a su aplicación.

El empleo flexible del principio de "intervención mínima" en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a

²⁸³ Martos Núñez, Juan Antonio. *El principio de intervención penal mínima*. Madrid. En Fascículo I. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1987. p. 100.

²⁸⁴ Mir Puig, S. *El Derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona. Ariel, 1994. p. 151

²⁸⁵ *Ibidem*. p. 190. Nota 284

los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución. Las instituciones en las que supuestamente se manifiesta la flexibilidad del principio de intervención mínima se caracterizan en menor medida en el abandono de la intervención judicial a favor de diferentes fórmulas alternativas.

2.13.3. Principio de reintegración social y familiar del adolescente.

Mencionaremos que este principio de desarrollo y protección integrales del niño y adolescente, se encuentra muy asociado con el interés superior al que antes comentamos. Viene al caso el encauzamiento de la regulación y de las acciones, es decir, normas y políticas, a la atención del menor conforme al interés superior.

Consideramos que es aquí cuando se percibe que entran en colisión, un sector de la doctrina, la idea de la situación irregular, que legitima una acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad y el concepto de protección integral, que expresa un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia.

Por esta vía se transita del menor como objeto de la compasión represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, como bien lo afirma García Méndez.²⁸⁶

Evidentemente, también en este ámbito sucede lo que señalé acerca del interés superior, el desarrollo integral, base de la protección de la misma naturaleza, se aprecia y mide desde fuera del niño, conforme a ciertos patrones o referencias culturales, siempre opinables. Por lo demás, no es sencillo establecer un concepto de protección integral que logre pacífica admisión, pues como lo advierte Beloff en el sentido de que no sabemos qué significa ‘protección integral’, puesto que ni siquiera la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha podido definir a la fecha”. Indica que esa noción ha sido tomada a partir de los años noventa para evidenciar el contraste con el modelo legislativo anterior, denominado con algo de ligereza, de ‘situación irregular.’²⁸⁷

²⁸⁶ García Méndez, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1994, p. 22.

²⁸⁷ Beloff, Mary. *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, Abregú, M. y Courtis, C. (comps.). *La*

Se promueve la reintegración social del adolescente, para que vuelva a asumir una función constructiva en la sociedad, por lo que este principio exige que las medidas de tratamiento impuestas a un menor de edad, promuevan la reintegración social. En este contexto, todo servidor público tiene el deber de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando exista una resolución judicial, atendiendo al interés superior del niño de que se trate.

En la mayoría de las legislaciones estatales para adolescentes, se define el concepto *reintegración*, en particular el artículo 10 de la Ley de Justicia para Adolescentes de Chihuahua define el principio de reinserción como “toda actividad dirigida a garantizar el ejercicio de los derechos del adolescente encontrado responsable de la comisión de un delito, en el seno de su comunidad y de su familia, conforme a las previsiones de esta Ley”.

Como hemos mencionado antes, hay una estrecha relación entre los principios de desarrollo o formación integral y el de reinserción. Así se denota, en las diversas legislaciones, donde se precisa que el desarrollo integral tiene como fin la reinserción. De lo que no cabe duda es que ésta es un proceso que se cumple cuando el adolescente adquiere conciencia del respeto por la dignidad de las personas y los reconoce como titulares de derechos fundamentales. La concepción de la reinserción como un proceso que tiene objetivos concretos está plasmada con claridad en la Ley de Puebla, que señala: el periodo de reintegración iniciará con la libertad del interno y tendrá como finalidad lograr su reinserción social y familiar, para lo cual el Estado podrá apoyarse en instituciones públicas y privadas de asistencia que faciliten al liberado oportunidades laborales, educativas o deportivas, así como apoyo psicológico, médico y moral, para el mejor desarrollo de su persona y capacidades.

Dicha determinación judicial puede ser necesaria en los casos en los que los niños sean objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del menor. En todos los casos el servidor público, deberá justificar exhaustivamente la

aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires. Ed. Del Puerto/CELS, 1997, p. 623.

decisión y, siempre que las condiciones lo permitan, deberá escuchar y tomar en cuenta la opinión del menor.

2.13.4. Principio de especialización

Las autoridades responsables del sistema de justicia juvenil deberán de ser diferentes a las establecidas para los adultos. Ramírez Salazar señala que el personal responsable del sistema juvenil deberá ser profesionalmente capacitado e idóneo para desarrollar cada una de las instancias, ya sea la policial, de procuración e impartición de justicia o de ejecución de medidas, es decir personal especializado en el trato con adolescentes, como consecuencia la competencia y el profesionalismo restringen el ejercicio excesivo de las facultades de las autoridades.²⁸⁸

En cuanto a la especialización de los órganos y las personas encargados de la justicia de menores, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido varios criterios jurisprudenciales, para precisar con claridad los rubros que comprende el principio que denominamos como especialización:

- a) Órgano Especializado: que comprende al sistema Integral de Justicia para Adolescentes. El término “especializados” utilizado en el artículo 18 de la constitución se refiere al perfil del funcionario y a la competencia legal expresa del órgano perteneciente a ese sistema.
- b) El perfil idóneo: se refiere al sistema Integral de Justicia para Adolescentes. Vertientes de la especialización en su acepción como perfil del funcionario que forma parte de aquél.
- c) Acreditar la capacidad: corresponde al sistema Integral de Justicia para Adolescentes. Acreditación de la especialización del funcionario que forma parte de aquél.
- d) Funcionarios especializados: exige que el sistema Integral de Justicia para Adolescentes, debe acreditarse la especialización del funcionario que forma parte de aquél regímenes constitucionales vigentes y de transición.

²⁸⁸ Ramírez Salazar, Juan Carlos. *Justicia Penal Para Adolescentes, Principios Y Jurisprudencia*. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales. San Luis Potosí. Casa de la Cultura Jurídica del Poder Judicial de la Federación en San Luis Potosí. Año III No. 5 Enero-Junio 2011. p.18

e) Especialización obligada: en el sistema Integral de Justicia para Adolescentes, todos los sujetos están obligados a la especialización.

De lo anterior, se desprende que la especialización alcanza a todos los operadores que intervienen en el sistema de justicia de menores, como son: Juzgadores de primera instancia y ulteriores instancias; juzgadores de control constitucional y legalidad; ministerios públicos; defensores públicos; cuerpos policíacos; encargados de la fase de ejecución (tratamiento); órganos auxiliares del sistema.

2.13.5. Principio de igualdad y no discriminación

En congruencia con el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los diversos instrumentos internacionales, el sistema de justicia para adolescentes debe ser aplicado por igual a todos los adolescentes en conflicto con la ley penal, sin discriminación alguna ya sea por motivos de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, preferencias, estado civil o cualquier otra.

Ramírez Salazar, también expone que los menores de edad deben poseer todos los derechos inherentes a todos los seres humanos y poseen además derechos especiales por su condición de personas en desarrollo, reconocidos en la Convención sobre los Derechos del niño.²⁸⁹

El derecho de igualdad ante los tribunales es un elemento fundamental para la protección de los derechos humanos y fundamentales, pero además es un medio procesal para garantizar el estado de derecho. Asimismo, este derecho garantiza tanto la igualdad de acceso a los tribunales, como la igualdad de medios procesales, es decir, la igualdad de recursos, asegurando que las partes en los procedimientos en cuestión sean tratadas sin discriminación alguna.

Por otro lado, el acceso a la justicia debe garantizarse efectivamente tanto en los casos para determinar cargos penales, como los casos donde se definen los derechos y obligaciones en un procedimiento judicial, para asegurar que ninguna persona se vea privada, por lo que toca al procedimiento, de su derecho a exigir justicia, ni mucho menos que haya indicios de discriminación. Deben gozar de este derecho todas las personas independientemente de la nacionalidad o de la condición

²⁸⁹ *Ibíd.* p.126 Nota 288

de apátrida, como los demandantes de asilo, refugiados, trabajadores migratorios, niños no acompañados, etc. Esta garantía prohíbe toda distinción relativa al acceso a los tribunales y cortes de justicia que no esté basada en derecho y no pueda justificarse con fundamentos objetivos y razonables.

2.13.6. Principio de presunción de inocencia

Debe de presumirse su inocencia, lo cual se entiende hasta en tanto su culpabilidad no haya sido probada y declarada mediante una sentencia definitiva, con independencia de las sospechas o los cargos que sobre él recaigan. Ramírez Salazar, expone que el órgano de acusación debe convencer al juzgador sobre la realidad de los hechos, es decir, llegar a la verdad histórica y jurídica.²⁹⁰

Esta garantía implica que la carga de la prueba recaiga sobre la acusación y el acusado tenga siempre el beneficio de ser considerado inocente, lo que obliga al operador jurídico a desplegar un trato de conformidad con este principio.

Asimismo el operador jurídico está obligado a abordar el asunto libre de prejuicios, pues su deber reside en acreditar la responsabilidad del menor a partir de los elementos de prueba con los que cuente. Un aspecto que debe cuidarse, vinculado al interés de la infancia, consiste en evitar declaraciones públicas realizadas ante los medios de comunicación relativas a la responsabilidad de personas menores de edad que no han sido sentenciados ante los tribunales competentes, pues tales declaraciones son incompatibles con la presunción de inocencia.

2.14. Las medidas de seguridad, como aspecto ejecutivo de la sanción a menores.

El artículo 18 constitucional, es sumamente claro, tiene relevancia fundamental el diseño del área de ejecución, mismo que debe ser el adecuado para el tratamiento e internamiento, que tendrá como finalidad “la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades”. Como puede verse, no se trata de cualquier lugar que se destine para esos efectos, como suele suceder, sino del lugar que cuente con las instalaciones necesarias y adecuadas para el fin propuesto. Un verdadero centro de internamiento, idóneo para

²⁹⁰ *Ibíd.* p.127 Nota 288

proporcionar las medidas de tratamiento que amerite el menor. En cuanto a los recursos humanos, los custodios y demás personal de cierto nivel deben ser especialistas en problemas y trato de menores.

Conforme al artículo 97 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a los adolescentes se les podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite el caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.²⁹¹

Aquí es oportuno recordar que, a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, surge la doctrina de protección integral de los derechos de la infancia, que entraña un conjunto de principios y directrices destinados precisamente a garantizar la protección integral de la infancia. Se busca la satisfacción plena de sus derechos.

El interés superior del niño, de acuerdo con Cillero Bruñol, es una garantía, en virtud de la cual, en toda decisión concerniente al niño se deben considerar, primordialmente, sus derechos; dicha garantía no sólo obliga al legislador si no, también, a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y hasta a los padres del menor; es, también, una directriz política para la formulación de políticas públicas.²⁹²

2.14.1 La proporcionalidad de la justicia de menores

²⁹¹ Artículo 97. La Ley para el tratamiento de menores infractores establece las siguientes medidas de orientación :

- I. La amonestación;
- II. El apercibimiento;
- III. La terapia ocupacional;
- IV. La formación ética, educativa y cultural; y
- V. La recreación y el deporte.

Artículo 103. Son medidas de protección, las siguientes:

- I. El arraigo familiar;
- II. El traslado al lugar donde se encuentre el domicilio familiar;
- III. La inducción para asistir a instituciones especializadas;
- IV. La prohibición de asistir a determinados lugares y de conducir vehículos;
- V. La aplicación de los instrumentos, objetos y productos de la infracción, en los términos que determine la legislación penal, para los casos de comisión de delitos.

²⁹² García Méndez, Emilio y Beloff, M. (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá, Temis-De Palma, 1998, p. 84.

Las medidas deberán ser proporcionales a la conducta realizada. Este es un principio fundamental para la vigencia de la justicia en cualquier sistema, ya sea para adultos o para menores. La sanción, o la medida, deben ser acorde a la gravedad del delito cometido; de otra forma, será una medida arbitraria e irracional, como expresa Miguel Carbonell.²⁹³

A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho) sin que ese límite constituya un remedo de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo. La finalidad última del principio de proporcionalidades, obviamente, evitar que el Poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulneren en su aplicación su contenido esencial.

Las Reglas de Beijing especifican que la respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad.

2.14.2. Las medidas de seguridad y su finalidad: la reinserción social

Las medidas que se impongan a los menores tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades.

La Convención destaca “la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. Las Reglas de Beijing, por su parte, establecen como objetivos del tratamiento garantizar el cuidado y protección del menor, así como su educación y formación profesional, para permitirle que desempeñe un papel constructivo y productivo en la sociedad.

2.14.3. El Internamiento, como medida extrema.

²⁹³ Carbonell Sánchez, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. 1ra. edición. Quito, Ecuador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008 p. 182

El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo breve que proceda. Con esta disposición se pretende proteger a los menores de las influencias negativas que se pueden dar en el internamiento en razón de su vulnerabilidad, por la temprana etapa de desarrollo en que se encuentran.

La Convención postula que *“la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley, y se utilizará sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda”*.

Por su parte en las Reglas de Beijing prevén este principio y, además, anotan que *la pérdida de la libertad como estar aislados de su contexto social habitual agudiza los efectos negativos del confinamiento*.

El internamiento podrá aplicar se a los adolescentes mayores de 14 años de edad únicamente por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves. A propósito de este postulado, las Reglas de Beijing prescriben que *sólo se impondrá la privación de la libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concorra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no ha ya otra respuesta adecuada*.

La determinación de que los menores de 14 años no puedan ser sometidos a internamiento va a crear problemas serios en las entidades federativas que han reducido la edad límite para la responsabilidad penal.

Por otra parte, es lamentable que en este sistema de justicia para menores se haga referencia a la clasificación de delitos graves y no graves, institucionalizada en la reforma constitucional de 1993 a propósito de la procedencia de la libertad provisional, misma que ha sido sumamente criticada por los especialistas. La especificación de los delitos graves se dejó a las leyes procesales, las que, con la máxima facilidad, incrementan el catálogo de tales delitos, lo cual va a repercutir sensiblemente en la privación de la libertad de los adolescentes.

Cabe destacar que la reforma guardó silencio respecto al límite superior de la sanción o la medida en internamiento. En esta forma, dicho límite se puede disparar, como ya está aconteciendo en algunas leyes de los estados, situación que va a dar margen a inconsistencias en lo que debe ser el sistema integral de justicia. Ya se empieza a ver que algunas entidades proponen más de cinco años, 7 años, 9 años y alguna hasta de 15 años de internamiento.

Teniendo como antecedentes la exigencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de diversas Organizaciones no gubernamentales, y por supuesto el reclamo de la sociedad en general, y después haberse adoptado la Convención sobre los derechos del niño, los legisladores del Congreso de la Unión realizaron una trascendental reforma al artículo 18 constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de diciembre del 2005, que, para muchos, ha sido considerada como una de las pocas reformas estructurales aprobadas en los últimos años, ya que afecta a los tres poderes de la Unión, así como a los integrantes del Pacto Federal e intenta ser un nuevo modelo para cambiar el sistema penal de nuestro país y particularmente sobre el nuevo modelo de Justicia de Menores sustentado en el reconocimiento y garantía de derechos de este sector social.

Es evidente que las nuevas disposiciones del párrafo cuarto del artículo 18 ordenan de manera explícita a la Federación, a los Estados y al Distrito Federal, el establecimiento de un sistema integral de justicia que garantice el respeto irrestricto de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución para todo individuo, y limita su aplicación a los adolescentes a quienes se les atribuya la comisión de conductas tipificadas como delitos, cuyas edades fluctúen entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad, dejando en claro que las personas menores de 12 años sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social. Puesto que como lo precisa Miguel Carbonell, con esta disposición se termina con la facultad que anteriormente ejercían algunas entidades federativas para conceder mayoría de edad a efecto de su enjuiciamiento penal a personas que no habían cumplido 18 años; sobra decir que al hacerlo violaban diversos tratados internacionales.²⁹⁴

Pero desde luego, que advertimos, que dichos cambios, no han sido únicamente presión de la voluntad del estado mexicano, sino la respuesta a la presión ejercida desde los órganos internacionales, generada por la recurrente violación de derechos humanos y específicamente del tratamiento que se venía otorgando; así como a la actitud paternalista y autoritaria del propio estado.

Aprobada la reforma, se visualiza el reconocimiento expreso de diversos derechos fundamentales para los niños y adolescentes, de los que por cierto nunca estuvieron excluidos en los ordenamientos internacionales, y que la Constitución

²⁹⁴ *Ibidem*. p. 131 Nota 105.

Política de los Estados Unidos Mexicanos establece de manera genérica para ellos, igual que para los adultos, de aquellos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos en los instrumentos internacionales, particularmente en la Convención de los derechos del niño, que de conformidad con el principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133, es Ley Suprema de toda la Unión, pero que en la práctica, por cuestiones doctrinarias y de interpretación que ya hemos señalado anteriormente, no habían sido observados. Inclusive, dicha reforma constitucional del artículo 18, en su párrafo quinto adicionado, contempla la obligación en cada orden de gobierno de crear instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Por lo que en lo sucesivo, de acuerdo con la *vacatio legis*, todas las entidades federativas y la Federación habrían tenido que seleccionar y capacitar a los agentes del Ministerio Público, policía especializada, jueces, defensores y en general todos aquellos Servidores Públicos que se encargaran de la atención de estos casos; los cuales, además de su capacidad profesional, deben conocer los derechos fundamentales de este grupo.

Asimismo, éstas deben otorgar la infraestructura y recursos necesarios para operar. La reforma establece que en la operación del sistema, es decir, para la aplicación de sanciones, se impondrán medidas de orientación, protección y tratamiento, atendiendo a la protección integral y al interés superior del adolescente, y en ese tenor, señala que el internamiento, es decir, la privación de la libertad, será utilizada sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda. Sin embargo y en concordancia con lo establecido por Olga Islas, considero que se debió señalar un límite máximo temporal de la medida, para evitar inconsistencias y así tener un sistema integral y no como ahora que las penas máximas van de los 5 a los 15 años, dependiendo en el estado de la República en que se cometa el delito.²⁹⁵

Con la inclusión del principio de proporcionalidad que establece el adicionado párrafo sexto del artículo 18 constitucional, la aplicación de las medidas no dependerá del resultado de los estudios que se practican a los adolescentes, sino de la conducta realizada, y en función de ésta deberá imponerse una medida determinada, cuya duración tendrá que ser congruente con la gravedad del hecho

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 168. Nota 105

tipificado como delito. Así, al incluirse el principio de culpabilidad por el acto, y no admitirse consideraciones acerca del autor del hecho imputado, su personalidad, fragilidad biológica o peligrosidad, se dejará a un lado la aplicación de lo que conocemos como “derecho penal de autor”. De tal forma, el procedimiento para adolescentes tendrá como objetivo establecer la existencia jurídica de una conducta tipificada como delito por las leyes, determinar quién es su autor o partícipe, el grado de responsabilidad y, en su caso, señalar la aplicación de las medidas que correspondan.

Por otra parte que consideramos importante, es el principio de subsidiariedad, incluyendo la regulación de las formas alternativas de justicia para la solución de conflictos, además de evitar que en ciertos casos los adolescentes infractores sean sujetos a las molestias que representa un procedimiento, se ahorrarán recursos, al menos esa fue la idea, tanto materiales como humanos y permitirá atender las exigencias legítimas de la víctima, que también requiere de una atención pronta y expedita para restaurar su situación y que en la mayoría de los casos no obtiene los resultados esperados convirtiéndose en objeto de una nueva victimización.

La nueva disposición relativa a la independencia entre las autoridades que se encarguen de la procuración y la administración de justicia, así como de quienes se encarguen de la defensa de estas personas, permite un equilibrio que garantice la imparcialidad en los procedimientos, y se evitará que una misma autoridad administrativa sea la encargada de investigar, detener, juzgar y privar de la libertad a un menor de edad, con el pretexto de que se le está protegiendo y proporcionando un tratamiento para corregir su comportamiento y ser reincorporado a la sociedad, como se realizaba anteriormente, bajo el sistema tutelar.

Es importante destacar la inclusión en el adicionado párrafo sexto, del concepto de “debido proceso legal”, novedad en el texto constitucional, señalando que en todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará esta garantía de reciente inclusión en el orden constitucional mexicano.

La reforma constitucional en cuestión, ordena que el internamiento se utilizará únicamente cuando se trate de adolescentes infractores mayores de 14 años, siempre que estos hayan cometido una conducta tipificada como grave, sólo como medida extrema y por el tiempo más breve, lo que seguramente será motivo de grandes discusiones cuando los jueces, al no estar obligados a dictar una medida de estas características tengan que determinar el tratamiento en externación de un

adolescente que cometa un delito de esta naturaleza; lo cual ciertamente representará un riesgo para la sociedad si la institución encargada de brindar la atención personalizada que requiere cada una de estas personas, no cuenta con recursos humanos y materiales suficientes y adecuados para realizar tan complicada tarea.

Debemos advertir, que la aplicación, prácticamente, equiparable a un Código Procesal Penal para Adolescentes, lo que significaría una transgresión al artículo 14, párrafo segundo constitucional, ya que se conculcarían los principios constitucionales en la materia penal, habida cuenta que la naturaleza de este sistema de justicia, es tácitamente penal, muy a pesar de que diversos autores han manifestado que se trata de un sistema especializado, distinto absolutamente al penal; queda claro, que ante las lagunas y carencias jurídicas, se aplican criterios penales, para dirimir las controversias en que participan menores de edad.

Otro punto de gran relevancia en la aplicación de las medidas es que, bajo ninguna circunstancia, el interés superior del adolescente puede estar en conflicto con la protección de los derechos de la víctima; creo que el congreso federal debió de prever esta situación al momento de aprobar la reforma, sin olvidar, claro, que ahora serán aplicables para el caso de los adolescentes las garantías procesales establecidas en el artículo 20 constitucional y, en consecuencia, las víctimas también gozarán de los derechos contenidos en su apartado B de dicho ordenamiento.

Por otra parte, no queda claro si los sistemas de desarrollo integral de la familia serán las instituciones de asistencia social que atenderán la determinación y cumplimiento de las medidas de seguridad, que dicte la autoridad a menores que han cometido conductas delictivas; por lo que, en todo caso, es menester que los gobiernos estatales y federal realicen las acciones necesarias para que estas personas cuenten con albergues especiales para su atención y con personal capacitado para ello, y jurídicamente determinado, mayormente cuando el plazo para el cabal cumplimiento de la reforma constitucional del artículo 18.

El nuevo sistema de justicia para adolescentes en México debe estar operando desde el 12 de septiembre de 2006. No debemos olvidar que la reforma constitucional entró en vigor el día 12 de marzo de 2006, y que para esa fecha los gobiernos de los catorce estados, cuya edad penal era menor a 18 años, ya deben de haber excarcelado a los menores de esa edad de los centros de reclusión para adultos y también excarcelado de los centros de menores a las personas que no han

cumplido 14 años, o que no hayan cometido conductas tipificadas como graves, para ser tratados en libertad o, en su caso, albergados en instituciones de asistencia social.

No se trata únicamente de sacar a unos de los centros de reclusión para adultos y a otros de los establecimientos para menores, habrá que dar seguimiento a cada uno de los casos para no permitir que queden en estado de abandono, puesto que la familia, juega un papel determinante en la rehabilitación del menor, consideramos desde luego, que no es tarea absoluta ni del estado, ni de sus órganos responsables, sino un problema vinculante y sistemático para la atención del menor, sin embargo, creemos que son los padres los directamente responsables de la vigilancia del menor, por lo que consideramos que habrá de plantearse algunas medidas jurídicas para fincar la obligación de los progenitores, de los cuales, poco se ocupan las leyes que tratan lo relativo a menores, considero que jurídicamente como medida de seguridad y reparación del daño, la de obligar a cualquiera de los padres del menor.

Realizando una recapitulación, esta reforma tiene como finalidad reducir la violencia inherente al sistema penal en nuestro país, causada por la intervención cada vez mayor de menores de edad, lo que se ha convertido en un problema de seguridad pública, ya que a diario nos enteramos de que el número de menores y adolescentes, participan en la alta incidencia delictiva, evidentemente que a juicio del legislador, debemos avanzar del sistema tutelar, hacia el modelo garantista, reconociendo que los adolescentes son sujetos de derechos y no objetos de tutela, planteando el establecimiento de un sistema de sanciones de carácter especial, cuyo objetivo ya no se centra en la visión paternalista de protección asistencial, que ha permitido la actuación arbitraria de las autoridades, pero sin caer en la tentación de repetir en los adolescentes el sistema penal de los adultos, aunque hasta la fecha, esa sea la percepción, seguimos aplicando criterios penales.

Está claro que la aplicación de la reforma constitucional lejos de retirar de las calles a los adolescentes que delinquen, busca proteger sus derechos fundamentales y, en la medida de lo posible, tratarlos en libertad. No se pretende llenar los establecimientos, sino todo lo contrario. En este sentido, tal como afirma González Plascencia: “el problema se reduce a la necesidad de entender que los

vulnerables no son los adolescentes sino sus derechos y que, por esa razón, lo que hay que proteger no es a los adolescentes, sino precisamente sus derechos”.²⁹⁶

Desde luego que estamos parcialmente de acuerdo con el eminente doctrinario, más sin embargo, también creemos, que la reforma penal, conlleva a la disminución de la alta criminalidad, sobre todo de aquella relativa a los menores que comenten actos considerados delictivo, y que diariamente va en aumento, no solo se trata de proteger y una garantizar sus derechos, sino que el efecto es rehabilitar al adolescente para ponerlo en la vía de su desarrollo integral –emocional, físico, educativo, moral, económico-, que se convierta en un miembro familiar que coadyuve en el bienestar y progreso de su núcleo familiar y por la otra parte en la formación de su personalidad como ciudadano productivo y sea respetuoso de la cultura de la legalidad.

Por lo cual, estamos convencidos, que la reforma por si sola -reforma de papel- no es suficiente, sino que es necesario formular una política integral que ataque las causas sociales, económicas y culturales, fomento a la educación, jornadas de instrucción familiar, seguimiento a menores y adolescentes, que generan el fenómeno delictivo, como son la pobreza, la ignorancia, la impunidad y, especialmente, la cultura de la corrupción que existe en todos los eslabones de la cadena de seguridad pública del país, que son las principales causas de la inseguridad y del alto índice delictivo que afectan a México.

A pesar de los beneficios de la reforma antes comentados, no podemos pensar que los sistemas de justicia penal para adultos y adolescentes cumplen con una tarea que corresponde a otro tipo de instituciones, como las de carácter educativo, laboral o de asistencia social.

Sin olvidar claro que el problema del sistema integral de justicia para adolescentes no radica en su fundamentación, sino en su implementación, en lograr su verdadera efectividad y garantizar el respeto de los derechos humanos de este grupo vulnerable. En este sentido, las autoridades deben tener presente que un requisito para articular con éxito la reforma constitucional es la capacitación especializada destinada a policías, agentes del Ministerio Público, jueces y personal técnico encargado de la reinserción social de los adolescentes; así como de defensores públicos, personal de seguridad y custodia, y directivos de los centros de

²⁹⁶ *Ibidem.* p.143 Nota 258

internamiento, para que en el desempeño de sus facultades y funciones observen todas las garantías en materia de justicia para adolescentes, ya que si una parte de las pretensiones de la reforma fue terminar con una serie de violaciones de los derechos humanos, no sería conveniente que por una mala ejecución de la misma, dichas violaciones persistan.

Capítulo III. El menor de edad en derecho internacional, el derecho comparado y la jurisprudencia.

3.1. La influencia de los derechos humanos en la formulación del derecho del menor.

Al analizar el surgimiento de los derechos del niño en el ámbito internacional, la advertimos que durante el siglo XX, se ha creado un proceso de normación de la infancia. Utilizamos indistintamente el término “menor” y “niño”, aunque en este caso, optamos por “niño” en consonancia con las declaraciones de derechos de 1924 y 1959. Fundamentalmente, los derechos del niño ya desde sus primeras formulaciones, se configuran como derechos universales. Así, el derecho del niño a la vida, a la libertad, el derecho a la identidad y la no discriminación, entre otros, forman parte del catálogo de derechos humanos. Por lo que existe una relación esencial entre los derechos del niño y los derechos humanos.

Circunstancia que puede ser advertida como una duplicidad en la enunciación de derechos, y por tanto innecesaria, y por otro, como una especificación de los mismos derechos a un ámbito especial de protección que son los niños, como si de un refuerzo de los derechos se tratara. Hay dos razones esenciales, para justificar esta aproximación: la primero, es la conexión entre los derechos humanos y los derechos del niño como una concreción de aquéllos en éstos y la segundo, que esta relación aparece casi al mismo tiempo en el que la percepción de la sociedad hacia los niños iba cambiando hacia una mayor protección y protagonismo de éstos junto con el desarrollo en el marco jurídico internacional de los derechos humanos.

Evidentemente, no es este el lugar para una exposición pormenorizada de la evolución del concepto de derechos humanos que nos proporcionan las diferentes posiciones doctrinales al respecto y de su influencia en el derecho internacional y en los derechos constitucionales. No obstante, es necesario retomar algunas ideas fundamentales para situar mejor lo que más adelante se dirá sobre los derechos del niño y su conexión con los planteamientos generales en materia de derechos humanos, como lo plantean reconocidos tratadistas.

Sin embargo, debemos precisar, que debido a esos importantes movimientos internacionales, no sólo ha iniciado la transformación sobre la concepción de los derechos del menor, sino además se ha insistido en la planeación y difusión de los

mismos, esta claro, que no ha sido suficiente, ya que se requiere del proceso de formación y consolidación de los derechos del menor.

Es preciso destacar las diferentes denominaciones que estos derechos han tenido en distintos momentos históricos: derechos humanos, derechos fundamentales, derechos naturales, derechos del hombre. Los distintos términos implican diversos matices en su concepción y son sustentadas por diversas corrientes doctrinales.

Terminología, que inclusive hemos reiterado en la cátedra en la Universidad, y desde luego hemos tomado la precaución de establecer las diferencias y los elementos que integran cada noción conceptual.

Otra cuestión de interés de este trabajo de investigación, es la relativa a los sujetos y el contenido de los derechos humanos. En cuanto a lo primero, a pesar de la referencia evidente al individuo como sujeto de los derechos humanos, en el siglo XX se ha generalizado la consideración de sujeto de derechos humanos a grupos en los que el individuo desarrolla su personalidad, como la familia, las confesiones religiosas o las minorías. La consideración como sujetos de derechos humanos a grupos sociales va en conexión con un contenido más amplio en lo que se denomina la segunda generación de derechos. Esta segunda generación la constituye el catálogo de derechos sociales, económicos y culturales que tienen su origen en el modelo del Estado social de derecho, en el que el Estado va a intervenir en la garantía de estos derechos a través de políticas sociales, obligatoriedad de prestaciones y servicios públicos, a diferencia de los siglos XVIII y XIX, en los que la teoría individualista dominaba la concepción de los derechos humanos y el Estado liberal protegía esos derechos a través de una actitud pasiva, no beligerante.

En todo caso es en el siglo XX cuando se imponen los textos internacionales sobre derechos humanos en un plano universal. Kaufmann establece que ello sucede a través de un paulatino proceso en el que los derechos humanos se extienden desde las regulaciones constitucionales de cada Estado al ámbito internacional.²⁹⁷

Tres documentos esenciales a este propósito son la Declaración Universal de derechos humanos de 1948 y los pactos que la desarrollan, el Pacto de derechos

²⁹⁷ Kaufmann, Arthur (1998), "La universalidad de los derechos humanos. Un ensayo de fundamentación" en *Persona y Derecho*, 38, p. 11.

Civiles y Políticos y el Pacto de derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. En estos documentos normativos se contemplan específicamente la infancia en diversos artículos, aunque es evidente que los niños, por el hecho de ser personas, también son sujetos de los derechos enunciados en estos instrumentos, como lo señalan los artículos 16, 25 y 26 de la Declaración Universal de derechos humanos:

“Artículo 16 “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Artículo 25: “ 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Artículo 26.3 “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”

Sin duda, consideramos que esta es en parte el sustento de las diversas reformas constitucionales, en la última década, fueron decisivas para darle la importancia al derecho de los menores, en el caso de México, fue la realizada en el 2005, en la cual se insistió en el modelo garantista.

Han sido a nuestro juicio, tres documentos esenciales lo que se tomaron como base para el nuevo modelo de desarrollo de los derechos sociales e indirectamente de la justicia para adolescentes: la Declaración Universal de derechos humanos de 1948, el Pacto de derechos Civiles y Políticos y por supuesto, el Pacto de derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

Una de las razones más complejas en materia de derechos humanos es la relativa a su fundamentación sobre la que existen numerosas y a veces muy encontradas posiciones doctrinales, pero que parece reclamar necesariamente una referencia a la dignidad de la persona.

Por su lado, la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos recoge en el artículo 18, dentro del título I relativo a “los derechos y deberes

fundamentales”, de los menores, en que la dignidad de la persona es fundamento de orden político y la paz social.

Intuimos que el legislador, sostuvo la tesis de que al establecer el nuevo modelo de justicia de los adolescentes, se cuidara mucho, sobre la protección de los derechos fundamentales de este sector social, a fin de dar cumplimiento a la exigencia vinculativa que generan los tratados internacionales sobre derechos humanos de los menores.

3.2. Los derechos del niño como exigencia de los derechos humanos.

En los principales documentos universales relativos a los derechos humanos, la Declaración Universal de derechos humanos de 1948 y los pactos de 1966 (el de derechos Civiles y Políticos y el de derechos Económicos Sociales y Culturales) contemplan específicamente la infancia en diversos artículos, aunque es evidente que los niños, por el hecho de ser personas, también son sujetos de los derechos enunciados en estos documentos.

El 19 de diciembre de 1966, se promulgaron el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aunque se tratan de documentos de aplicación general y no específica a infancia, debemos referirnos a ellos por dos motivos. En primer lugar, porque estos documentos recogen varios artículos relativos al reconocimiento de derechos y protección de la infancia, que determinan la prohibición de la pena de muerte a menores de dieciocho años, se regulan los procedimientos penales, pleitos matrimoniales o sobre tutela de menores, que se realizarán a puerta cerrada para proteger el interés del menor. También se reglamenta el derecho del niño a no ser discriminado en aplicación de las medidas de protección, derecho a un nombre, su inscripción registral y a la nacionalidad.

Dicho ordenamiento también reglamenta en favor de los menores la no discriminación, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho de los padres de educar a los hijos conforme a sus propias convicciones, la protección de los hijos en caso de crisis matrimonial).

Por su parte, el Pacto de derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene aspectos regulatorios sobre protección de la infancia, protección y asistencia a la familia y en especial a los menores, con una mención específica a las medidas protectoras a fin de evitar la explotación económica y social; el derecho a la

salud, la prevención y reducción de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños; además del reconocimiento de derechos, los pactos establecen un sistema para garantizarlos, por lo que se protege los derechos de los niños recogidos en sendos textos como una condición que a partir de la última década es vinculativa a los órdenes jurídicos de los estados que se encuentran adheridos al pacto.

La aparición de la Declaración de derechos del niño de 1959 vino a materializar el reconocimiento de los derechos humanos en el ámbito de la infancia. Esta idea se recoge expresamente en el preámbulo al afirmar que las Naciones Unidas han proclamado en la Declaración Universal de derechos humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma opinión política o de cualquiera otra índole, palabras estas últimas que incluyen implícitamente la no distinción por motivos de edad.

Recordemos que anteriormente a la Declaración Universal de derechos humanos de 1948, ya en 1924 se adoptó una Declaración de derechos del niño, la Declaración de Ginebra, y en el mismo año de la Declaración de derechos humanos, la recién constituida Naciones Unidas retomó la Declaración de 1924 a la que retocó en la redacción, no así en su espíritu, configurándose en siete puntos en vez de los cinco establecidos.

Entendemos que la justificación del surgimiento de un derecho específico para menores, radica en el desarrollo de la teoría de los derechos del niño a lo largo del siglo XX, de tal forma que el derecho del menor surge como reacción a la situación de la infancia en los períodos de guerra y posguerra y a la consideración del niño como persona de especial protección debido a su falta de madurez psíquica y física y que progresivamente va adquiriendo, situación que queda de manifiesto en el preámbulo de la Declaración de los derechos del niño de 1959 cuando afirma que “considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento; considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño y reconocida en la Declaración Universal de los derechos humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño...”

Nos queda claro que esta justificación del niño como persona de especial protección es fundamental para sostener la teoría de los derechos del menor de edad, no obstante. Sin embargo, es preciso señalar que también existen corrientes contrarias a la existencia de un derecho específico de menores, bajo el sustento de diversas razones, una de ellas es que si se considera a los niños como sujetos de derecho activos, podría causar conflictos de intereses, en especial entre la propia familia; otro de los motivos es que los derechos humanos son de aplicación general a las personas sin discriminación de cualquier índole, y al ser los menores de edad personas, se considera que sus derechos están contemplados y es innecesario duplicar en otros documentos los derechos. El planteamiento de esta postura es perfectamente sostenible, si bien, no podemos obviar que objetivamente los niños a causa de las distintas fases de su desarrollo evolutivo y su concepción y posición social están en un plano de desigualdad con respecto a los adultos para ejercer por sí mismos sus derechos y exigir su respeto.

A este propósito, nuestra opinión puede sintetizarse en el sentido de que los principios de igualdad y de no discriminación entre los seres humanos nos llevaría a considerar innecesarios los textos específicos sobre derechos del niño, dado que nuestra Carta Magna, establece como derechos subjetivos fundamentales y humanos, a todas las personas que se encuentren en el territorio nacional, por lo que evidentemente, que los menores tienen el rango de personas, ya precisado en la parte inicial de este capítulo, al referirnos a la institución del menor y edad de los mismos.

Creemos, sin embargo, que esta postura ignora, como nos hemos referido anteriormente, que la situación existente de los niños en la sociedad y más precisamente, referente al tratamiento jurídico del que son objeto, que aun cuando hoy se les considere como persona, y por tanto sujeto de derechos humanos, la visión tradicional del niño como sujeto dependiente y carente de capacidad de obrar, le ha perjudicado en su consideración de sujeto de derechos, incluso en lo concerniente a la titularidad y ejercicio de los derechos personalísimos, que como sabemos, deben ejercerse exclusivamente por su titular. Tal es el caso de los derechos recogidos en la Declaración Universal de los derechos humanos (derecho a contraer matrimonio, artículo 16, libertad de pensamiento, conciencia y religión, artículo 18, libertad de opinión y expresión, artículo 19).

La dependencia de los niños de otros adultos, generalmente sus padres, se explica por su falta de madurez física y psíquica, madurez entendida como la propia de una persona adulta. Esta desigualdad real entre niños y adultos hace inviable que pretendamos la existencia de la misma protección efectiva de los derechos y las mismas posibilidades en su ejercicio en los adultos como en los niños en las mismas condiciones. Por lo que somos partidarios de la existencia de un derecho específico sobre la infancia. No sólo para la protección tal y como es entendida por la mayoría de los autores, sino por la protección de su capacidad para ser sujeto de derechos y de su capacidad para ejercerlos dependiendo del grado de su desarrollo o madurez.

En efecto, la doctrina de los derechos de niño surge con un carácter proteccionista que, aunque en sus comienzos fue una iniciativa muy favorable, adquirió un alto grado de paternalismo que provocó el tratamiento del niño como un “objeto” desvalido al que hay que proteger. Los derechos del niño se configuraron como una burbuja protectora que pretendía aislar al niño de cualquier daño lo que, en nuestra opinión, provocó que paulatinamente los derechos del niño se entendieran más como medidas de protección que como la concreción de los derechos humanos de personas que requieren especial protección.

Nosotros somos partidarios de una postura, que sin abandonar el fundamento protector, potencie al menor como sujeto de derechos y con capacidad para ejercerlos dependiendo del grado de su madurez. Insistimos en esta última idea, porque la madurez no viene determinada taxativamente con ninguna edad, es un proceso evolutivo y como tal tiene unas fases o grados. Lo que queremos decir es que un niño de cuatro años no va a tener la misma capacidad para ejercer sus derechos que otro de catorce años. Ambos son menores de edad, pero su grado de madurez es distinto.

De ahí que consideremos necesario la existencia de un derecho del menor que además de proteger, potencialice su carácter de sujeto de derechos y su capacidad para ejercerlos conforme a su grado de madurez, sin perjuicio de que habrá que poner más énfasis en tarea del reencauzamiento y educación de los menores, y de ser necesario se potencialicen las medidas de seguridad para lograr tal efecto.

Y finalmente, el hecho de plasmar en textos jurídicos los derechos del niño tiene varias lecturas, desde la visión proteccionista hasta aquella, que compartimos, y que trata de potenciar la figura del menor como sujeto activo de sus propios

derechos, lo cual conlleva unas implicaciones que van más allá de la protección, específicamente de la aplicación de medidas de seguridad, que como ya expresamos, son esenciales para la reinserción del menor en el proceso social.

Una implicación de entender los derechos del niño más allá de la protección, es reconocer al menor la capacidad para ejercer sus derechos, por ejemplo, la elección profesional, política, o religiosa, cuando tiene una edad suficiente. La consecuencia de esto es la posibilidad de que surjan conflictos paternos filiales en el caso de que el menor elija una opción diferente a la realizada por sus progenitores. En este supuesto qué se consideraría, ¿la libertad de decisión del menor o la elección de los padres como titulares de la patria potestad?

3.3. Instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño durante el siglo XX.

El siglo XX ha sido calificado por la doctrina como el siglo de la infancia, debido a que durante ese siglo, por una parte, existe una mayor conciencia sobre la necesidad de protección hacia los niños y por otra, al rápido desarrollo de sus derechos, al menos desde un punto de vista teórico

La razón fundamental que movió a la comunidad internacional a realizar documentos específicos sobre menores se debió a la situación de desprotección en el que se encontraron muchos niños en los períodos posteriores a la Primera y la Segunda Guerra Mundial. Fue así como surgieron las declaraciones de derechos del niño de 1924, hecha por la Sociedad de Naciones y la de 1959, con el mismo nombre, esta vez en el marco de las Naciones Unidas. A pesar de este “interés protector”, ninguna de las declaraciones constituían obligación jurídica y en consecuencia, tampoco determinaron medios que aseguraran el cumplimiento de los principios enunciados. Por tanto, estos primeros documentos internacionales específicos sobre los menores constituyeron un elenco de derechos de los niños de carácter programático, con una obligación moral, y no jurídica, para los Estados que lo habían firmado.

Por otra parte, en Europa, el primer texto específico que recoge los derechos del niño apareció en el año 1992 como concreción en dicho ámbito de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989.

A continuación mencionaremos los documentos jurídicos específicos sobre el menor de edad vigentes distinguiendo dos niveles o ámbitos en el marco internacional, de un lado, el ámbito universal y de otro, el ámbito regional europeo.

3.4. Instrumentos sobre regulación menores en el ámbito universal.

3.4.1. La Declaración de los derechos del niño de 1924.

La Asociación Internacional de Protección a la Infancia promulgó la primera declaración sistemática de los Derechos del Niño, principios que fueron redactados por la pedagoga suiza Englantine Jebb. Tal declaración fue aprobada por la Sociedad de las Naciones en su quinta asamblea el 26 de diciembre de 1924. También se denomina Declaración o Carta de Ginebra, la cual fue revisada en 1946. Este documento como lo refiere Jiménez García, contiene siete principios fundamentales, referidos exclusivamente a los niños, y desde luego preparados por la especialista en la educación, donde nos percatamos que es fundamental el aspecto pedagógico de las cuestiones relacionadas con los derechos de los niños.²⁹⁸

La Declaración propuesta por Jebb es de carácter protector, cuyo objetivo era conseguir el desarrollo pleno del niño en condiciones adecuadas. Anteriormente a esta fecha, surgieron las primeras muestras de interés institucional sobre la protección de la infancia en el ámbito internacional.

Por otra parte, concretamente en 1919, la Sociedad de Naciones creó un Comité de Ayuda al niño, debido a la situación de desamparo de millares de niños tras la Primera Guerra Mundial. Por otra parte, el impulso de la protección de la infancia también surgió y se reforzó desde el movimiento reivindicativo de los derechos de la mujer, destacando entre las pioneras a Ellen Key.²⁹⁹

La Declaración de Ginebra recogió escuetamente siete principios sobre los derechos de los niños, tratándose de derechos de protección referidos a la vida, alimentación, educación y frente a la explotación. Sin embargo y a pesar de

²⁹⁸ Jiménez García, Joel Francisco. *Derechos De Los Niños*. Cámara De Diputados, LVIII Legislatura. Universidad Nacional Autónoma De México. Instituto De Investigaciones Jurídicas. Primera Edición: México. 2000, p.8-9

²⁹⁹ Key, Ellen. *Diccionario de pedagogía*, Imprenta de Henrich y Compañía, Lengborn. 1993, pp. 114.

constituir el primer paso significativo de la comunidad internacional en el avance de los derechos del niño, se trataba de un texto sin valor normativo para los Estados.

Analizado el texto, las dos características destacables son su contenido eminentemente proteccionista y la formulación de los principios. Los textos generalmente incidían más en la protección del niño como sujeto activo de derechos. Otro aspecto que se resalta es el principio que situaban al niño como sujeto pasivo bajo la fórmula: “El niño...debe ser...” mientras que el destinatario principal de la Declaración era la sociedad adulta y los Estados, encargados de asumir el deber de protección de la infancia.

El carácter proteccionista del texto de 1924 supuso un avance en la elaboración doctrinal y jurídica de los derechos del niño, a pesar de que no figuren los niños como sujetos activos de sus derechos.

Sin duda creemos en ese avance porque la protección de los niños por parte de los adultos, y del Estado en particular, es el pilar básico sobre el que se va a ir construyendo la idea del niño como sujeto activo de derechos. Así pues, si no se garantiza al niño su derecho a la vida, a la salud, a un entorno adecuado para su desarrollo, difícilmente podrá ser sujeto activo de unos derechos. Por esta razón, la Declaración de 1924 fue importante en la toma de conciencia, a nivel internacional, de la necesidad de proteger a la infancia.

3.4.2. La Declaración de los derechos del niño de 1959.

Nuevamente, es después de otra guerra mundial cuando la comunidad internacional siente la necesidad de prestar atención a la infancia. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se constituye la Organización de las Naciones Unidas en la Conferencia de San Francisco en 1945. Recordemos que la Declaración Universal de derechos humanos de 1948 tiene como sujeto también al niño, aunque no se le mencione expresamente, ya que es aplicable a todo ser humano sin distinción.³⁰⁰

³⁰⁰ Artículo 2: “*Toda persona* tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de *cualquier otra índole*, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Entendemos que dentro de la expresión *de cualquier otra índole* tiene cabida la distinción por razón de edad. Artículo 6: “*Todo ser humano* tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su *personalidad jurídica*”. La personalidad jurídica determina la capacidad de ser sujeto de derechos, y tal y como se tratara en

La aplicación directa de la Declaración a los niños se infiere de la propia redacción de su articulado, a través de la utilización de las palabras "todos los seres humanos", "nadie", "todo individuo", "toda persona". Partimos de la noción de persona que en nuestra legislación recoge el Código Civil en su artículo 29: "El nacimiento determina la personalidad"

Es claro advertir que el interés de la Declaración por la infancia o la minoría de edad se reflejan en diversos artículos. En concreto, los artículos 16, acerca de la edad mínima para contraer matrimonio, el artículo 25, relativo a las necesidades básicas para el desarrollo personal y el artículo 26 sobre el derecho a la educación.³⁰¹

Antes de la Declaración de derechos humanos, la nueva organización de la comunidad internacional era consciente de la necesidad de la protección de la infancia. Claro ejemplo de ello fueron dos hechos acaecidos en el año 1946.

otro lugar de este trabajo, el menor de edad tiene personalidad jurídica y por tanto, es sujeto de derechos. Artículo 7: "Todos son iguales ante la ley y tienen, *sin distinción*, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación" (La cursiva de los textos es nuestra).

³⁰¹ Art. 16: "Los hombres y las mujeres, *a partir de la edad núbil*, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. (...)".

Art. 25: " 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; (...). 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social."

Art. 26: " Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. (...) 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promover el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos."

Primero, la Recomendación del Consejo Económico y Social para que se retomara la Declaración de Ginebra de 1924, como una forma de compromiso de los Estados con la infancia y segundo, la creación del Fondo Internacional de Auxilio a la infancia (UNICEF) en Asamblea General de las Naciones Unidas.

Tomando como base la Declaración de Ginebra, la Asamblea de Naciones Unidas redactó un nuevo texto aprobado el 20 de noviembre de 1959. Esta nueva Declaración de derechos del niño, al igual que el texto de 1924, no constituía norma con fuerza vinculante para los Estados, por lo tendremos que esperar a la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

Entre las enmiendas más significativas encontramos las de Italia, Argentina y Bélgica sobre la necesidad de definir el concepto de niño. El sistema taliano fue más allá en la definición de “niño” y propuso la necesidad de protección del *nasciturus* desde el momento de la concepción. Propuesta admitida con diferente redacción y que quedó reflejada en el Preámbulo: “Considerando que el niño, [...] necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento...”. En el mismo sentido que Italia, Argentina, propuso como Principio el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Propuesta rechazada, debido a la falta de acuerdo sobre el momento en el que comienza la vida humana y al grupo de países que permitía el aborto en sus leyes.

También las enmiendas de URSS, Venezuela y Rumanía al Principio X sobre el trabajo infantil, propuestas que consideramos como más significativa la presentada por la URSS. Esta propuesta consideraba necesario establecer medidas sancionadoras contra aquellos que empleasen a niños menores de “cierta edad” (así lo mencionaba el Principio X propuesto por la Comisión de derechos humanos). El establecer los mecanismos de sanción y la responsabilidad de estas personas infractoras era, según la delegación soviética, el único medio de garantizar la efectividad de este principio. La propuesta de enmienda fue rechazada debido a la naturaleza del texto, ya que una Declaración no podía establecer medidas de aplicación directa para los Estados.

Las modificaciones propuestas por Italia al Principio IX sobre niños incapacitados, en que se trataba de incluir a los niños delincuentes como “niños socialmente inadaptados”. La propuesta italiana era incluir en el ámbito de protección a los menores como niños socialmente inadaptados a aquellos que habían delinquido. El texto alternativo presentado por Italia al Principio IX propuesto

por la Comisión fue: “Al niño socialmente inadaptado, incluso al delincuente, no se le podrá separar de su familia más que en virtud de la decisión de una autoridad judicial especializada”. La propuesta fue rechazada por considerar que esta nueva redacción era más limitada que la original al no incluir a los niños discapacitados física ni psíquicamente. Otro motivo señalado por Álvarez Vélez, es que la fórmula prevista de *autoridad judicial especializada* exhortaría a los Estados a crear, o potenciar si es que existían, los Tribunales de Menores. Finalmente, el texto aprobado como Principio V incluyó a aquellos niños que sufran “impedimento social”, en el que tendrían cabida los menores delincuentes, pero en ningún caso se menciona la jurisdicción especializada.³⁰²

Así las cosas, la comunidad internacional optó por un texto sencillo, sin pretensiones de ir más allá de una declaración de principios con fuerza moral y no jurídica. Con ello se consiguió evitar conflictos entre Estados y una mayor rapidez en la elaboración del texto. Prueba de ello, son las propuestas de enmienda presentadas por diversas delegaciones en las que se forzaba a la comunidad a un compromiso que sostenía la necesidad de conformar acuerdos para vincular a los Estados firmantes y realizar una Declaración en la que constara el reconocimiento internacional de los derechos humanos aplicados a los niños, como sujeto de especial protección.

Aunque la Declaración tuvo un carácter programático, sin eficacia jurídica, queremos destacar que el texto supuso un avance en el tratamiento del niño con respecto al anterior de 1924. Primeramente, porque se recogieron explícitamente más derechos y ámbitos concretos de protección que no aparecían en el texto de 1924. Y seguidamente, lo más importante en nuestra opinión, el niño aparecía como sujeto activo de derechos a diferencia de la Declaración de Ginebra.

Por tanto, si desde un punto de vista lingüístico, en el texto de 1924 el niño aparecía exclusivamente como sujeto pasivo –como “objeto” necesitado de protección-- la Declaración de 1959 dota de mayor protagonismo al niño al conceptuarlo claramente como sujeto de “su propio” derecho. No obstante, *de facto*, al igual que el texto de 1924, la Declaración de 1959 tuvo un carácter eminentemente proteccionista.

³⁰² Álvarez Vélez, Ma. Isabel, *La protección de los derechos del niño*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1994, p. 35

Por lo demás, es necesario destacar que la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de derechos del niño de 1959 constituyeron las bases de un edificio aún en construcción, el derecho del menor de edad, y que en el ámbito internacional, tiene su pilar principal en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

La Convención sobre los derechos del niño de 1989 culmina el proceso en el que el niño aparece como verdadero sujeto de derecho. Retomando el ejemplo del derecho a la educación, el artículo 28 es paradigma de esta teoría. Aparece en los tres textos sobre derechos del niño, y en cada uno de ellos se percibe las distintas fases en el tratamiento del derecho y las garantías para el efectivo cumplimiento del mismo.

3.4.3. La Convención sobre los derechos del niño de 1989.

En 1978, Polonia, junto a otros estados como Austria, Bulgaria, Colombia, Jordania, Senegal y Siria presentaron una propuesta de Convención con el propósito de que fuera aprobada en el año 1979, año que se proclamó como “Año Internacional del niño” por la Asamblea General de las Naciones Unidas, para celebrar el vigésimo aniversario de la Declaración de los derechos del niño y alentar a que sea aplicada. De ahí la propuesta de los Estados que presentaron el proyecto de Convención en 1978 de aprobarlo ese año, como mejor forma de conmemorar y garantizar la aplicación de los derechos del niño.

Como culminación de todo el proceso, el 20 de noviembre de 1989 se aprueba en Nueva York la Convención sobre los derechos del niño. Los trabajos preparatorios de la Convención se remontan a 1978 cuando Polonia, aprovechando el año internacional de la infancia, presentó en la 34ª sesión de la Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas un proyecto con la intención de desarrollar un documento vinculante sobre los derechos del niño.

El 5 de octubre de 1979, Polonia presenta un nuevo proyecto de convención mucho más elaborado y semejante en estructura a la actual, ya que fue el documento sobre el que se realizaron los trabajos preparatorios de la definitiva de 1989.

La Convención sobre los derechos del niño se adopta en Resolución 44/25 de 20 de noviembre por la Asamblea General de Naciones Unidas. Se caracteriza por ser el documento jurídico internacional con más signatarios y uno de los pocos que

entró en vigor rápidamente, el 2 de septiembre de 1990. Asimismo, constituye el documento fundamental sobre los derechos del menor que, a diferencia de sus predecesores, es un texto más desarrollado. Consta de cincuenta y cuatro artículos frente a los cinco principios de la Declaración de 1924 y los diez de la Declaración de 1959.³⁰³

Los derechos que recoge que Convención no están ordenados sistemáticamente, ni por su naturaleza jurídica ni siquiera por grupos temáticos de derechos. Según Pérez Vera esta falta de orden puede deberse bien a la intencionalidad, fundamentalmente debido a la falta de consenso en el grupo de trabajo de elaboración del documento, o bien a que el orden de aparición de los derechos es fortuito. Lo que sí es claro es que junto con derechos humanos aparecen también derechos relativos a la protección del menor cuya naturaleza jurídica es distinta a los primeros.³⁰⁴

Hay autores que optan por hacer su propia clasificación distribuyendo los derechos por temas o aquéllos que prefieren utilizar el método clasificador de tres ejes: provisión, protección y participación.

Nosotros, tomando como referencia los criterios establecidos por Naciones Unidas para la realización de los informes preceptivos por los estados parte, podemos estructurar la Convención en tres partes:

La primera, en la que se incluye el preámbulo, el ámbito de aplicación -los menores de dieciocho años salvo que por su ley aplicable hayan alcanzado antes la mayoría de edad- y los principios rectores de los derechos del niño, que son la no

³⁰³ 191 Estados forman parte de la Convención, salvo Estados Unidos y Somalia. A estos dos Estados, hay que sumarle un tercero de reciente creación, la República Democrática de Timor Oriental, la cual a fecha de 10 de enero de 2003 aún no había firmado la Convención, aunque podría hacerlo próximamente. En este sentido, se manifestó el monseñor Carlos X. Belo, obispo de Dili (Timor Oriental) y Premio Nobel al afirmar en el simposio "Compromiso con la infancia de las religiones del mundo" de 7 de mayo de 2002 que haría todo lo posible para que Timor Oriental firmara cuanto antes la Convención y sus Protocolos El vigésimo instrumento de ratificación se realizó el 3 de agosto de 1990, entrando en vigor la convención tal y como prevé su artículo 49, al trigésimo día de dicha entrega.

³⁰⁴ Pérez Vera, E. *El Convenio de los derechos del niño en el marco de la protección internacional de los derechos humanos, Garantía internacional de los derechos sociales*, Madrid. Ministerio de Asuntos Sociales., 1990. p. 178.

discriminación (art. 2), el interés superior del niño (art. 3), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6) y el respeto a la opinión del niño (art. 12).

La segunda es la parte sustantiva (Parte I del documento), en la que se recoge los derechos del niño, entre los cuales encontramos el de libertad de pensamiento, conciencia y religión.

La tercera la constituye las partes II y III de la Convención y viene a ser la parte procedimental, en la que se define las condiciones en las que se debe aplicar la convención y otras disposiciones tales como el deber de difusión, reservas, órgano de vigilancia y su funcionamiento y entrada en vigor.

Además de la naturaleza jurídica de la Convención que la hace ser un documento vinculante, queremos destacar dos aspectos más. El primero es sobre la definición del concepto de niño que el artículo 1 lo establece como “todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”, del cual ya hicimos análisis detallado en el punto anterior. El segundo de los aspectos es la consideración del niño como sujeto activo de derechos, idea materializada en dos principios rectores de la Convención que son el derecho al desarrollo y al respeto a la opinión del niño.

3.4.4. Otros instrumentos internacionales relativos a menores de edad.

Creemos de interés referirnos a otros instrumentos jurídicos específicos de menores que dictados por la comunidad internacional, sí tienen fuerza vinculativa a los órdenes jurídicos de los estados firmantes:

3.4.4.1. El Convenio de Ginebra.

Relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, cuyo articulado menciona en numerosas ocasiones al niño como sujeto de especial protección y el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter internacional (Protocolo II), de 8 de junio de 1977, del que destacamos el artículo 4 relativo a garantías fundamentales en cuyo párrafo tercero se menciona que los niños “recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos.”

3.4.4.2. El Convenio de La Haya.

Un documento de naturaleza civil, celebrado el 24 de octubre de 1956, sobre la ley aplicable a obligaciones alimenticias respecto a menores y el Convenio sobre reconocimientos y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores, suscrito también en La Haya, el 15 de abril de 1958. Ambos surgidos en la Conferencia de la Haya de derecho Internacional Privado y que tratan las obligaciones alimenticias en dos áreas distintas: de un lado, la ley aplicable que correspondería al derecho sustantivo y de otro, el procedimiento para hacer efectivas las resoluciones sobre alimentos ubicados en la parte procesal.

Como los convenios de ámbito laboral, la finalidad era proteger al menor. Conviene indicar que ambos convenios disponían la edad de veintiún años como límite de la minoría de edad a efectos de su aplicación. Asimismo, el artículo 1 de ambos Convenios establecía como requisitos además de tener menos de veintiún años, ser hijo legítimo, ilegítimo (aún existía la distinción) o adoptivo y no estar casado²⁸². Recordemos que esta definición de "menor" era siempre a efectos del Convenio, ya que, como hemos expuesto antes, aún no se había definido dentro de la comunidad internacional un concepto general de "niño" ni de "menor".

Convenio de 24 de octubre de 1956 sobre la ley aplicable a obligaciones alimenticias respecto a menores, artículo 1, párrafo 4: "A los fines del presente Convenio, la palabra "menor" significa todo hijo legítimo, ilegítimo o adoptivo que no esté casado y tenga menos de 21 años cumplido". Convenio de 15 de abril de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores, artículo 1: "... *decisiones dictadas e virtud de demandas de carácter interno o internacional relativas a reclamación de alimentos por un hijo legítimo, ilegítimo o adoptivo, que no esté casado y tenga menos de veintiún años cumplidos*".

3.4.4.3. La Convención de Naciones Unidas sobre el consentimiento matrimonial.

Instrumento también de naturaleza civil, estableció la edad mínima para el matrimonio y el registro de los matrimonios de 1962 y la Recomendación con el mismo nombre de 1965.

Ambos documentos enfatizan en la necesidad de evitar los matrimonios forzados o de conveniencia entre niños, así como aquellos que se realizan con niñas

que aún no han alcanzado la pubertad. Sobre la edad mínima no se especifica ninguna, sino que se refiere a la edad legal marcada por el derecho interno así como las causas de dispensa de la misma, advirtiendo que la recomendación de 1965 sí aconseja que no se celebren matrimonios entre personas de menos de quince años de edad.

Por otra parte, el Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de La Haya, fechado el 5 de octubre de 1961, define en el artículo 12 el término “menor” como “toda persona que tenga la calidad de tal, de acuerdo con la ley interna del Estado del que es nacional, o la ley interna del Estado de su residencia habitual”. Observamos cómo esta definición de menor se aproxima a la definición de la Convención de los derechos del niño en el artículo 1: *Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*

Dicho convenio en cuestión, delimitar el ámbito de aplicación del documento en su artículo 4, establece una excepción para el menor, que consiste en la inaplicación del Convenio “cuando el menor alcance la edad de dieciséis años”.

No omitimos señalar, que se aprecia en los textos internacionales una evolución que parte del empleo generalizado de la palabra “niño” hasta concretar el significado del término “menor”. Término que viene a precisar una edad, bien sea la relativa a la ley de la nacionalidad o de la residencia, o bien de una fijada por el documento. Así como encontramos una excepción a esta línea en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, sin obligatoriedad para los estados firmantes, en la que se utiliza el término “niño” en sentido general y sin asociarlo al de “menor”.

3.4.4.4. Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores o Reglas de Beijing.

Establecen que establecen el tratamiento específico de los derechos y la protección del menor, se amplía al ámbito penal, constituyen un hito en el tratamiento de la responsabilidad penal del menor por diversos motivos, por las siguientes razones:

Primero.- Establece la diferencia de trato que debe otorgarse al menor, comparativamente con los adultos, con base en su proceso evolutivo.

Segundo.- Se reconoce al menor como sujeto de especial protección y de derechos, lo que se refleja en una pormenorizada exposición de garantías y derechos de la personalidad y garantías procesales fundamentales.

Tercero.- Se potencia que la sanción penal no sea meramente retributiva.

Cuarta.- La Regla 2 establece una definición de menor en los siguientes términos: "Menor es todo *niño o joven* que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado con un delito en forma diferente a un adulto". Se constata en esta definición el interés de la comunidad internacional de precisar los sujetos a los que va a ser de aplicación el documento, ya que el concepto de "menor" es una categoría amplia que incluye diversas etapas de la vida, a los niños y a los jóvenes, término este último que no suele aparecer en los textos vistos hasta entonces. Aparecen rasgos garantistas del procedimiento, y se pretende que haya una diferencia explícita en cuanto al tratamiento que se otorga a los adultos, sin embargo, creemos, que dicho planteamiento, no pierde totalmente la naturaleza penal.

Podemos concluir que a partir de la utilización del término "menor" y su concreción en los documentos internacionales se garantizan los derechos del niño. A través de ello se determina el ámbito de aplicación y consigue mayor seguridad jurídica que con el uso del término "niño". Término este último que se define jurídicamente en la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

3.5. El interés superior del menor.

3.5.1. Origen del concepto.

Existen numerosos preceptos de Derecho internacional y nacional que recogen el principio de protección del menor en la medida en que éste se considera sujeto merecedor de especial cuidado y atención por los ordenamientos jurídicos.

El concepto de familia ha sufrido una gran evolución en la última mitad de siglo. Roca Trias considera que hoy ya no se admite el concepto de familia con entidad propia, con personalidad jurídica y derecho a la intimidad que implicaba la imposibilidad de cualquier injerencia estatal sobre lo que ocurría en su seno. Actualmente, nos queda claro, que la familia se protege en nuestro ordenamiento en la medida en que es un medio para la consecución del libre desarrollo de la

personalidad de cada uno de sus miembros en tanto que individuos. La finalidad o función de la familia es permitir el libre desarrollo de la personalidad.³⁰⁵

Con relación a la personalidad de la familia, estamos de acuerdo con lo señalado por el tratadista Bidart Campos, en el sentido que la familia no tiene personalidad jurídica propia, sino que es la suma y la pluralidad de sus miembros, y no una persona jurídica; donde el sujeto de derecho -activo y pasivo- al que tenemos que contemplar es siempre la persona humana, la persona física. Es a ella a quien debemos proteger, dignificar y exaltar cuando la vinculamos socialmente desde su situación familiar y en referencia a los aportes del derecho constitucional al derecho de familia, reitera la anterior idea señalando: "La familia no es una entidad distinta a la pluralidad de las personas que la componen; o sea, no es una persona moral, ni tiene personalidad jurídica propia, ni es sujeto de derecho; es una institución cuya realidad coincide y se agota con la suma de los que la integran. De ahí que cuando dentro de la familia hablamos de derechos, la titularidad de cada uno de esos derechos no la asignemos a la familia en cuanto ente colectivo, sino a una persona física bien concreta dentro de la familia de la que es miembro (será el esposo, la esposa, el hijo, el padre, la madre, el hermano).³⁰⁶

En México, el artículo 4 reformado de nuestra Constitución Política Federal, que para muchos consagra entre otras cosas un derecho a la libertad reproductiva, tiene innegablemente la virtud de concederle a la familia un lugar privilegiado y la protección de nuestra más alta norma jurídica, en muchos de sus aspectos. Así las cosas, consideramos que la protección de la familia, a nivel constitucional, comienza por el establecimiento en nuestra Carta Magna del principio de igualdad de géneros, como lo precisa Miguel Carbonell, al señalar que el varón y la mujer son iguales ante la ley; para después continuar con un enunciado normativo que establece con toda claridad que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia, reconociéndola, por ese simple hecho, como célula básica de organización de la sociedad y merecedora de la protección especial del Estado. De tal suerte que éste

³⁰⁵ Roca Trias, Encarna. *Familia y cambio social (De la casa, a la persona)*. Civitas. Madrid, 1999. p. 70-71. La familia no tiene en sí misma ningún reconocimiento legal superior o distinto del que se atribuye a los miembros que forman parte de ella. Asume su protección, lo hace como valor instrumental

³⁰⁶ Bidart Campos, Germán. *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*. Buenos Aires-Argentina. Ed. Ediar. 1999, p. 101.

tendrá como menester garantizar la protección integral de la familia, no obstante que la organización de la familia.³⁰⁷

Sin embargo cabe aclarar que a pesar de que el concepto de familia no está constitucionalmente definido, recibe una amplia protección de parte del estado, al grado que los derechos familiares se han elevado a rango constitucional, especialmente los que corresponden a los menores de edad a la satisfacción de sus necesidades de salud, alimentación, educación, sano esparcimiento y desarrollo integral; así como a correlativa obligación de los ascendientes, tutores, custodios y, más importante aún, del propio Estado como coadyuvante y facilitador de estos derechos.

Por este motivo el funcionamiento de la familia no puede dejarse al libre albedrío de sus miembros como ocurre en los ordenamientos jurídicos liberales. Es evidente que dentro del grupo familiar existen miembros que se encuentran en una situación de poder por lo que debe protegerse a los miembros más débiles para garantizar que también éstos van a disfrutar de los derechos fundamentales. Es decir, se visualiza el interés que tienen tanto el, menor, como los demás miembros integrantes de la familia.

Generalmente, queda claro, que el miembro más desprotegido dentro de la familia es el menor de edad en la medida en que todavía está desarrollando su capacidad natural. Por ello es necesario que existan una serie de normas imperativas dirigidas a asegurar la protección de estos individuos bien sea mediante una protección activa, el ejercicio de la patria potestad, bien sea mediante una protección pasiva, la abstención de cualquier actividad por parte de los titulares de la patria potestad para permitir la actuación del menor por sí mismo en el ejercicio de sus derechos cuando tenga suficiente madurez de juicio para ello.

Es en este contexto de modificación del status del menor de edad donde aparece el concepto de interés del menor, concepto no exento de críticas entre la doctrina, ya que se señala Rivero Hernández haber una sobreprotección jurídica del menor porque, partiendo de este concepto, le otorga un excesivo protagonismo al menor que parece tener muchos derechos pero ninguna obligación.³⁰⁸

³⁰⁷ Carbonell Sánchez, Miguel, *La Constitución en Serio*. México. Porrúa y UNAM., 2001, p. 170

³⁰⁸ *Ibidem*. p. 24 Nota 7

Sin embargo, creemos pertinente hacer la siguiente reflexión al respecto, partiendo del supuesto, de que lo importante es la protección de los derechos del menor, hasta ahora negados, el interés del menor requiere que se eduque en una serie de valores y normas de respeto y educación donde pueda desarrollar libremente su personalidad. Por otra parte, también se ha criticado por su alto grado de abstracción y vaguedad agravado por las diferencias culturales que pueden condicionar su definición, sin embargo, consideramos que es un error creer que no hay unas reglas preferibles a otras o que no puede establecerse un contenido mínimo del concepto de interés del menor, pensando que el problema no está en admitir o no la existencia del interés del menor sino en averiguar en qué consiste tal interés y cómo puede determinarse.

Ante esa indeterminación, creemos que existen posibilidades de actuación, que nos permita crear una relación sistemática de criterios dirigidos a determinar cómo respetar el interés del menor, por una parte, no aceptar el modelo aplicado por el sistema anglosajón debido a su rigidez, esta claro que nunca un listado cerrado y taxativo puede ser lo suficientemente exhaustivo para prever todas las situaciones posibles ni adecuarse a la evolución de la sociedad y las nuevas situaciones que de ella pueden surgir, como lo afirma Roca Trias ya que esta solución tampoco está exenta de indeterminación.³⁰⁹

La otra posibilidad, que parece que es la que se ha adoptado más ampliamente en otros países, aun cuando también ha recibido críticas, permite un alto grado de flexibilidad para adecuar el caso concreto al valor que se protege con este concepto. En efecto, su flexibilidad, permite determinar en cada caso aquello que es más beneficioso para el menor pues no siempre una misma medida es adecuada para todos y cada uno de los menores. La oportunidad de una determinada actuación en relación al interés del menor dependerá de sus características personales, del ambiente familiar y social en el que vive, de sus condiciones de madurez, por lo que creemos puede ser la solución para determinar el interés del menor de forma más amplia.

3.5.2. Concepto de Interés superior del menor.

³⁰⁹ Ibídem p.71 Nota 305

Se ha afirmado por Roca Trias que el contenido esencial del interés del menor consiste básicamente en proteger y garantizar sus derechos fundamentales como persona y fomentar el libre desarrollo de su personalidad.³¹⁰

Lo expuesto, se sustenta sobre la protección integral de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del individuo así como sus derechos fundamentales, por lo que no hay duda de que el menor de edad tiene la titularidad de los derechos de la personalidad desde el nacimiento sin necesidad de que exista ningún otro requisito, como ya se precisó al principio de este capítulo, el menor, tiene la calidad de persona desde el momento en que nace y desde el nacimiento tiene personalidad, que no es otra cosa que la atribución de la dignidad y los derechos fundamentales que corresponden a la persona por el hecho de serlo.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el menor de edad está en una situación especial por el momento de desarrollo intelectual en el que se encuentra. Por ello, el reconocimiento de los derechos fundamentales que merece todo ciudadano y el deber de los poderes públicos de promover su goce efectivo y de remover los obstáculos que impidan el pleno desarrollo de su personalidad, así como la protección y ayuda que deben prestar los padres a los hijos, cobra aquí especial importancia. La actuación paterna y de las instituciones públicas en su caso, deberán ir dirigidas a que el menor tome conciencia de sí mismo, de los derechos que le corresponden como persona y de cómo utilizarlos, en definitiva, se trata de que el menor madure tanto física, emocional y socialmente.

La intervención de los padres en el ámbito de la personalidad del menor se justifica en la medida en que evita perjuicios graves en el menor y en que va dirigida a fomentar el desarrollo de su personalidad y su madurez como persona de tal suerte que llegue a ser una persona adulta responsable e independiente, con la certeza que será un hombre de bien, respetuoso de los valores y normas sociales, que posibiliten su estado de bienestar.

En efecto, si como se ha expuesto arriba *-ut supra-*, la intervención de los progenitores en el ámbito de la personalidad del menor de edad sólo se justifica en la medida en que se defiende al menor de las agresiones externas que pueda sufrir en sus derechos y se forma al menor para que sea un adulto autónomo y

³¹⁰ *Ibidem.* 216 Nota 305

responsable capaz de defender y ejercer sus propios derechos de la personalidad, hay que decir aquí que ese grado de intervención es posible en la medida en que coincide con la consecución del contenido esencial del interés del menor.

Por todo ello, parece más adecuado decir que el contenido del interés del menor es la salvaguarda de los bienes jurídicos de la personalidad, bien a través de la figura del derecho subjetivo permitiendo que el menor actúe por sí mismo cuando tenga madurez suficiente, bien a través del cumplimiento de la función social inherente en la patria potestad y el respeto al interés legítimo en la protección de la persona del hijo menor de edad.

3.6. Criterios para determinar el contenido esencial del interés del menor.

3.6.1. La voluntad y libertad del menor.

Se suele señalar como un criterio para determinar el interés del menor, para conseguir la protección y promoción de sus derechos fundamentales, limitarse a los deseos y opiniones del menor. Ferrer Riba menciona que sólo teniendo en cuenta la voluntad del menor permitiremos que desarrolle su propia personalidad y se protegerá así su interés.³¹¹

Deducimos que otros autores han preferido una tipificación sobre la base de la exclusiva voluntad del menor; la aceptación de un sistema de concreción del contenido del principio del interés del menor de esta forma podría inutilizar el propio conjunto de derechos fundamentales, por lo que nos parece perjudicial un sistema que deba tener en cuenta los deseos del mismo.

Y ello se confirma por el hecho de que se tendrá en cuenta el marco familiar y social, es decir, su idiosincrasia como persona, su personalidad. Ferrer Riba, precisa que se hace así una concesión al valor autonomía del menor lo cual no excluye otros criterios de fijación del interés del menor.³¹²

Sin embargo, creemos que debe diferenciarse entre menores que tienen suficiente madurez de juicio y menores que no la tienen, ya que cuando el menor de edad tiene suficiente madurez ejercerá por sí mismo los derechos de la personalidad

³¹¹ Ferrer Riba, J. *Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña*, Ed. Derecho Privado y Constitución, 1995, No. 7, p. 54

³¹² *Ibidem.* p. 55 Nota 311

excluyéndose de este ámbito la actuación de los representantes, en la actualidad ha sido cotidiano que la protección que merece todo menor de edad se consiga de forma pasiva permitiendo que el menor actúe por sí mismo en la medida en que se lo permite el desarrollo de su autogobierno. Quizá sea parcialmente bueno, el permitirles, que expresen su voluntad, mayormente que hoy los medios de comunicación y la informática, han jugado un papel importante en la maduración del joven, más creemos que no es suficiente, porque se requiere de la formación de valores y responsabilidades compartidas en el ámbito social y familiar.

Por el contrario, cuando el menor de edad no tiene suficiente capacidad de autogobierno, la protección se ejerce de forma activa mediante el ejercicio de la patria potestad de los padres los cuales deberán respetar los deseos y opiniones del menor en la medida en que éstos son reflejo de su personalidad. Esta voluntad puede ser una voluntad en sentido jurídico, es decir, una voluntad libre y consciente manifestada mediante una declaración de voluntad argumentada y razonada. Pero cuando el menor es de muy corta edad es posible que sus deseos y opiniones se manifiesten de forma diferente a una declaración de voluntad en sentido jurídico y en estos casos también puede tener trascendencia en aras a la protección de su personalidad por parte de los padres. Por tanto, también cuando la corta edad del menor no le permite expresar una opinión de forma argumentada o cuando ni siquiera él mismo tiene conciencia de ella pero ésta es comprensible para cualquier adulto que observe y escuche al menor, puede tenerse en cuenta sus deseos en la medida en que son manifestación de su personalidad.

De esta forma el desarrollo de la personalidad del menor se canaliza a través de la actuación de los padres que actúan como intérpretes de la personalidad del hijo, puesto que en efecto, los padres a través del ejercicio de la patria potestad deben estar atentos a las inquietudes de los hijos menores de edad de tal manera que si el menor demuestra interés y aptitudes por la música los padres deberán fomentar esa característica de la personalidad del hijo.

Ello no quiere decir, sin embargo, que los padres deban subordinar o someter sistemáticamente su actuación a los deseos del menor puesto que en ocasiones la voluntad, incluso argumentada, del menor es caprichosa y contraria a sus propios derechos de la personalidad. Por ello, el criterio de la opinión del menor no debe ser el único y no siempre debe prevalecer. Es claro, que en nuestro sistema social y jurídico, atender a los deseos del menor siempre tiene un límite y es que aquéllos

sean contrarios a sus derechos fundamentales y al libre desarrollo de la personalidad, quizá por ello los padres deben actuar conforme a lo que el menor si tuviere suficiente información y desarrollo intelectual hubiera querido. Sin embargo, el interés del menor, es importante en la medida que exista una aplicación en la práctica por lo que parece más adecuado atender a los deseos del menor, ya manifestados de forma expresa o tácita, y con el límite de que sean conformes al libre desarrollo de su personalidad. Sin perjuicio de que se añada a ello un deberes y obligaciones, concomitantes a la capacidad, cultural, económica y social de los padres de estar al interés del hijo permitiendo su actuación directa o interpretando su personalidad.

3.6.2. Aprendizaje de determinados valores y normas sociales.

Sin duda, el interés del menor tiene una proyección de futuro precisamente por las características de la persona a la cual se refiere, esto es, el proceso de formación y afianzamiento de la propia personalidad en el que se encuentra el menor. En efecto, manifiesta Díez-Picazo que cualquier consideración del interés del menor pasa por una proyección de futuro en la medida en que está vinculado al libre desarrollo de la personalidad. El principio del interés del menor prevé una actuación en el presente para conseguir unos resultados futuros. Los menores de hoy son los adultos del mañana por lo que al actuar sobre ellos se persigue la construcción de una sociedad futura mejor.³¹³

Los menores por su personalidad en desarrollo son un lienzo en blanco en el que es deber de los padres, e indirectamente de la sociedad y del estado, dibujar la sociedad que queremos por lo que debe procurarse que el desarrollo de su personalidad venga marcado por determinados valores social y jurídicamente relevantes.

Los padres, dada la función social que cumplen como titulares de la patria potestad, deben inculcar a los hijos menores de edad los valores constitucionales

³¹³ Díez-Picazo, L.; *Familia y derecho*, Madrid, 1984, p. 175-176. Afirma que este punto de vista significa “colocar la fe en el futuro -el futuro es de los hijos- y sacrificar a ellos el presente. Los niños son la inocencia y pueden recibir los mensajes benéficos. Se defiere para el futuro y se limita a los hijos la construcción del mundo mejor, utópico y ucrónico, que nosotros no hemos tenido y no hemos sabido o podido construir”

tales como la libertad, la dignidad, la igualdad de las personas y los derechos inherentes a las mismas, para que el menor tome conciencia de los derechos que ostenta como persona pero sobre todo para que tome conciencia de los derechos de los demás de tal manera que aprenda que en el ejercicio de sus propios derechos debe respetar los derechos de los demás. Se trata de enseñarle que sólo respetando los derechos de los demás serán respetados sus propios derechos, que debe prevalecer una cultura de respeto, legalidad y bienestar que es la consecuencia.

El menor debe aprender que el mundo no gira entorno a él, sino que forma parte de un grupo social en el que rigen determinadas normas fundamentales que expresan la voluntad de un pueblo, y que sin duda son y deben privilegiarse para alcanzar un estado de bienestar, tranquilidad y desarrollo social.

El interés del menor, debe concebirse, como un proceso de desarrollo como el derecho a educar al menor en la existencia paralela de deberes y responsabilidades. Es preciso que el menor crezca conociendo la existencia de una serie de normas a las que tiene que adecuarse auto regulando su conducta para poder alcanzar sus objetivos vitales y relacionarse con éxito con los demás. Sólo si aprende durante la minoría de edad a analizar la situación para alcanzar sus objetivos llegará a ser un adulto responsable y autónomo.

3.6.3. Participación y audiencia del menor.

La finalidad del programa constitucional de protección al menor consiste en convertir al menor de edad en un ciudadano cuando alcance la mayoría de edad, donde la formación del menor de edad debe ir dirigida proporcionarle una cultura, una experiencia que aporten gradualmente plena capacidad natural al menor de edad.

De tal forma que el interés del menor se identifica con la consecución de su autonomía, lo cual excluye cualquier adoctrinamiento o imposición autoritaria pero también una excesiva protección que impida al menor adquirir experiencias positivas y superar las negativas.

Una excesiva protección caería en el paternalismo e impediría que el menor llegara a la edad adulta con capacidad suficiente para enfrentarse a la vida como individuo, para desenvolverse como persona dentro del grupo social.

Sería, en definitiva, procedente para el objetivo último del derecho del menor: la formación de una persona adulta, responsable y autosuficiente, sin caer en la filosofía paternalista del menor, del cual si bien es cierto, debemos garantizarle por mandato constitucional sus derechos fundamentales.

Una vía para la maduración material y emocional del menor, a fin de que el menor llegue a ser un adulto responsable y autónomo es permitirle que participe en la toma de decisiones que le afectan directamente hasta donde su capacidad de discernimiento le vaya permitiendo, por lo tanto, es necesario que de manera gradual se le permita enfrenarse a determinadas situaciones y decisiones pues de esta forma, guiado por los adultos aprenderá, cómo encararlas

Sin duda es importante la labor de los adultos que deberán educar al menor a analizar la situación y razonar para llegar a conclusiones de tal forma que el día de mañana sea autónomo y autosuficiente para enfrentarse a la propia vida con éxito. Por esto mismo es recomendable que el menor actúe por sí mismo de forma progresiva en pequeñas decisiones que le conciernen incluso cuando corre el peligro de equivocarse porque de los errores también se aprende; el menor tiene derecho a equivocarse.

En cualquier caso la participación y la audiencia al menor debe hacerse de una forma progresiva de tal manera que cuanto mayor sea el grado de madurez del menor, menor deberá ser la intervención de los padres, o dicho en otras palabras, la intervención paterna debe ser inversamente proporcional a la madurez de los hijos.

Capítulo IV. El nuevo modelo de justicia penal de los adolescentes, efecto de la reforma Constitucional del artículo 18 de diciembre de 2005 en México.

4.1. Aspectos generales de la justicia Penal para los Adolescentes.

En este capítulo abordaremos el análisis de la justicia penal de los adolescentes, particularmente en lo relativo a la edad penal y a la inimputabilidad, factores fundamentales en el nuevo sistema de justicia penal en México, derivados de la reforma constitucional, que se publicó el 12 de diciembre de 2005, en el Diario Oficial de la Federación, una significativa reforma al artículo 18 de la Constitución de la República que ordena la creación, obligatoria para la Federación y en las entidades federativas, de un sistema integral de justicia para adolescentes.

Trataremos de explicar, parte de las modificaciones más importantes al sistema de justicia penal a partir de la reforma en cuestión, específicamente en lo que concierne al modelo garantista, a partir de su precedente, el modelo tutelar, que transforma de manera definitiva nuestra concepción sobre los menores de edad y los adolescentes, y la relación de ésta con la justicia penal, de tal manera que a los adolescentes se les desvinculan -al menos se hace el intento-, creando un sistema de justicia para adolescentes, se redefine su relación con el sistema penal del Estado y exige la construcción de un sistema de responsabilidad para adolescentes configurado como protección jurídica especial concretizado a través de un sistema de justicia que incluya órganos, normas y procedimientos específicos.

Por otra parte, abordaremos en parte diversas reglas y principios, que permitieron que la norma constitucional reformada definiera y aprobara en todo el país la denominada edad frontera, en consecuencia determinó formalmente que la edad penal para considerar la mayoría de edad a los 18 años; instituye un sistema integral de justicia aplicable a las personas de entre 12 años cumplidos y menos de 18; ordena la creación de instituciones, tribunales y autoridades especializadas en la procuración e impartición de justicia para adolescentes; establece la garantía del debido proceso a favor de los menores de edad y la independencia entre las autoridades que efectúen las remisiones y aquellas que impongan las medidas; considera de aplicación preferente las formas alternativas de justicia; fija la necesaria proporcionalidad de las medidas que se dicten como sanción a los adolescentes, y ordena que el internamiento sólo se aplique como medida extrema, por el tiempo más breve que proceda y únicamente a los mayores de 14 años por la comisión de delitos graves, tomando como eje de referencia al derecho penal, para

determinar una medida de seguridad en contra de los adolescentes cuyo comportamiento se sitúe en alguna de los tipos penales. Todo ello con el fin de proteger integralmente a los niños y adolescentes y velar por su interés superior.

Nos apoyamos en la propuesta doctrinal de diversos autores como Sergio García Ramírez, Olga Islas de González Mariscal, Ruth Villanueva, Muñoz Conde, Dorado Montero, Ferrajoli, Bobbio, Ceniceros, Alimena, Antón Oneca, Galindo Garfias, Horacio Viñas, López Betancourt, entre otros afamados estudiosos; cuyos aportes servirán para hacer un análisis de la reforma en cuestión, que fue determinante para que las entidades federativas procedieran a crear los sistemas de justicia especializados para adolescentes en sustitución de los sistemas tutelares que con mayor o menor intensidad, existían en todo el país para atender a los menores de edad que cometían delitos.

El objetivo de este capítulo, será la de tratar de dilucidar si estos sistemas administrativos; garantizaban o no, los derechos que conforman el debido proceso a quienes llegaban a ser parte del mismo, ya que en su normatividad no se regulaba con precisión el procedimiento de responsabilidad que se debía seguir a los adolescentes acusados de cometer delitos, excluyéndose, incluso expresamente, en algunas experiencias, cualquier remisión a las normas de derechos sustantivos y procesales válidos para adultos; no regía el principio de presunción de inocencia; las medidas prioritarias en el trato con la infancia infractora eran las privativas de libertad; el juez de menores tenía amplia discrecionalidad al momento de imponer las medidas haciéndose proclive la elección arbitraria de las mismas; las sanciones podían ser no proporcionales al delito cometido; se autorizaba privar de libertad a niños que no hubieren cometido delitos, con el solo hecho de verificar que estaban en lo que estas leyes denominaban “situación de riesgo”.

La ubicación exacta de esta renovada justicia de adolescentes en la rama apropiada del derecho penal obedece, en un primer plano teórico, no a un capricho, sino a un criterio de rigor científico, y luego, en el orden práctico, a la búsqueda de una mayor protección de sus derechos sustantivos y procesales en tanto son sometidos a un procedimiento. Conviene adelantar que históricamente el mayor obstáculo para que los niños, las niñas y los adolescentes tuvieran acceso a una verdadera justicia fue justamente su alejamiento del ámbito penal, porque bajo este supuesto y la idea de protección, piedad y compasión, dice García Méndez, se cometieron las peores atrocidades. Por ello, los diseñadores de la política criminal,

los legisladores, y quienes interpretan y aplican la ley deben tener una idea clara de esta situación para así evitar errores del pasado.³¹⁴

Las decisiones sobre las políticas criminales, la producción de normas, su aplicación y toda la problemática sobre justicia, la de adolescentes conflictuados con la ley penal deben analizarse y valorarse desde la óptica de la ciencia jurídica penal, porque todos esos fenómenos tienen esa naturaleza, máxime que el nuevo sistema de justicia juvenil rompe con los sistemas tutelares y semigarantistas del país.

Hoy día, esta problemática se vuelve a hacer presente, los artífices del nuevo régimen de justicia de adolescentes dan a entender que estamos en un terreno civil o administrativo.

En consecuencia, lo que eventualmente será la Ley Federal de Justicia de Adolescentes contiene una orientación claramente no penal, que se refleja en su terminología, lo cual *considero podría ser peligroso y técnicamente incorrecto*, si no se enfoca bien esta problemática. Puesto que por una parte, ya lo hemos comentado anteriormente, se establecen medidas de seguridad acordes a criterios penales, como la edad, la imputabilidad, la privación de la libertad, y por la otra se establecen medias educativas y formativas, que pongan al adolescente en el proceso de socialización.

Mucho se ha discutido sobre la posibilidad de prescindir o admitir, el derecho penal para jóvenes. Es indiscutible que nuestra postura no es la de creer que el Derecho penal puede arreglar todo aquello que la sociedad no ha sido capaz de hacer. Replantear la intervención penal para los jóvenes, nos parece la mejor solución, político-jurídica.

Ahora bien, una pregunta que de manera frecuente, nos formulamos es sin duda ¿hasta qué edad está dispuesta la sociedad a prescindir de su intervención en el comportamiento de los jóvenes? En el tema de los menores, las posturas siguen siendo enormemente ambiguas, se afirma, como ha dicho Vives Antón "...que podría diseñarse un elenco de medidas correctoras que, en su definición legislativa y en ejecución práctica, no impliquen para los menores de 18 años ni privaciones de derechos que puedan interpretarse como castigos, ni reproches, ni estigmas, y que

³¹⁴ *Ibidem.* p. 27 Nota 61

estas medidas puedan y deban aplicarse, en todo caso, con las garantías del artículo 18 de la Constitución Política Federal.³¹⁵

En principio, nos preguntamos como educar o reinserir al proceso social, a todos aquellos jóvenes que a partir de los doce años que sistemáticamente ¿por las noches abren los coches o realizan actos de vandalismo?, y que lo hacen de manera violenta, causando daño a terceros, e inclusive drogándose o bajo los efectos del alcohol, creo que para algunos especialistas, no queda más que ir al derecho penal de menores, para tratar de corregir, un fenómeno que por años la sociedad dejo crecer.

Es evidente que la propuesta doctrinal nos enseña, que la evolución del derecho de menores, debe ser paulatina, puesto que durante más de medio siglo, se evito penalizar a los menores de 18 años, no podemos cambiar a un criterio punitivo, tan rápidamente, sin ponderar las consecuencias. En primer lugar, como he dicho al principio, las denominadas medidas educativas y correctoras pueden llegar a ser tan duras como las penas, pero sin ninguna garantía, y en segundo lugar, si creemos que es posible una solución no penal para los menores de 18 años, hagámoslo con todas sus consecuencias, y desjudicialicemos solo los hechos que no sean graves.

A partir de esa frontera de edad máxima de 18 años, la Justicia de menores se halla definida en su concepción ideológica, en dos grandes sistemas. Uno con una concepción más paternalista y de carácter proteccionista, cuya finalidad primordial es la educación del menor y el segundo sistema, sería el opuesto. Nos encontraríamos ante un sistema penal, donde la respuesta está en función de la infracción cometida y no de las necesidades del autor, donde el joven tiene reconocidos sus derechos y garantías.

La realidad concreta, la praxis, nos demuestra que en su aplicación, ambos modelos no son tan distintos y que, en todo caso, la dicotomía sanción-educación, se encuentra bien presente en los dos sistemas.

En líneas generales, podríamos decir que existe, al menos en Europa, una clara tendencia a seguir las reglas de Beijing, adoptadas por las Naciones Unidas que reconocen fundamentalmente, la necesidad de respetar los derechos de los jóvenes, y reforzar su posición legal a lo largo de todo el procedimiento, pero todo ello, sin renunciar a una concepción educativa de la Justicia juvenil.

³¹⁵ *Ibidem.* p. 105 Nota 65

Es por ello que el derecho penal de menores se enmarca en un doble propósito: la edad de los sujetos para los que se concibe y la consideración que política y jurídicamente se tenga hacia dichos sujetos.

El primero de los elementos, la edad, permite explicar el fundamento de la existencia de un derecho penal que presenta determinadas especialidades, a la par que delimita el ámbito subjetivo sobre el que dichas especialidades deben tener vigencia.

El segundo elemento, el tratamiento que deba dispensarse a los sujetos a quienes deba aplicarse el derecho penal de menores, cobra especial relevancia en tanto que, en virtud de lo dispuesto en los textos internacionales relativos a la materia, existen criterios que, con aptitud uniformadora, pretenden establecer las principales líneas de la actuación de los Estados en lo relativo a los menores de edad.

Toda vez que los elementos que conforman la base del derecho de menores se hayan podido, en mayor o menor medida, precisar, procederá el análisis, ya en el terreno de la concreta legislación o bien de la juridicidad de menores, dirigido a averiguar cuáles son los aspectos que distinguen el derecho penal de menores del derecho penal ordinario o de adultos.

4.2. La Culpabilidad Penal.

Ante las exigencias de los Convenios internacionales suscritos por nuestro país en materia de respeto de los derechos del niño y ante la preocupación y recomendaciones formuladas por los diversos organismos de Derechos Humanos y defensores de los Derechos del Niño de la Naciones Unidas, quienes han resaltado la insuficiencia de las medidas adoptadas por los diversos países adheridos, entre ellos México, para armonizar la Legislación interna con los principios y disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, comenzó a verificarse la instrumentación de una serie de medidas tendientes justamente a subsanar ese aspecto, importante para la sociedad del presente siglo.

Para los partidarios de esta concepción, la culpabilidad supone la realización de un juicio de reproche al autor por el injusto típico realizado, como lo expone Hans Welzel. Pero para que pueda formularse el mismo, se requiere que se verifiquen algunas premisas, a saber: a) Que el autor sea capaz de acuerdo a sus fuerzas psíquicas de motivarse de acuerdo a la norma (presupuesto existencial de la

culpabilidad: la imputabilidad). b) Que el autor esté en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto (los presupuestos especiales de la reprochabilidad, la posibilidad de comprensión de lo injusto).³¹⁶

Para la dilucidación de ambos elementos se necesita, ineludible y necesariamente concebir al hombre como un ser libre.

Es en este sentido que Welzel soluciona este problema filosófico, sosteniendo que el libre albedrío es "...la capacidad para poderse determinar conforme a sentido. Es la Libertad respecto de la coacción, ciega e indiferente al sentido, para la autodeterminación conforme a sentido". No es "...la libertad de poder actuar de otra manera (luego también mal o de modo contrario a sentido)..." sino que se trata de un acto de liberación de la coacción causal de los impulsos, para la autodeterminación conforme a sentido. En otras palabras, el hombre es libre de sobreponerse al impulso de actuar en contra de la norma.³¹⁷

En resumidas cuentas, verificados los presupuestos del reproche, se llega a la conclusión de que al individuo le era exigible actuar de acuerdo a la norma, y no lo hace, demostrando así su enemistad con el derecho y propiciando el reproche.

En el mismo sentido, expresaba Maurach que: "El juicio de desvalor culpabilidad dirige su foco al hecho cometido: consiste en el juicio de que el autor no ha respondido, por abierta oposición o por negligencia, aun cuando estaba en situación de hacerlo, a las exigencias del derecho."³¹⁸

El sujeto es considerado como un ente individual esta sólo frente al imperativo de la norma, frente al valor ético, lo comprende y está en posición de optar por él, es decir, puede entre el comportamiento adecuado y el inadecuado, finalmente se decide por este último, por eso se le reprocha, por eso es culpable.

Sin duda, esta teoría cumple una también limitativa de la potestad punitiva del Estado, en la medida de que sólo puede castigarse la comisión del injusto, cuando le era exigible al sujeto actuar de acuerdo con la norma. Pero esa función de límite

³¹⁶ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán: Parte General*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ª ed., Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1997, p. 201.

³¹⁷ Ídem

³¹⁸ Maurach Reinhart, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I Editorial Ariel, Barcelona. 1962. pp. 59-60

referida, resulta escasa y circunscrita a la relación del individuo, y de su actividad, con la norma.

Pero resultan aún más importantes las críticas que se formulan a esta teoría, ya que justifica Bustos Ramírez, porque tiene su raíz en una concepción puramente normativa individual de la culpabilidad que se toca con una concepción eticista del derecho, al sujeto se le reprocha su mala conciencia individual.³¹⁹

Además subyace a su formulación el tema del libre albedrío y su indemostrabilidad, que de una forma muy alambicada se pretende: solucionar por parte de los autores referidos, y que no oculta que en definitiva el individuo debe optar por actuar acorde a derecho o actuar en contra del derecho. Optar por sus impulsos contrarios a la norma o por lo que esta manda. Y el problema del determinismo o del indeterminismo, sigue en pie.

4.2.1 Moderna formulación de la culpabilidad normativa.

Los autores modernos más prestigiosos, particularmente los hispanoamericanos, partiendo de una concepción normativa de la culpabilidad, admiten la incidencia de factores socio-culturales en la misma, a través del juicio de exigibilidad.

Así Zaffaroni expresa que no "...puede pasarse por alto que la personalidad de un sujeto, como también sus características personales externas, se van desarrollando o adquiriendo siempre en el medio social. Sean cuales fueren las teorías de la personalidad que se defiendan, ninguna puede desconocer la convergencia en lo social. Menos aun podemos pasar por alto la importancia de los factores sociales en el grado de instrucción y en el nivel social o en la costumbre."³²⁰

4.3. La imputabilidad.

4.3.1. Concepto y fundamento

Para dar cuenta de la relación entre edad y derecho penal, en definitiva, para poder comprender la propia existencia del derecho penal de menores, hay que acudir al concepto de imputabilidad.

³¹⁹ Bustos Ramírez, Juan Manuel. Derecho Penal Español. Parte General. Editorial Ariel. Barcelona, 1984. p. 388

³²⁰ Zaffaroni Eugenio R., Tratado de derecho penal. Parte General. Tomo IV. Ediar. Buenos Aires. 1988. p. 65.

La imputabilidad consiste en la posibilidad de atribuir el delito, entendido éste como un acto penalmente antijurídico, a un sujeto penalmente responsable. Presupone, por una parte, la concurrencia de un hecho antijurídico, no existe la culpabilidad en sí, y por otra parte, la denominada responsabilidad penal del sujeto. Una vez superadas las teorías tradicionales, basadas en la idea científicamente indemostrable, sobre la posibilidad de actuar de otro modo, el fundamento de la imputabilidad se sitúa actualmente en el plano del denominado derecho penal en sentido subjetivo, esto es, en el entendimiento del derecho penal como el *ius puniendi* o derecho, que corresponde al Estado, de crear y aplicar normas penales. En este plano, la imputabilidad actúa como límite máximo de lo punible en el derecho de adolescentes que intenta responder a las expectativas del hombre normal, es lo exigible a dicho hombre normal.

Así las cosas, el fundamento de la imputabilidad se ubica, necesariamente, en el plano constitucional y más exactamente, se vincula en el derecho a la igualdad ante la ley. Por esta vía, resulta fácilmente comprensible la existencia de situaciones en las que el individuo no tiene la capacidad normal de resistencia a la intimidación penal, puesto que no es dable elevar la exigencia penal por encima de la que se impone al hombre normal, como lo establece Sánchez García. Una de estas situaciones, en las que no puede exigirse a un individuo que adecue su conducta a los principios de la normalidad, es la minoría de edad.³²¹

Siguiendo este razonamiento, puesto que es cierto que el menor representa una realidad radicalmente distinta de la de los adultos, cabe concluir que los menores son penalmente inimputables. La minoría de edad es una fase vital comprensiva de etapas diversas, con una característica común: la evolución del sujeto hacia la edad adulta, y por tanto, hacia normalidad en el sentido anteriormente expresado.

Durante el desarrollo de la ciencia penal, el estudio de la imputabilidad se ha llevado a cabo de diversas maneras, unas veces dentro de la teoría del delito (como capacidad psíquica de acción, como presupuesto de la culpabilidad o como componente de ella) y otras en la teoría de la pena, justificándose así la afirmación

³²¹ Sánchez García De Paz, I. *La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, Tarragona España *Actualidad Penal*, núm. 33, 17 de septiembre. 2000, p.231

de Reinhard Frank al considerarla una especie de *fantasma errante*, al que este autor confinó al lugar exacto que le corresponde: la culpabilidad.³²²

Lo que evidencia que su tratamiento genera dificultades y por lo mismo merece especial atención, particularmente, cuando se pretenden examinar las consecuencias jurídicas asociadas a su ausencia. Pareciera que la imposición de éstas en nuestro medio no es del todo acertada, pues con frecuencia hallamos resoluciones jurisdiccionales en las que se alude en forma genérica a sujetos imputables o inimputables, sin diferenciar las diferentes capacidades de comprensión y autodeterminación que requiere la comisión culpable de cada injusto.

4.3.1.1. El concepto en sentido estricto de la imputabilidad

Otro aspecto que, aunque no lo menciona la reforma, debe abordarse, aun cuando sea de manera sintetizada y referida específicamente a los menores, es el tema de la imputabilidad y su aspecto negativo la inimputabilidad de los menores, pues es piedra angular en esta materia.

Para Francisco Carrara, “imputar” significa poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien, conceptualizando a la “imputabilidad” como un juicio sobre un hecho futuro, previsto como posible, y a la “imputación” como un juicio sobre un hecho ocurrido, de tal modo que esto último permite considerar a un individuo como responsable de su proceder.³²³

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, “imputar” es ‘atribuir a otro una culpa, delito o acción’.³²⁴

En tanto que Marco Antonio Díaz de León define a la “imputabilidad” como capacidad de un sujeto para comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones”.³²⁵

En una primera aproximación, Reyes Echandía considera, en términos puramente lingüísticos, que la imputabilidad es la calidad de quien es imputable, mientras que este último es aquel al que se le puede imputar algo, aunque concluye

³²² Reinhard, Frank. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, reimpresión, Buenos Aires, 2002, p. 33

³²³ *Ibídem* p.34 Nota 46

³²⁴ *Ibídem*. Nota 15.

³²⁵ Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho procesal penal y de términos usuales en el proceso penal*, 3ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 1115.

que la primera es cualidad del acto, no del hombre. Para nosotros, a diferencia de lo expuesto por este último autor, la imputabilidad es una capacidad referida al ser humano, pero delimitada por el acto concreto que se pretende imputar, por lo que estimamos desacertado hablar de "sujetos imputables o inimputables", ya que desde nuestro punto de vista lo correcto sería calificar de ese modo a los hechos, dependiendo de si provienen o no de una persona susceptible de imputación.³²⁶

Así las cosas, el concepto de la imputabilidad jurídico penal en buena parte se centra la noción en la idea de "capacidad", esto es, si se concibe preferentemente la imputabilidad como "estado, condición o cualidad del sujeto", la repercusión en la sistemática general será inmediata, pasando a constituir la fórmula tricótoma para exponer el derecho penal: delincuente, delito y la sanción. Precisamente, lo exponen coincidentemente Jiménez de Asúa³²⁷ y Antolisei³²⁸, como antes lo hiciera el mismo Alimena.³²⁹

Acorde con lo anterior, Welzel expone que concebimos a la imputabilidad como cualidad de ser culpable, la cual a su vez requiere: 1) posibilidad de comprender lo ilícito del acto; y 2) posibilidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión. Se trata de una potencialidad de entendimiento y autodeterminación, pero referida al hecho concreto que se examine, pues es este último lo que le va a ser imputado al autor.³³⁰

Luego entonces, la imputabilidad consiste en la posibilidad de considerar a un sujeto como autor de una infracción: vinculada con la culpabilidad, la imputabilidad nos lleva a la responsabilidad. La imputabilidad es un componente de la responsabilidad en el sentido de que, en ausencia de este elemento, no puede imponerse una sanción al sujeto que haya cometido una infracción penal.

Queda claro, que estos clásicos del Derecho penal, coinciden en el planteamiento que la doctrina tradicional sostiene, en términos generales, que la imputabilidad es una capacidad de entender y de querer (teoría italiana), o bien, una

³²⁶ Reyes Echandía, Alfonso, *Imputabilidad*, reimpresión de la 5ª ed., Bogotá, Temis, 2004, pp. 3-4

³²⁷ Jiménez De Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Edit. Losada, S. A., tomo I, 1950. pp. 52-53.

³²⁸ Antolisei, *Elementos de derecho penal. Parte General*. Turín, Giappicheli, 1946

³²⁹ Alimena, B., *Principios de Derecho penal*, versión española de Cuello-Calón, tomo 1-2, 1916. p. 223,

³³⁰ *Ibidem*. p. 182. Nota 316.

capacidad de comprender la ilicitud de la conducta y actuar conforme a esa comprensión (teoría alemana). La legislación mexicana, a partir de la reforma penal de 1983, adopta, en el Código Penal Federal, el criterio alemán, mismo que conservan, tanto el ordenamiento federal, como el del Distrito Federal y los de diversos códigos penales de las entidades federativas.

Respecto de los menores, un sector importante de la doctrina afirma que todos los menores, de manera indiscriminada, son inimputables en razón de carecer de la citada capacidad. Se dice, así mismo, que en relación con los menores hay una presunción *juris et de jure* por lo que respecta a la inimputabilidad, lo que hace innecesario entrar al examen particular y concreto de su capacidad individual. Esta consideración es contraria a la naturaleza misma de la imputabilidad. Es absurdo pensar que la capacidad de comprender la ilicitud del hecho (aspecto sicobiológico personal) y de actuar conforme a esa comprensión se adquiera por disposición legal.

Una persona no puede ser inimputable un día antes de cumplir los 18 años, y convertirse al día siguiente, como por arte de magia, en un ser plenamente capaz, es decir, plenamente imputable. Raúl Zaffaroni, llevando hasta el absurdo la tesis, afirma que, de admitirse el criterio dominante en la doctrina, que presume (presunción *juris et de jure*) la inimputabilidad de los menores, ésta no debe entenderse como una presunción, si no como una ficción, ya que la presunción se establece con lo que generalmente acontece, y no sucede que un menor, después de su cumpleaños, amanece con capacidad de culpabilidad.³³¹

También es importante dejar asentado que, de acuerdo con los conceptos tradicionales sobre la imputabilidad, y aun si se tomaran en cuenta otros conceptos más modernos y posiblemente más acertados desde el punto de vista sicobiológico, no se puede concluir que los menores de 18 años sean inimputables.

Por otra parte, no obstante que se acepte que la mayoría de edad penal se adquiere a los 18 años, ello no implica aceptar que las personas menores de esa edad sean incapaces o inimputables. No es racional pensar —vale la pena reiterarlo— que la capacidad de comprender la ilicitud y de actuar conforme a esa comprensión, que depende de las funciones cerebrales, se adquiera o se pierda por decreto o por disposición legislativa. La imputabilidad es algo totalmente independiente del límite que marca la ley para determinar la mayoría y la minoría de

³³¹ *Ibidem*. p. 65 Nota 320

edad. Con o sin disposiciones legales, un sujeto es: a) imputable; b) inimputable, o c) todavía no imputable.

En derecho mexicano, no existe norma penal ni jurídica de otra naturaleza que estipule la inimputabilidad de las personas menores de 18 años. Se trata, pues, de una apreciación doctrinaria. El universo de las personas mayores de 18 años no es un universo homogéneo, en el que todos, por el simple hecho de tener 18 años o más, son capaces, maduros y sensatos; muy por el contrario, es un universo heterogéneo de personas diferentes en cuanto a la capacidad de comprender la ilicitud y, sobre todo, en lo referente a la capacidad de actuar conforme a esa comprensión.

Lo mismo acontece con los menores de 18 años: ni son todos capaces o imputables, ni son, tampoco, todos incapaces o inimputables. El universo de los menores como el de los mayores es, igualmente, heterogéneo como bien lo afirma Rodríguez Manzanera. En consecuencia, será su real desarrollo y estado sicobiológico el decisivo para calificarlos de imputables o todavía no imputables en cada caso concreto. Siendo lógico deducir que los menores pueden ser imputables o inimputables, según reúnan o no los requisitos de capacidad de comprensión del ilícito y la facultad de adecuar su conducta a dicha comprensión.³³²

La imputabilidad del menor, al igual que la del mayor, debe ser determinada, en cada caso particular, por médicos especialistas en la materia. Parece lógico pensar que en esta calificación médica, y especialmente en el caso de los menores, es importante la correspondencia entre la edad biológica y la edad mental.

Al decir de Maurach, a los menores les falta madurez ético-intelectual. Esta carencia es propia de la etapa del crecimiento natural y fisiológico, por ello, afirma, debe evitarse la expresión “inimputabilidad” respecto de los menores, en virtud de que se refiere a perturbaciones de índole patológica.³³³

En este mismo sentido García Ramírez afirma que en rigor, la exclusión penal de los menores no obedece a una inimputabilidad real. Afirmar la existencia de inimputabilidad en estos sujetos exigiría, exactamente como en el caso de quienes han sufrido un trastorno mental transitorio o se hallan privados de razón, un juicio individual acerca de una condición personal no colectiva: capacidad de conocer y

³³² *Ibíd.* p. 328. Nota 37.

³³³ *Ibíd.* p. 124 Nota 318

querer, en el sentido en que lo definen las legislaciones italianas y alemanas y otras muchas también mexicanas en pos de aquéllos.³³⁴

Por otra parte, debe apuntarse que los menores que no han alcanzado aún su desarrollo sicobiológico, por su corta edad, todavía no imputables, sin discusión alguna deben estar exentos de toda responsabilidad. Estos menores quedan, de plano, fuera del ámbito penal.

Finalmente, ha de quedar claro que el sostener que los menores de edad, que han cumplido 12 años pero no 18, son imputables, no implica que se les deba juzgar por los mismos jueces o autoridades que juzgan a los mayores de edad, deben quedar en el ámbito del sistema de justicia para menores; tampoco implica que se les apliquen las mismas sanciones penales que a los mayores; eso sería irracional.

En ese orden de ideas, la imputabilidad consiste en la posibilidad de atribuir el delito, es decir, la acción antijurídica a un sujeto penalmente responsable. Presupone, por una parte, la concurrencia de un hecho antijurídico, no existe la culpabilidad en sí, y por otra parte, la denominada responsabilidad penal del sujeto, esto es, que el mismo tenga acceso a la norma en condiciones de normalidad motivacional.

Una vez superadas las teorías tradicionales, basadas en la idea —científicamente indemostrable— de la posibilidad de "actuar de otro modo", el fundamento de la imputabilidad se sitúa actualmente en el plano del denominado "derecho penal en sentido subjetivo" a decir de Mir Puig, esto es, en el entendimiento del derecho penal como el *ius puniendi* o derecho, que corresponde al Estado, de crear y aplicar normas penales. En este plano, la imputabilidad actúa como límite máximo de lo punible en un derecho democrático como el mexicano, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, y racional.³³⁵

Resulta, de esta forma, que la imputabilidad se ubica, necesariamente, en el plano constitucional y más exactamente, se vincula al derecho a la igualdad, como garantía de la seguridad jurídica de nuestro sistema de derecho en México. Una de estas situaciones, en las que no puede exigirse a un individuo que adecue su conducta a las pautas de la normalidad, es la minoría de edad. Siguiendo este

³³⁴ García Ramírez, Sergio. citado por Villanueva Castilleja, Ruth, Los menores infractores en México. México. Editorial Porrúa, 2005, p. 26.

³³⁵ Mir Puig, S. *Derecho Penal. Parte General*, 4ª Edición, Barcelona, PPU. 1996; p. 547.

razonamiento, es cierto que el menor representa una realidad radicalmente distinta de la de los adultos, cabe concluir que los menores son penalmente inimputables.

Por eso considera García-Andrade, que el paradigma de lo anterior es, sin duda, la etapa adolescente, en la que el menor abandona la infancia y se encamina paulatinamente hacia la madurez. Durante esta fase vital, en la que es indiscutible la capacidad para cometer hechos típicamente antijurídicos, es dudosa la existencia de inimputabilidad absoluta, o en otras palabras de incapacidad absoluta de comprender la norma y actuar conforme a la misma.³³⁶

Esta comprobación determina la necesidad de nuevos conceptos que sean capaces de conjugar la apreciación de que durante la adolescencia el individuo goza de un cierto nivel de capacidad de comprensión y de actuación frente a la norma, con los imperativos propios de la igualdad ante la ley. Es preciso, en otras palabras, toda vez que se acepta que dentro de la minoría de edad existe una franja en la que la no puede negarse radicalmente la imputabilidad y en la que, en consecuencia, es posible una respuesta jurídico penal frente al hecho antijurídico, determinar con claridad tanto la verdadera naturaleza, cuanto los límites de dicha respuesta, mayormente cuando hoy existe una apertura social, científica y los medios de comunicación constituyen la herramienta más valiosa de la época, en la que todo sujeto adulto o adolescente, aprenden a discernir la realidad más objetivamente.

Así pues, se considera Silva Sánchez al menor no como un sujeto *per se* exento de culpabilidad, sino como un sujeto *responsable*, al que, sin embargo, no se le aplican las consecuencias penales previstas en el Código Penal sino otras cuyo contenido no se establece.³³⁷

De esta forma, la cuestión referida a los límites del derecho penal de menores aparece resuelta aunque sólo con carácter parcial, si se tiene en cuenta que tan sólo se fija la edad máxima para la aplicación del derecho de menores o si se prefiere, se reconoce y acata la discriminación pero no se resuelve en su totalidad. Ello es así porque, como anteriormente se apuntaba, sólo a partir de cierto grado de madurez

³³⁶ García-Andrade, J.A. *“Política criminal y edad penal”* en *Política criminal y reforma penal (Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal)*. Una explicación pormenorizada, desde el punto de vista de la psiquiatría forense. Madrid. EDERSA. 1993. p. 505.

³³⁷ Silva Sánchez, J.M^a. *“El régimen de la minoría de edad penal”*; Cit. en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*; Barcelona, Bosch. 1997, p.159.

es posible afirmar que la persona actúa típica y antijurídicamente, y que por tanto, sólo a partir de determinadas fases del desarrollo humano es posible concebir capacidad de comprensión de la norma y de respuesta adecuada a ésta comprensión.

Sin embargo, queda claro también que la persona se considera por completo inimputable, cuando la edad mínima, como es sabido, se sitúa actualmente en la edad de catorce años. No faltan voces críticas contra el ámbito de aplicación determinado por la franja catorce-dieciocho años, si bien cabe diferenciar, entre las mismas, dos direcciones distintas, como lo afirma García Pablos, como obsesiva y reduccionista.³³⁸

La primera apunta directamente a las edades por las un considerable aumento de la edad mínima, en cuyo caso se alegan razones de política criminal, que son las que, a la postre, han determinado el contenido del artículo 18 constitucional.

El segundo bloque parte de la constatación, absolutamente cierta, de que la madurez sólo es empíricamente demostrable *ad casum*, y que por lo tanto, establece, en general, la imputabilidad o la inimputabilidad de una persona es, desde el aspecto de la igualdad real o material, cuando menos, complejo. Para solventar estas dificultades, se apunta, debe analizarse la capacidad del sujeto casuísticamente, a fin de determinar si el mismo tiene o no discernimiento, esto es, capacidad de comprensión del desvalor de sus actos.

4.3.2. La imputabilidad como elemento de la culpabilidad.

El concepto de imputabilidad, como el resto de conceptos que se refieren a las categorías contenidas en la Teoría General del Delito, suele ser un concepto complejo y controvertido según Dorado Montero, sobre todo, teniendo en cuenta la amplia variedad de posibilidades y posturas diferentes que se pueden tener en

³³⁸ García Pablos, A. *Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores privados de libertad*; Madrid. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo general del poder judicial, , 1996. p.265

cuenta a la hora de abordar su significado (dogmáticas, penológicas, prácticas, médicas, psiquiátricas, etc.³³⁹

Deduciendo que no han faltado tampoco autores en la doctrina que hayan negado la categoría de imputabilidad, sin embargo, desde la doctrina clásica, siempre se ha considerado a la imputabilidad, como una forma de la culpabilidad, que es necesaria dentro de la teoría del delito, para poder incriminar a un sujeto, sobre la autoría del hecho.

En México, la mayoría de la doctrina entiende que la imputabilidad está considerada como una categoría propia dentro de la Teoría general del delito. La imputabilidad no es más que un elemento que forma parte, junto con otros de la categoría de la culpabilidad, estableciendo la imputabilidad en cuanto *capacidad cognitiva y volitiva de actuar conforme a derecho*.

Nos queda claro que además de la imputabilidad, forman parte de la categoría de la culpabilidad los siguientes elementos: la conciencia de la antijuridicidad de la conducta; los específicos elementos de la culpabilidad propios de cada tipo penal; la presencia de una situación de normalidad en las circunstancias concurrentes en el hecho y el sujeto en el momento de la comisión, situación que fundamenta el reproche de la culpabilidad; y la presencia de elementos autónomos en el concepto de culpabilidad como puede ser el contenido subjetivo del injusto o el dolo.

Para Muñoz Conde, bajo la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, como elemento específico de la categoría de culpabilidad, se engloban aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse, tales como la edad o la salud mental, de manera que si no se poseen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no podrá haber culpabilidad. Establece sólo tres elementos que forman parte de la culpabilidad: la imputabilidad o capacidad de culpabilidad; el conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido; y, la exigibilidad de un comportamiento distinto.³⁴⁰

En el caso de los menores, el injusto cometido, se desvanece cuando la propia norma, nos señala, que primero son inimputables, y seguidamente que no

³³⁹ Dorado Montero, Pedro. *El caso del loco delincuente en el Derecho penal moderno y enseñanzas que del mismo pueden sacarse*, en Revista General Leg. Jur., Madrid. tomo LXXXII, 1898, p. 420.

³⁴⁰ Muñoz Conde, F., *Teoría general del Delito*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch 2004, p. 149.

hay culpabilidad si no existe comprensión del hecho, de ahí que consideramos que la decisión del legislador para establecer edades penales, solo fue un criterio político y utilitario, pues hace falta profundizar más en tema y no situarse únicamente en criterios de esa naturaleza, sino también recurrir a la criminología, a la sociología y a los principios generales del derecho.

Así, partiendo de la base de que la imputabilidad es “*capacidad de culpabilidad*”, el hecho de que se intente integrar a la imputabilidad dentro de la categoría de la culpabilidad, ha dado lugar a resultados insatisfactorios, sobre todo al verse desbordada la categoría de la culpabilidad, al tener que distinguir, dentro de su seno, entre la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y la culpabilidad *stricto sensu*, lo cual da lugar a que en la praxis, la categoría de la culpabilidad venga a constituir, en lugar de un eslabón homogéneo, un doble escalón en la vía ascendente del entramado delictual.

4.4. La inimputabilidad.

4.4.1. Concepto y fundamento

Para dar cuenta de la relación entre edad y derecho penal, en definitiva, para poder comprender la propia existencia del derecho penal de menores, hay que acudir al concepto de imputabilidad.

La imputabilidad consiste en la posibilidad de no atribuir el delito, entendido éste como un acto penalmente antijurídico, a un sujeto penalmente responsable. Presupone, por una parte, la concurrencia de un hecho antijurídico, no existe la culpabilidad en sí, y por otra parte, la denominada responsabilidad penal del sujeto esta anulada o reducida. Una vez superadas las teorías tradicionales, basadas en la idea científicamente indemostrable, sobre la posibilidad de actuar de otro modo, el fundamento de la inimputabilidad se sitúa actualmente en el plano del denominado derecho penal en sentido subjetivo, esto es, en el entendimiento del derecho penal como el *ius puniendi* o derecho, que corresponde al Estado, de crear y aplicar normas penales. En este plano, la inimputabilidad actúa como límite máximo de lo punible en el derecho de adolescentes que intenta responder a las expectativas del hombre normal, es lo exigible a dicho hombre normal, donde el menor, es inocente, salvo que cometa un delito considerado grave, en cuyo caso, es culpable, sujeto a sanciones de reeducación y reencauzamiento a la vida social.

Así las cosas, el fundamento de la inimputabilidad se ubica, necesariamente, en el plano constitucional y más exactamente, se vincula en el derecho a la igualdad ante la ley, como lo exterioriza Sánchez García. Por esta vía, resulta fácilmente comprensible la existencia de situaciones en las que el individuo no tiene la capacidad normal de resistencia a la intimidación penal, puesto que no es dable elevar la exigencia penal por encima de la que se impone al hombre normal. Una de estas situaciones, en las que no puede exigirse a un individuo que adecue su conducta a los principios de la normalidad, es la minoría de edad.³⁴¹

Siguiendo este razonamiento, puesto que es cierto que el menor representa una realidad radicalmente distinta de la de los adultos, cabe concluir que los menores son penalmente inimputables. La minoría de edad es una fase vital comprensiva de etapas diversas, con una característica común: la evolución del sujeto hacia la edad adulta, y por tanto, hacia normalidad en el sentido anteriormente expresado

4.4.2. La Inimputabilidad de los menores

Sobre la inimputabilidad de los menores se ha presentado un importante debate, ya que existen autores como Daniel Hugo D' Antonio que insisten en la necesidad de excluir definitivamente la aplicación de instituciones típicamente penales a la realidad minoril de la conducta desviada, en lo que el modelo garantista encuentra consenso; sin embargo, el autor señala que para lograr esto se debe recurrir a "lo que en realidad otorga debida respuesta, como elemento protectorio de natural vigencia en dicho ámbito." Lo cual agrega, reviste carácter genérico y sus connotaciones protectorias se extienden a las distintas esferas de actuación del menor. Posición con la que no está de acuerdo la mayoría de los exponentes del modelo garantista que señala que el menor no es un incapaz y que si bien el discernimiento está asociado a la madurez, esto no supone que todos los menores de 18 años carecen de capacidad de querer y entender.³⁴²

De acuerdo con Eduardo López Betancourt, la imputabilidad "consiste en la capacidad de querer y entender en el mundo del Derecho." Por lo que la fórmula

³⁴¹ Ibídem p. 234 Nota 321

³⁴² D' Antonio, Daniel Hugo, El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor, Régimen jurídico, prevención y tratamiento, 2ª ed., Editorial Astera de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1992, p 15.

sobre la inimputabilidad, debe suprimir la enumeración de las causas que la producen, con respecto a los menores de edad señala que son totalmente capaces y no se les puede considerar inimputables como un enajenado mental, *lo que sucede es que están sujetos a un régimen diverso*.³⁴³

Contrario a esta posición Roberto Reynoso, señala que la capacidad de querer y conocer, que es el presupuesto de la imputabilidad, constituyen una aptitud psico-biológica que surge al concluir la niñez, formándose paulatinamente en la adolescencia, hasta adquirir la madurez física, mental y moral que permita comprender la significación moral y social de sus actos.³⁴⁴

Sobre la inimputabilidad de los menores de 18 años, Olga Islas señala que en el derecho mexicano no existe una norma penal ni jurídica de otra naturaleza que la estipulen. Sin embargo esta se desprende de una apreciación doctrinaria inspirada en el modelo tutelar.³⁴⁵

En el ámbito de los adultos se aprecia que no existe una homogeneidad, situación que se reproduce en el ámbito de los menores de edad que tienen rasgos distintos entre sí. Es por lo anterior que no puede considerarse que por que una persona es mayor de 18 años ya es madura y sensata. Una persona no puede ser inimputable un día antes de cumplir los 18 años, y convertirse al día siguiente en un ser plenamente capaz, es decir, plenamente imputable. La inimputabilidad está ligada a la falta de capacidad de querer y entender, la cual está sujeta a prueba por ejemplo en el caso de un enajenado mental.

Sobre este mismo tema, Zaffaroni afirma que existen menores de dieciséis años que tienen la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta y que de admitirse el criterio dominante en la doctrina, que presume la inimputabilidad de los menores, ésta no debe entenderse como una presunción, sino como una ficción, ya que la presunción se establece con lo que generalmente acontece, y no sucede

³⁴³ López Betancourt, Eduardo. Teoría del delito, 12ª ed., México. Porrúa, , 2004, pp. 191.

³⁴⁴ Reynoso, Dávila Roberto. Teoría general del delito, 5ª ed., México. Porrúa, , 2003, p.190.

³⁴⁵ Islas De González Mariscal, Olga, "La reforma al artículo 18 constitucional," Islas De González Mariscal, Olga, y Carbonell, Miguel, Constitución y justicia para adolescentes, UNAM-IIJ, México 2007, p.53.

que un menor, después de su cumpleaños, amanece con capacidad de culpabilidad. Para este autor la imputabilidad consiste en la capacidad psíquica de culpabilidad.³⁴⁶

El tema de la incapacidad de la infancia no es nuevo ni original, la incapacidad ha sido históricamente un recurso recurrente para legitimar el dominio de hecho sobre sujetos débiles y vulnerables. En la época actual en el que la tecnología ha contribuido enormemente a incrementar el desarrollo de la sociedad y en especial de sus miembros más jóvenes, se observa que el derecho hace tiempo no ha adecuado el tema de la incapacidad, por lo que se puede considerar que una parte de los argumentos sobre la incapacidad de la infancia constituyen un anacronismo jurídico.

La verdadera revolución cultural de la Convención Internacional de Derechos del Niño radica precisamente en el hecho de haber alterado sensiblemente el carácter del vínculo que históricamente ha imperado en la relación de los adultos y el Estado con la infancia: la discrecionalidad absoluta amparada en la idea de la incapacidad total.

En la actualidad es la seguridad pública, en lo relativo a la delincuencia juvenil, especialmente en las grandes urbes como México, así como de toda América Latina. Al respecto García Méndez, uno de los más importantes autores que han desarrollado la justicia de menores- opina que el tema de la violencia e inseguridad urbana atribuida a los jóvenes aparece como un problema central en nuestro tiempo; sin embargo deja la duda sobre si realmente éstos son la causa real o sólo son los medios de comunicación que han incorporado este tema definitivamente a su “elenco estable de temas tratados”, o sólo constituye un sugerencia para solicitar por vía indirecta un aumento de los recursos para el combate de la inseguridad pública atribuida a los menores.³⁴⁷

Con el desarrollo del modelo garantista el alcance de la incapacidad de los menores ha sido modificado, por lo que se considera que los menores no son incapaces por el sólo hecho de ser menores, ya que son sujetos de responsabilidad por las conductas que llevan a cabo en contravención a la legislación penal, no son

³⁴⁶ *Ibíd.* p. 237. Nota 331

³⁴⁷ García Méndez, Emilio, *La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: notas para la construcción de una modesta utopía*, en García Méndez, Emilio, *Adolescentes y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Editorial Ad.hoc, 2001, p.18 .

imputables para efectos de derecho penal por que este no se les aplica, ya que están sujetos a otra legislación, la cual prevé otras consecuencias para este tipo de conductas.

4.4.3. La minoría de edad como causa de inimputabilidad.

Si bien, como hemos partido de la base en nuestro estudio de que la imputabilidad consiste en aquella doble capacidad del sujeto para, por un lado comprender la ilicitud del hecho determinada por la norma, y por otro, actuar conforme a dicha comprensión, uno de los principales problemas que plantea esta categoría será establecer el límite, o la barrera, entre la imputabilidad y la inimputabilidad.

En la legislación penal, por otra parte, es tradicional la consideración dogmática de la minoría de edad penal como causa de inimputabilidad del sujeto, y por tanto, de exclusión de la responsabilidad penal. Sin embargo, la tarea de establecer la barrera entre la imputabilidad e inimputabilidad de un sujeto, se hace todavía más ardua, si se pretende establecer dicha categoría en base a la edad de una persona.

En principio, es lógico pensar que el niño de corta edad tenga falta de capacidad de comprensión -discernimiento- y por tanto, también autodeterminación, lo que originará consecuentemente que carezca de la necesaria capacidad suficiente para motivarse por las normas, dando lugar con ello a una situación de inimputabilidad, como lo expone Adroher Biosca. De esa forma, la minoría de edad, como causa de inimputabilidad, implica que no exista intervención sancionadora de ningún tipo cuando el menor de edad penal comete un hecho sancionado como delito por la legislación penal.

Cuando tal supuesto se da, precisa Adroher Biosca intervienen las autoridades administrativas, pero no en función del acto ilícito y antijurídico cometido, sino de las carencias educativas, familiares o sociales que manifieste el menor.³⁴⁸

Pues bien, una aproximación a las legislaciones internas de los Estados miembros permite afirmar que, sin perjuicio de la diversidad conceptual en torno a la

³⁴⁸ Adroher Biosca, Salomé, *Menores privados de su medio familiar*, Lázaro González, I. (coord.), *Los menores en el derecho español*, Madrid, Tecnos, 2002. p. 507

noción de familia y de la profunda transformación de tal institución, el modelo de familia tradicional sigue siendo predominante las denominadas nuevas formas de familia parejas divorciadas, parejas de hecho, segundos o ulteriores matrimonios, familias monoparentales y familias políticas, que sin lugar a duda, son medio propicio para incidir en la delincuencia minoril.

Sin embargo, consideramos que el problema surge a la hora de establecer el momento concreto de madurez de ese niño. ¿Cómo saber si el menor es maduro o no?, sobre todo teniendo en cuenta que el proceso de socialización de una persona no es estático, ni termina en un momento concreto y determinado de su vida, ni se da igual en todas las personas, como bien lo afirma Francisco Pacheco, la exención de responsabilidad por razón de la infancia, de la niñez, o del corto número de años, es una necesidad de sentimiento y de conciencia.³⁴⁹

Queda claro que en la fijación de sus límites es donde se encuentra el legislador la dificultad, puesto que es ahí donde está la arbitrariedad, al determinar la frontera de la edad punible, más con un criterio político y de utilidad social, sin importar realmente las condiciones emocionales y psicobiológicas. Pues para la exención de responsabilidad por razón de la infancia, de la niñez, o del corto número de años, es una necesidad de situar aspectos biológicos, sentimentales y de conciencia.

Así, teniendo en cuenta ello, los criterios propuestos a lo largo de la historia, a la hora de proceder a la fijación de la minoría de edad penal, se pueden reconocer los siguientes criterios: 1). Criterio biológico, consistente en, simplemente, establecer un límite de años, a partir de los cuales se considera que la persona es responsable penalmente del hecho ilícito y antijurídico realizado. 2). Criterio intelectual, que atiende a la capacidad de discernimiento de la persona para considerarla responsable, o no, de sus actos. Por tanto, consiste en dejar la determinación de la minoría de edad penal, a efectos de imputabilidad o inimputabilidad, pendiente de la demostración de la capacidad de discernir del sujeto. 3). Criterio mixto, que combina el criterio biológico y el criterio intelectual. 4). Cronológico. Atiende simplemente a la determinación de establecer una edad penal convencional, empleando un criterio político.

³⁴⁹ Francisco Pacheco, J., *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, Bosch. 2001, p. 164

En la actualidad, por razones de política criminal, la legislación penal fija un determinado límite cronológico. El legislador de nuestro tiempo, tras abandonar el criterio intelectual, el cual no es defendido hoy día, ni por la doctrina ni por las legislaciones de nuestra época, excepto la inglesa, ha optado por el criterio biológico, estableciendo un determinado momento en la vida de la persona a la hora de establecer la minoría de edad penal, de forma que sólo a partir de esa determinada edad se puede responder como sujeto imputable, y no antes. Pero también habrá que resaltar aquellos doctrinarios que atacan el criterio biológico, suelen hacerlo argumentando que es absurdo creer que el discernimiento se adquiere al día siguiente de alcanzar la edad señalada, y no antes. Sin embargo, en la actualidad se fijan los límites de la minoría de edad penal, sin pretender justificarlos en nombre del discernimiento de la persona, sino como decisiones de política criminal, empleando simplemente el cronológico.

En nuestro país, el legislador penal, utilizando determinados conocimientos acerca de la evolución de la persona y del estudio del menor obtenidos mediante la psicología, pedagogía, sociología y otras ciencias, para establecer un criterio cronológico, es un tanto utilitario, dado la exigencia social, por el alto índice de conductas de tipo antipútrido que realizan los menores; y fijar de esa manera una determinada edad, a partir de la cual, se considera que el sujeto es imputable y con ello, plenamente responsable de los actos cometidos.

4.5. Ley Federal de Justicia para Adolescentes

La reforma constitucional al artículo 18, llevada a cabo en el 2005, señala que la Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán un sistema de justicia para adolescentes que será aplicable a quienes se atribuya la realización de alguna conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad mientras que las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

De igual forma, señala que en todos los procedimientos seguidos a estos adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas; mientras que el internamiento se utilizará como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, la cual podrá aplicarse únicamente a los

adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Consideramos que la razón de ser, de esta reforma, es la protección integral de los adolescentes que han infringido las leyes penales, a partir del respeto a sus derechos fundamentales reconocidos en el orden jurídico mexicano, tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en los tratados y pactos internacionales ratificados por México; dado que la administración del sistema de justicia para adolescentes tiene efectos profundos en la vida de estas personas, por incidir en el goce de todos sus derechos -civiles, económicos, sociales y culturales-, y que las disposiciones establecidas en la reforma son de observancia obligatoria para las autoridades competentes y su falta de cumplimiento va en contra del interés superior del adolescente en conflicto con la ley penal, de no respetarse, traería como resultado violaciones a sus derechos fundamentales. Deducimos que aun cuando se pretende una autonomía plena, no se puede despojar dicha ley, de su influencia penal, pues para ubicar el comportamiento del adolescente, requiere de aplicar supletoriamente el criterio penal que califica a ciertos comportamientos como "delitos graves", lo que indudablemente acarrea consecuencias graves en su desarrollo, debido a la condición de vulnerabilidad en que se encuentran.

Este sistema que considera a los menores de dieciocho años como "sujetos incapaces" con respecto a la tutela del Estado, se desarrolló a partir de la doctrina de la "situación irregular", la cual establece que los menores infractores se encuentran en dicha situación por haber infringido las normas penales o administrativas. Sin embargo, no existe un límite que demarque las facultades del Estado respecto a su intervención, en carácter de tutor, la cual puede presentarse tanto con motivo de las conductas contrarias a las normas penales y administrativas, como por la situación personal del adolescente: el abandono o el estado de peligro; en estos casos ni siquiera era necesario que el menor hubiere realizado un acto determinado contrario a la ley. En el extremo, la intervención estatal podía ocurrir ante la presencia de ciertos conflictos domésticos, cuya solución correspondía únicamente a los padres y que, sin embargo se transfería a las instituciones correccionales.

Durante la implementación del sistema tutelar se presentaron algunas desviaciones que ocasionaron violaciones a los derechos fundamentales y humanos de los menores, por la falta de reconocimiento del menor como sujeto de derechos y

del principio de legalidad, principio fundamental del derecho penal en un Estado de derecho, así como por violar el respeto a la dignidad humana, al sancionar la forma de vida de los menores.

La falta de reconocimiento de las garantías procesales se justificó bajo el argumento de que el objetivo del sistema no era sancionar al menor, sino protegerlo o corregirlo para reinsertarlo a su núcleo familiar y a la sociedad, pero que en la práctica implica sujetarlos a un procedimiento de carácter administrativo, en el que están en juego sus derechos, particularmente el de la libertad, y en donde se limitaba su derecho a la defensa.

La inobservancia del principio de legalidad, antes de la reforma constitucional, permitió que las legislaciones en la materia no hicieran distinción alguna sobre el tratamiento que se daba a los menores infractores de las leyes penales, respecto de aquellos que habían incurrido en alguna infracción administrativa, que se encontraban en peligro, en situación de calle, de abandono, o simplemente “se portaban mal”; todos podían estar albergados en un mismo centro de internamiento, con las consecuencias que genera la contaminación entre los adolescentes que cometen faltas administrativas con los que realizan conductas antisociales.

Afortunadamente, con esta Ley Federal de Justicia para Adolescentes, que tiene una acentuación garantista, que se fundamenta en la teoría de la protección integral y contempla los principios establecidos por la Organización de las Naciones Unidas, sobre los derechos de la niñez, en general, y de la justicia para adolescentes en particular.

Dicha Legislación federal, tiene un precedente histórico a partir de la segunda mitad del siglo veinte, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas se elaboraron una serie de instrumentos internacionales encaminados al progresivo reconocimiento y protección de los derechos de la niñez, dentro de los que resalta la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989. La Convención reafirma el reconocimiento del niño como persona, sujeto de los derechos que la normativa internacional consagra para todos los seres humanos y objeto del derecho a una protección especial, que por su condición de persona en desarrollo requiere.

En este instrumento se cristaliza la doctrina de la protección integral, que considera a los adolescentes como personas con derechos; su finalidad es establecer una mayor protección, a partir de una visión integral que abarque todos

los instrumentos internacionales de derechos fundamentales y humanos, ya que por ser indivisibles e interdependientes únicamente en su conjunto se asegura la debida protección de todos los derechos; además, su interdependencia se hace más evidente durante esta etapa de la vida.

Queda claro, que a partir de esa fecha, se elaboró un andamiaje normativo con objeto de regularizar la situación de los menores, quienes hasta ese momento no contaban con normas claras sobre su situación frente al derecho penal, es más, existía una relativa confusión para sentar las bases para el desarrollo de un sistema de justicia para adolescentes que pudiera ser incorporado al derecho interno de cada nación.

Dentro de la normatividad más importante es posible señalar: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, mejor conocidas como Reglas de Beijing del 28 de noviembre de 1985, las cuales hacen énfasis en el hecho de que en cada país exista una justicia específicamente para los menores; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, o Directrices de RIAD del 14 de diciembre de 1990, en ellas se establece que la prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad, así como la importancia de atender de manera especial a los jóvenes que se encuentren en situación de riesgo social, y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de su Libertad, del 14 de diciembre 1990, marco de referencia para los responsables de la administración del sistema de justicia de menores, a efecto de que los Estados incorporaran el contenido de este instrumento internacional a la legislación.

Así las cosas, la Convención sobre los Derechos del Niño en materia penal establece una serie de principios generales, dentro de los cuales es posible señalar: que los menores no pueden ser sancionados o privados de libertad por un hecho no constitutivo de delito, y la obligación de los Estados de implementar un sistema de justicia para adolescentes que han infringido las leyes penales; que los menores infractores estén amparados por las garantías que protegen a toda persona; así como la distinción de los problemas de naturaleza social de aquellos conflictos específicos con las leyes penales, y el derecho a formarse una opinión y a expresarla libremente en forma progresiva de acuerdo con su grado de madurez.

En el caso particular de la Convención, su importancia aumenta al ser un instrumento jurídicamente vinculante, por lo que, a partir de su ratificación, los

Estados parte se encuentran obligados a armonizar su derecho interno con la Convención y a realizar las reformas conducentes para dar cumplimiento pleno a los derechos reconocidos en ella.

De tal forma que en nuestro país, el Senado de la República ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en el año de 1990, razón por la cual es ley suprema de toda la Unión, de conformidad con el principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y está obligado desde esa fecha a cumplir con las disposiciones ahí contenidas, como lo hemos precisado y comentado con anterioridad.

Por otra parte, el 7 de abril de 2000 se reformó el artículo 4º constitucional, y establece que: “El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos”. Como resultado de esta reforma, el 29 de mayo de 2000 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, misma que si bien no retoma de manera puntual los postulados emanados de los documentos internacionales a los que hemos hecho referencia, sí recoge importantes principios rectores en materia de protección a los derechos fundamentales de los menores.

Así surgió, la Ley Federal de Justicia para Adolescentes, como una respuesta de responsabilidad colectiva por parte de la sociedad y del Estado en la tarea de garantizar el derecho al desarrollo integral de los adolescentes, y en la generación de las condiciones sociales que les permitan desarrollarse, con oportunidades personales y profesionales razonables, para que puedan cumplir con sus expectativas.

4.5.1. Las Características principales de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes

En el diseño del proyecto de la ley para adolescentes se incorporan los principios garantistas señalados, mismos que reconocen que si el adolescente puede ser sujeto de responsabilidades, también le corresponde ser merecedor de todos los derechos que le otorga la Carta Magna. Las principales objeciones que se le hicieron fueron plasmadas en el sentido de que no se trataba de un ordenamiento de justicia penal sino un ordenamiento de justicia exclusiva para adolescentes. Se modificó su alcance general y se adicionaron un importante número de reglas

procedimentales como el derecho de defensa, el de presunción de inocencia, el debido proceso, el de intervención mínima, justicia restaurativa entre otros.³⁵⁰

Las sanciones que se proponen no se relacionan necesariamente con el castigo, sino con la necesidad de forjar en el adolescente experiencias formadoras de ciudadanía responsable, el modelo de justicia para adolescentes plasmado en el proyecto asume las ventajas de la justicia penal para adultos, expresadas en los conocidos principios de: a) legalidad, b) culpabilidad, c) jurisdiccionalidad, e) contradicción y f) refutación, enriquecida por el marco específico de los derechos de la adolescencia, representada por los principios de interés superior de la adolescencia y transversalidad, el cual se ve vulnerado por el texto de la artículo 15 de la Ley, ya que esta supone que la interpretación y aplicación de la norma debe tomar en cuenta la totalidad de los derechos. Así mismo los principios de certeza jurídica, mínima intervención, subsidiariedad, por el que se reduce la acción del Estado, a lo que la sociedad civil puede alcanzar por sí misma, especialización, celeridad procesal, flexibilidad, equidad, protección integral y reincorporación social. Los cuales tienen antecedente en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Entre las observaciones que adicionalmente pueden hacerse a dicha Ley Federal de Justicia para Adolescentes esta su artículo 15 el cual prevé la culpabilidad pero no la define, lo que crea problemas de interpretación, en este mismo artículo se señala que “no se admitirán, bajo ninguna circunstancia, consideraciones acerca de la personalidad, vulnerabilidad biológica, temibilidad, peligrosidad, ni cualquier otra que se funde en circunstancias personales del autor del hecho imputado” es decir la prohibición es tajante, ya que no se acepta la valoración de estas circunstancias, ni siquiera en el caso de que éstas beneficien al adolescente a quien se le atribuya la realización de una conducta tipificada como delito. Lo cual puede considerarse como violatorio del artículo 17 de la Reglas de Beijing que señalan que: “17.1 Las decisiones de la autoridad competente se ajustaran a los siguientes principios: a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor”

³⁵⁰ Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia, y de Gobernación, con proyecto de Ley Federal de Justicia para Adolescentes, pp.31-47.

4.6. Los adolescentes desde la perspectiva del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Es poca la regulación que realiza el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, respecto los menores, pues en su articulado, únicamente se le precisan derechos, como víctima o parte del proceso, protegiendo preferentemente su integridad personal y salvaguardando su identidad.

El menor, es objeto de garantías constitucionales, que deben salvaguardarse, en todo proceso penal, sin perjuicio que de haber algún delito,, este será ventilado por la jurisdicción especial para adolescentes.

4.7. El Derecho Internacional referente jurídico de la Justicia Federal para adolescentes.

Dos grandes etapas podemos distinguir en la historia de la justicia penal de menores de edad en los países de América Latina, con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño -sancionada en 1989- como parte aguas entre uno y otro período.

El período de las legislaciones anteriores a la Convención es el de los sistemas llamados “tutelares”, durante la vigencia de los cuales las personas menores de edad son consideradas inimputables (no imputables por la comisión de delitos), y por lo tanto tampoco susceptibles de sanciones penales, sino merecedoras de “medidas tutelares” que se les aplican “en su beneficio”, por encontrarse en “situaciones irregulares” sea por haber cometido un delito, o por encontrarse en situaciones “de peligro moral o material”. También se llama a estos sistemas de la “situación irregular”.

El período de las legislaciones posteriores a la Convención, adecuadas a ella, es el período de los sistemas o modelos “de justicia”, por cuanto las personas menores de edad infractoras a la ley penal son sometidas a un sistema de justicia penal especializado, cuyos lineamientos principales están establecidos en la Convención y en los instrumentos internacionales que la complementan.

Es útil encuadrar el caso de la justicia penal juvenil dentro del panorama global de la justicia penal en la región, y en el mundo, incluyendo también a los sistemas de justicia penal de adultos. Se trata de un panorama que tiende a sustituir los procedimientos inquisitivos, con sus características de ser formalmente escritos y

con una prolongada etapa secreta de instrucción sumarial, por procedimientos acusatorios, orales y públicos, con un afianzamiento de las garantías, e introduciendo mecanismos para derivar algunos conflictos a vías de resolución no penales, y con una tendencia también, en materia de derecho penal de fondo, a reformar los códigos, o a sustituirlos, introduciendo sanciones no privativas de libertad para delitos a los que hasta ahora sólo se respondía con prisión.

Tales cambios en la legislación y en la doctrina han ayudado seguramente a que la realidad de los sistemas de justicia penal en los países de América Latina no sea peor de lo que es. Pero a pesar de estos avances, la realidad material de los sistemas es grave; muy especialmente han tomado interés público las condiciones de privación de libertad, tanto de adultos como de menores de edad, con resultados de motines, incendios, y muchísimas muertes.

En materia de justicia penal juvenil la renovación de los sistemas comienza a producirse, de manera definitiva, a partir de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, si bien el movimiento había comenzado unos años antes, con la sanción de las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores -Reglas de Beijing-. en la preparación de las cuales el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente -ILANUD- trabajó mucho durante la década de los ochenta en los países de nuestra región.

Podríamos sintetizar la gran transformación que se produce a partir de la Convención, diciendo que se sustituye el tradicional “derecho tutelar de menores” por un sistema de responsabilidad penal, que toma en cuenta la especificidad de la adolescencia. En rigor, es importante aclarar que durante la vigencia del derecho tutelar, lo que en realidad existía –y aún existe en algunos países- era un verdadero derecho penal para menores de edad, sólo que sin las garantías penales, procesales y de ejecución que caracterizan al derecho penal de adultos, y que sustituía, eufemísticamente, el lenguaje jurídico penal por otros vocablos, con el juez actuando sin límites en el rol de buen padre de familia.

En este punto, habiendo recorrido tribunales y consejos tutelares en muchos países de la región, y habiendo conocido instituciones como el Consejo de Menores de la Secretaría de Seguridad Pública de México, consideramos equitativo aclarar

que se ha realizado un buen esfuerzo para brindar lo mejor de sí a los menores que colman cada vez en mayor número los sistemas de justicia juvenil.

Como antes dijimos, las nuevas legislaciones que vienen estableciéndose en los países de América Latina establecen un sistema de responsabilidad acorde con los principios derivados de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Algunos países tienen ya muchos años de vigencia de un nuevo sistema plenamente adecuado a ella (son los casos de Brasil, Perú y Honduras, con sus códigos integrales sancionados en 1990, 1994 y 1995 respectivamente, y de El Salvador y Costa Rica con sus leyes específicas de justicia penal juvenil sancionadas en 1994 y 1996 respectivamente). Otros países, que sancionaron sus códigos o leyes más recientemente tienen también varios años de implementación del nuevo sistema, sin embargo, en México, fue hasta el 2005, con la implementación del nuevo Sistema de Justicia, cuando se puso énfasis en la justicia de los adolescentes.

4.8. La justicia para Adolescentes en México.

Hablar de justicia y sobre todo tratar de llegar a una definición uniforme de la misma, es un problema en el que han caído los estudiosos del derecho desde antaño hasta nuestros días. La definición de justicia igual que la de derecho, no es unívoca, ya que existen muchos discursos sobre la misma, y precisamente por ello, resulta difícil llegar a una definición general, única y aceptada por todos.

No obstante lo anterior, podemos afirmar que al hablar de justicia nos referimos a la igualdad, imparcialidad y equidad. Inclusive, hay quienes han llegado a afirmar que la misma no existe; o bien, si existe, solamente es en teoría, ya que en la práctica parece no verse reflejada. Hans Kelsen, en su libro titulado *¿Qué es la justicia?*, asevera que la aspiración a la justicia es la eterna aspiración del hombre a la felicidad, pero aquí entramos en otro problema: definir en qué consiste la felicidad. En relación con la misma, consideramos que es subjetiva y por lo tanto, la justicia también lo sería, y por ende, cada persona o autoridad interpreta el concepto de manera convencional o utilitaria.³⁵¹

³⁵¹ Kelsen, Hans. *¿Qué es la Justicia?* Edición en español, Barcelona: Ariel. 1982. p. 60

Eugene Petit, comparte la idea que sobre la justicia tiene Ulpiano, y que consiste en darle a cada quien lo suyo. El citado filósofo la define: "la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo. Para merecer la calificación de justo no basta serlo, en efecto, en un momento dado: se necesita conformar su conducta al derecho sin rebeldía; apoyado en la jurisprudencia o ciencia del derecho, que Ulpiano define como: el conocimiento de las ciencias divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto."³⁵²

Aquí nos encontramos ante otro problema, al no saber qué es lo que le corresponde a cada quien, y sobre todo, qué es lo que va a determinar ese nivel de correspondencia a cada uno. Sin duda, la filosofía de cada época, nos permite emplear el término de manera utilitaria. Por ello, consideramos que la justicia es un tema por demás polémico y que, a lo largo de los años, ha sido protagonista de los temas más acalorados y apasionados debates.

Así las cosas, la justicia es un valor que, al igual que todos los demás, tiene su anti-valor, es decir, siempre ante lo justo se encontrará lo injusto. Situación idéntica ocurre con la verdad, la cual siempre tendrá enfrente de ella a la mentira. Para la sociedad en general, la esencia de la justicia es el criterio ético que nos obliga a dar al prójimo lo que se le debe, conforme a las exigencias filosóficas propias de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social. Criterio ético, porque se trata de un principio destinado a dirigir obligatoriamente la acción humana, y que nos manda dar, atribuir o reconocer a todo ser humano, lo que se le debe reconocer de acuerdo con su naturaleza; porque no es un criterio convencional sino objetivo, pues se funda en los datos constitutivos de la dignidad personal que son esenciales al ser humano, y que por esto mismo, excluye racionalmente toda discriminación en el trato a nuestros semejantes, sin razón objetiva suficiente.

4.8.1. Los Fundamentos del Sistema de Justicia para adolescentes en México.

Aún cuando pueda ser repetitivo, es menester reiterar que por disposición del artículo 18 de la Constitución de la República, los estados han conformado, para responder a las infracciones a la ley penal cometidas por personas de entre 12 y 18 años, sistemas integrales de justicia especializados, configurados como una

³⁵² Ibídem p. 124 Nota 78

protección jurídica especial, regidos y compuestos por principios, derechos, órganos, procedimientos, mecanismos y garantías especiales.

Nos queda claro que todo sistema de justicia juvenil o de responsabilidad penal para adolescentes es un conjunto de normas e instituciones creadas expreso para dar respuestas a la situación de las personas menores de edad imputadas o encontradas responsables de la comisión de delitos. Como escribe Beloff: *el sistema de responsabilidad penal juvenil tiene que ver estrictamente con las formas de organización de la respuesta estatal frente a los delitos cometidos por los adolescentes.*³⁵³

Noción que comparten todas las leyes del país pero, quizá, la que con mayor precisión la ha definido es la de Yucatán, que considera al sistema como “el conjunto de elementos normativos, órganos y procedimientos aplicables a los adolescentes” en su artículo 8. Como insistiremos en este trabajo, un sistema de justicia juvenil refleja con sus normas, órganos y procedimientos, la existencia de un estatus jurídico de los adolescentes dentro del ordenamiento, la forma en que Estado y derecho se relacionan con la infancia, y la posición que han decidido asumir ante el problema relacionado con los adolescentes que cometen delitos.

Tomando en cuenta esta noción estructural, y siguiendo a Cillero, podemos asegurar que las funciones que el sistema penal y, por tanto, el sistema de justicia penal para adolescentes debe cumplir, son las siguientes: a) limitar el poder punitivo del Estado, protegiendo al adolescente de las penas abusivas y de los efectos adversos que su imposición puede ocasionar en su desarrollo; b) resolver conflictos jurídicos y, en este sentido, darles las respuestas adecuadas para evitar la violencia o coadyuvar a su gestión; y, c) contribuir a la reducción de la criminalidad, que necesariamente tiene que lograrse, principalmente, a través de considerar que el proceso de responsabilidad tiene como núcleo su carácter educativo y, claro, que realiza, inevitablemente, funciones de prevención general.³⁵⁴

³⁵³ Beloff, Mary, “*Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos*”, *Justicia y Derechos del Niño*, Argentina. UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, número. 2, 2000, p. 79.

³⁵⁴ Cillero, Miguel, *Los derechos de los niños y los límites del sistema penal*, *Adolescentes y justicia penal*, Chile. ILANUD-UNICEF (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente-Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia). 2000. p. 6

Situaciones que también prevé la reforma constitucional, de que hemos hecho referencia precedentemente, ya que el debido proceso, que no es sino un garantismo constitucional, responde a las exigencias de los convenios y tratados internacionales, signados por México, con el objetivo de proteger los derechos de los menores infractores de la ley.

Cillero expone además, que estos fines, que son los del derecho penal, debemos sumar los propios del sistema de justicia juvenil mismos que condicionan todos los anteriores, sobre todo a los relativos a la prevención general y especial: fomentar la dignidad personal de los adolescentes, alentar su desarrollo y propiciar su integración social.³⁵⁵

Sin embargo, lo anteriormente expuesto, nos permite entender lo complicado que resulta para darle la efectividad que requiere al sistema de justicia para adolescentes en México, puesto que no hace falta investigar mucho para comprobar que las causas del incremento de la delincuencia, y de todas sus consecuencias, están en la ausencia de programas sociales adecuados que atiendan los derechos y necesidades de niños y adolescentes y no, generalmente, en los instrumentos jurídicos creados para combatir la delincuencia juvenil, el derecho no lo resuelve todo. Sabido es, que el nivel social de donde emerge esta delincuencia, son en su mayoría los estratos pobres de la población, es decir los marginados, los que sufre y batallan la ineficiente política social implementada por el estado, son pocas las ocasiones en que encontramos en situación antijurídica a un adolescente de clase alta,

Es por ello, que consideramos que la justicia en México, debe empezar por la planeación eficaz de la política social. Así las cosas, la comisión de delitos se reducirá cuando se reconozca el derecho de todos -particularmente de los menores- a tener una vida digna y se canalicen recursos suficientes para hacer efectiva esta norma ética de convivencia. Sólo una política pública fuerte, diseñada para satisfacer y garantizar amplia e integralmente los derechos de niños y adolescentes, evitará el crecimiento de la delincuencia juvenil.

³⁵⁵ Cillero, Miguel, *Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención de los Derechos del Niño, Justicia y Derechos del Niño*, Argentina, UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, número. 2. 2000, p. 114.

La delincuencia juvenil se combate principalmente a través de una buena política social y no de una 'buena' política penal", situación muy poco ha entendido nuestro Legislador. Criterio que bien claro se encuentra postulado por en las Reglas de Beijing (punto 1.4), la justicia de menores ha de concebirse como parte del proceso de desarrollo de cada país y debe ser administrada "en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad". En México, hay pocas leyes que establecen que al sistema integral de justicia para adolescentes lo conforman también actividades de prevención.

Para comprender y apreciar con claridad el ámbito normativo protector de la justicia para adolescentes en México, es preciso decir que tanto las leyes federales, como las estatales en la materia abren su texto a otras fuentes con la intención de extender y ampliar sus contenidos y garantizar un mayor número de derechos o reforzar la eficacia de los mismos.

4.8.2. Los Sujetos del Sistema de Justicia para Adolescentes.

Los menores tiene reconocido en el ordenamiento jurídico mexicano una condición especial, la reforma constitucional de 2005 definió quiénes podrán ser sujetos al sistema integral de justicia para adolescentes. El Legislador estableció, en el artículo 18 de la norma básica, que las personas de entre 12 y 18 años acusadas de la comisión de delitos y encontradas responsables de los mismos, estarán sujetas a un sistema integral de justicia, consagrando, bajo un criterio biológico-cronológico, las edades mínima y máxima que comprende su ámbito protector, delimitándose, de esta manera, el derecho a una respuesta específica como lo precisa Cillero Bruñol. Así, la Constitución fijó una barrera o frontera político-criminal entre dos sistemas de respuesta ante el delito: el de adultos y el de personas menores de edad.³⁵⁶

Con ello se homogeneizó en todo el país una franja de edad en que las personas se consideran adolescentes y las edades mínima y máxima quedaron como puntos de referencia del ámbito personal de protección del nuevo sistema definiendo en qué periodo de la vida una persona "puede ser castigado por un delito de forma diferente a un adulto.

³⁵⁶ Cillero Bruñol, Miguel, "Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal", Justicia y Derechos del Niño, Argentina, UNICEF, núm. 3, 2001, p. 71.

Sin embargo, existen efectos que omitió inicialmente el legislador federal, que han sido muy negativos tanto para el sistema de justicia nacional como para los propios adolescentes. Ante la falta de los órganos federales que conocieran sobre los delitos en la materia y en virtud del sistema de doble fuero prevaleciente en el país, se generaron violaciones a los derechos de los adolescentes y situaciones de impunidad en casi toda la República, puesto que muchos jóvenes involucrados en delitos no fueron sometidos a proceso debido a la falta de órganos competentes.

En los estados se produjo gran incertidumbre sobre la mejor forma de actuar para evitar esa situación. Desafortunadamente para corregir esta omisión no se produjo la actuación del Congreso General mediante el dictado de la ley correspondiente, sino la intervención de la Suprema Corte de Justicia. Ésta ha ocurrido en dos ocasiones al resolver sendas contradicciones de tesis, de donde se ha derivado un “régimen de transición” en el que se ha otorgado competencia para conocer de los delitos federales atribuidos a los adolescentes

4.8.3. La aplicación de la Ley de Justicia para adolescentes respecto al internamiento y ejecución de sanciones.

Para Vasconcelos Méndez, determinar la sujeción de una persona al sistema de justicia para adolescentes debe considerarse su edad al momento de la comisión del delito.³⁵⁷

Es precisamente el contenido y la finalidad educativa del sistema la justificación de que se otorgue al juez la facultad de imponer al adolescente responsable de la comisión de delitos varias medidas que sean compatibles entre sí. La mayoría de las leyes de justicia para adolescentes autoriza a los jueces a fijar como medidas la amonestación, la educación, y en casos graves la privación de la libertad, por periodos que no excedan de siete años, para su reencauzamiento.

El internamiento preventivo conforme al artículo 56 de la Ley federal de Justicia para Adolescentes, deberá ser de manera excepcional y por un plazo máximo de tres meses, sin perjuicio de que el internamiento preventivo no podrá

³⁵⁷ Vasconcelos Méndez, Rubén, Avances y retrocesos de la justicia penal para adolescentes, México, Novum/UNICEF, 2012, p. 2

combinarse con otras medidas cautelares y deberá ser cumplido en instalaciones diferentes a las destinadas al cumplimiento de la medida de internamiento definitivo

La medida de internamiento permanente es la más grave prevista en esta Ley; consiste en la privación de la libertad del menor y se debe cumplir exclusivamente en los centros federales de internamiento, de los que podrán salir el adolescente o adulto joven sólo mediante orden escrita de autoridad judicial.

Para tal efecto, la duración de esta medida deberá tener relación directa con los daños causados, sin poder ser inferior a un año ni superior a cinco años cuando el adolescente o adulto joven tenga una edad de entre catorce años cumplidos y menos de dieciséis años al momento de realizar la conducta, y cuando tenga una edad de dieciséis años cumplidos y menos de dieciocho años no podrá ser inferior a dos años ni superior a siete años.

No sólo al momento de imponer las medidas hay que considerar el fin del sistema si no también durante el proceso de ejecución de las mismas. En ningún momento dejan de estar vigentes los principios de protección integral e interés superior del adolescente, el fin de la reintegración social y familiar y el pleno desarrollo de su persona y capacidades.

Este principio de internamiento, implica varias reglas, como lo afirma Vasconcelos Méndez:³⁵⁸

1) Las personas mayores de edad no pueden ser juzgadas en el régimen penal general, como adultos, por la imputación de delitos cometidos cuando eran adolescentes. La normatividad juvenil se aplica a los mayores de edad que hubieren cometido hechos probablemente constitutivos de delitos siendo adolescentes. Ellos tendrán derecho a todos los beneficios de la legislación especializada. Todas las leyes del país reconocen la vigencia de esta regla aunque en el caso del estado de Colima, parece haber una excepción ya que se señala en su artículo 7º: “en el caso de que durante la ejecución de un delito permanente el menor cumpliera los 18 años, será juzgado por los tribunales penales”.

b) El régimen para adolescentes se aplica a todos los menores de edad que, en el transcurso del proceso, cumplan 18 años. Este principio es absoluto y debe operar hasta la terminación de la medida, en su caso. Sin embargo, en algunas leyes estatales parece relativizarse en la etapa de ejecución de las medidas para

³⁵⁸ Ídem.

resolver la cuestión relacionada con la separación por edades de los sujetos al sistema y concretamente, de los mayores de 18 años con respecto al resto. Pueden apreciarse tres soluciones en torno a esta problemática:

Primera.- Leyes que ordenan dividir los centros especializados en diversas áreas para separar a ambos grupos de personas, en cuyo caso se acepta esta solución al establecer que en el centro de internamiento habrá áreas exclusivas para los mayores de 18 años. Convivirán en el mismo centro pero en espacios diferentes adolescentes y adultos jóvenes. Tal es el caso de la Legislación para Adolescentes de los Estados de Tamaulipas y Veracruz, cuyos artículos 164.5 y 150.3, respectivamente, regulan lo concerniente a la aplicación de la Ley a los adolescentes jóvenes. Igual tratamiento se aplica en las legislaciones de Durango, Chihuahua y Nayarit, pero en el caso de Sinaloa, no se establece ninguna consideración legal al respecto.

Segunda.- En las leyes estatales de justicia para adolescentes para resolver la citada problemática: habrá centros especializados para “adultos jóvenes”. En el estado de Colima, la Ley que establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, en su artículo 97 dispone que los infractores que cumplan 18 años durante la ejecución de una medida de internamiento, o quienes siendo inimputables al momento de la comisión del delito, sean detenidos después de cumplir 18 años, “deberán ser reclusos en centros especiales para jóvenes adultos, dependientes del Instituto para el Tratamiento de Menores Infractores, por todo el tiempo impuesto en la sentencia, pero serán liberados al cumplir los 25 años, si la medida impuesta se prolonga hasta esta edad”.

Tercera.- Las personas mayores de 18 años sujetas al sistema de justicia para adolescentes serán trasladadas a los centros de readaptación social para adultos y colocados en áreas especiales. Así se dispone, por ejemplo, en Coahuila, donde los adolescentes pueden ser ubicados en “áreas especializadas de los centros de readaptación social cuando cumplan 18 años de edad”, como lo dispone el artículo 28. Lo mismo en Michoacán, donde la solución se configura no como una remisión automática si no condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos. Dice la Ley de Justicia Integral para Adolescentes del Estado de Michoacán De Ocampo en su numeral 27: “excepcionalmente, y por razón de seguridad, los internos que hayan cumplido 18 años, a consideración del juez especializado, podrán ser trasladados a los centros de readaptación social, en régimen especial”. Más adelante la norma

señala: el adolescente que se encuentre en tratamiento dentro del Centro de Integración para Adolescentes, al alcanzar los 18 años de edad, previa valoración del juez especializado, podrá ser trasladado al Centro de Readaptación Social que corresponda, a efecto de que en un área especial de dicho Centro continúe con el tratamiento respectivo, bajo la supervisión y seguimiento de las autoridades competentes.

Lamentablemente en México, así como en diversas entidades federativas, la legislación para impartir justicia a los adolescentes, aun está en proceso de desarrollo, observándose muchas limitaciones y carencias, por lo que es menester que nuestros legisladores, se comprometan a realizar un proceso de actualización de la norma en cuestión, dado que la exigencia de nuestra Constitución Política, como de los Tratados y Convenios Internacionales, a los cuales voluntariamente nos hemos adherido, nos obliga a cumplir sus determinaciones.

4.9. La Justicia para Adolescentes en el Estado de Sinaloa.

Las leyes de justicia para menores en la actualidad son diseñadas bajo las premisas de la autonomía del derecho del menor con respecto del derecho penal y desde luego el modelo garantista, que dan forma al cambio de paradigma en torno a la manera de verlos cuando por cualquier motivo infringen la ley penal. El sostenimiento de esta autonomía no es asunto nuevo, pero cobra mayor relevancia a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Encontramos que la reforma Constitucional al artículo 18, establece cinco reglas respecto a las medidas: a) se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso; b) deben atender a la protección integral y el interés superior del adolescente; c) deben ser proporcionales a la conducta realizada; d) tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades, y e) el internamiento se utilizará sólo como medida extrema, por el tiempo más breve que proceda y únicamente a los adolescentes mayores de 14 años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Estudiosos del tema coinciden en afirmar que lo más característico de la justicia para adolescentes es su sistema de sanciones.

Vasconcelos dice que, por el estatus especial del que gozan los adolescentes

dentro del ordenamiento jurídico, las consecuencias de la comisión de delitos por parte de ellos deben conformarse con sus condiciones y ser distintas a las de los adultos.³⁵⁹

A grandes rasgos se aprecia un modelo de justicia para adolescentes representado por los principios, comentados con anterioridad, mismos que regulan las fases de la investigación y la puesta a disposición, el procedimiento inicial y el juicio y los procedimientos alternativos al juzgamiento.

Todas las autoridades, instituciones y órganos especializados para adolescentes, deben ejercer sus funciones en estricto apego a los principios rectores del Sistema, deben asegurar en todo momento el efectivo respeto de los derechos y garantías reconocidos en esta Ley, en la Constitución, los Tratados Internacionales aplicables en la materia, la Constitución Estatal, en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la correlativa en el Estado.

A efecto de lograr un mejor funcionamiento del Sistema, aun cuestionable, por su flexibilidad o rigidez en determinados casos, las autoridades, instituciones y órganos especializados para adolescentes, podrán celebrar convenios de colaboración con otras autoridades, instituciones y órganos homólogos en las Entidades Federativas, así como con organismos públicos o privados, organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil.

Para el logro de los objetivos de esta Ley, las autoridades locales colaborarán, en el ámbito de su competencia, con las autoridades del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en el Estado de Sinaloa.

La violación de derechos y garantías procesales de los adolescentes es causa de nulidad del acto en el que ocurra y determinará la responsabilidad del o los funcionarios públicos y servidores implicados, en los términos de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos para el Estado y demás disposiciones aplicables.

Son partes en el proceso: I. El Ministerio Público; y II. El Adolescente o adulto joven y su defensor. La víctima u ofendido, o su representante legal, tendrán el carácter de coadyuvante del Ministerio Público a partir de la puesta a disposición.

El proceso para adolescentes tiene como objetivo establecer la existencia jurídica de una conducta tipificada como delito por las leyes locales, determinar

³⁵⁹ Ibídem p. 124 Nota 280.

quién es su autor o partícipe, el grado de responsabilidad y en su caso, determinar la aplicación de las medidas que correspondan conforme a esta Ley.

La detención provisional e internamiento de adolescentes deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales, debiéndose aplicar medidas cautelares y definitivas menos gravosas siempre que sea posible. Las medidas restrictivas de la libertad serán aplicadas por el menor tiempo posible.

En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público para Adolescentes estará obligado a solicitar la reparación del daño y el Juez de Adolescentes no podrá absolver al adolescente de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

Los plazos procesales serán improrrogables y su vencimiento hará precluir la facultad a ejercer por la autoridad correspondiente. Si el adolescente se encuentra en libertad, los plazos serán prorrogables según lo establecido en la presente Ley.

4.9.1. El Procedimiento especializado en la justicia para Adolescentes.

A partir del momento en que el Adolescente es recibido por el Juez de Adolescentes, éste deberá celebrar una audiencia, con el fin de determinar si existen bases para la sujeción a proceso y determinar la procedencia de medidas cautelares si el Ministerio Público lo solicitare. En esta audiencia, si el adolescente desea hacerlo, se recibirá su declaración inicial.

Si el adolescente no se encuentra detenido, el Juez de Adolescentes deberá citar a las partes para celebrar dicha audiencia, dentro de los ocho días siguientes a la recepción del escrito de puesta a disposición.

En el supuesto de que el adolescente estuviere detenido al momento de recibir el Juez de Adolescentes, la audiencia se celebrará de inmediato y en ella el Juez de Adolescentes deberá examinar además, la legalidad de la detención. Si esta resultare improcedente, la audiencia se suspenderá y se decretará la inmediata libertad del adolescente. De ratificarse la detención, la audiencia continuará su curso.

A esta audiencia deberán concurrir el Ministerio Público para Adolescentes, el adolescente presunto responsable, su defensor y en su caso, los padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del adolescente, el coadyuvante y su asesor jurídico. La ausencia de estos últimos no suspenderá la audiencia.

4.9.2. El juicio oral.

El juicio será oral. El adolescente, sus padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad o la custodia y su defensor podrán solicitar que la audiencia de juicio se verifique a puerta cerrada. En el juicio deberán estar presentes el Juez de Adolescentes, el Ministerio Público para Adolescentes, el adolescente, su defensor, familiares o representantes, así como el ofendido y su asesor jurídico, en su caso. La ausencia de estos últimos no suspenderá la audiencia. Además deberá realizarse en dos etapas, la de la determinación de la existencia del hecho y la de la individualización de la medida, en un juicio continuo e ininterrumpido.

4.9.3. El Procedimiento Alternativo.

Los procedimientos alternativos al juzgamiento responden a los principios de subsidiariedad y mínima intervención previstos por la presente Ley; se orientan hacia los fines de la justicia restaurativa, a efecto de que la víctima u ofendido y el adolescente participen conjuntamente de forma activa en la solución de las consecuencias derivadas del hecho atribuido.

Conclusiones.

Una vez concluida la presente investigación titulada “La justicia penal para adolescentes” se hace necesario plasmar sus ideas principales arribando a las siguientes conclusiones:

Primera. El Código Penal Federal, carece de fundamentos en cuanto a los elementos a tener en cuenta para considerar determinado actuar como delictivo, para los menores de edad, ofrece sólo el concepto de actos inimputables, como excluyente de responsabilidad penal.

Segunda. La ley Federal de Justicia para Adolescentes, aun cuando no tiene una acentuación penal, se apoya en el Código penal Federal, para establecer la categoría de delitos considerados como graves, para sancionar a los adolescentes que incurrir en una conducta antijurídica.

Tercera. La Ley Federal de Justicia para Adolescentes preceptúa en su mayoría, normas adjetivas, pero se continua con un silencio y un vacío jurídico con respecto a la norma sustantiva, que es definitiva la que debe regular los elementos de las conductas en las que incurran los menores para poder determinarlos sujetos activos del Derecho Penal, las conductas que serán consideradas para estos menores como delitos a los efectos de su juzgamiento.

Cuarta. La exclusión de la responsabilidad de los menores de cierta edad se apoya en la presunción *jure et de jure* de que aún no han alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo con su comprensión del derecho.

Quinta. Respecto a la inimputabilidad, existe consenso en la doctrina moderna en el sentido de que el menor, hasta antes de la mayoría de edad, no puede considerarse como sujeto activo de un delito; así, aunque su conducta se adecue a alguno de los tipos señalados en la legislación sustantiva, no está justificada la intervención del aparato punitivo estatal en su contra. La controversia surge cuando se busca determinar la edad penal, es decir, la mayoría de las legislaciones, como hemos visto, se inclinan por marcar el límite de la inimputabilidad en los 18 años; este criterio, si bien coincide con el cumplimiento de la mayoría de edad, no debe

considerarse concluyente; no puede afirmarse que al llegar a los 18 años, el menor automáticamente se vuelve capaz de querer y entender en plenitud, y por tanto imputable. Esta cuestión ya fue suficientemente analizada en los capítulos precedentes.

Sexta. Bajo esta óptica, la inimputabilidad no ha de fijarse atendiendo únicamente a un criterio cuantitativo (la edad), sino que sería importante tomar en cuenta un criterio cualitativo, como es el aspecto psicológico individual del menor.

Propuestas.

1a. La modificación del artículo 18 constitucional, mediante una reforma, a efecto de establecer nuevos criterios para la definición sistemática del concepto de menor y de adolescente.

2a. Unificar la Ley Federal de Justicia para Adolescentes, a efecto de que tanto en el ámbito federal, como en el Local, se aplique una sola legislación.

3ra. Actualizar la taxonomía, a fin de establecer una clasificación de delitos propios para los adolescentes y no aplicar el concepto de delitos graves, existente en los Códigos Penales.

BIBLIOGRAFIA.

- AMUCHÁSTEGUI Requena, Graciela. *Derecho Penal*. 3ª. Edición. Editorial Oxford. México. 2005.
- ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, 2da. Edición Madrid, Akal, 1986.
- ARILLA BAS, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
- _____, *Derecho Penal, Parte General*. 2ª Edición, Editorial Porrúa. México, 2003.
- AZAOLA, Elena. *Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores*”, en *Memoria del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, México. Cuadernos del Instituto, núm. 1, 1996.
- AZÚA REYES, Sergio T., *Los principios generales del derecho*, Porrúa, S.A., México, 1986,
- BACIGALUPO, ENRIQUE. *Principios constitucionales de derecho penal*. Editorial Hammurabi, S. R. L. Buenos Aires, Argentina. Edición Rústica. 1999.
- BARATA, ALESSANDRO, *Infancia e democrazia*. Per una interpretazione dinamica della Convenzione Internazionale sui diritti del bambino, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999, Vol. 29, n° 2.
- BAVESTRELLO BONTÁ, Irma. *Derecho de Menores*. Editorial Lexs Nexis. Chile. Santiago. 2003.
- BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las Penas*, Bogotá, Colombia: Temis, 3ra, 2005,
- BELOFF, Mary, “*Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos*”, *Justicia y Derechos del Niño*, Argentina. UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, número. 2, 2000.
- _____, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, Abregú, M. y Courtis, C. (comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires. Ed. Del Puerto/CELS, 1997.
- BENITO ALONSO, Francisco. “*Los antecedentes de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores como criterio de interpretación de la misma*” en *La Ley*, núm. 5308.
- BETTI, EMILIO, *Teoria generale delle obbligazioni*, 1955: Milano, 1949, tomo I,

- BIDART CAMPOS, Germán. *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*. Ed. Ediar Buenos Aires-Argentina. 1999.
- BLANCO LOZANO, C., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Editorial Bosch. 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 15 ed., México, Porrúa, 1981.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan Manuel. *Derecho Penal Español. Parte General*. Editorial Ariel. Barcelona, 1984.
- CANOSA USERA, Raúl., “*Algunos aspectos problemáticos de la interpretación constitucional*”, Diez años de desarrollo constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Don Luís Sánchez Agesta, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 15, monográfico, 1988.
- CANTARERO BANDRÉS, Roció. *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación (Derecho penal y procesal de menores)*. Montecorvo, Madrid, 1988.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. 1ra. edición. Quito, Ecuador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008.
- _____, *La Constitución en Serio*. Porrúa y UNAM, México 2001.
- _____, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-UNAM, 2005.
- CARL SCHMITT, *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*, Santiago de Compostela, Porto Editores, 1950.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional, cit.*, y al artículo del ministro José Ramón Cossío Y Luis Raigosa, denominado “*Régimen político e interpretación constitucional en México*”, *Isonomía*, México, núm. 5, octubre de 1996.
- CARPIZO, JORGE, *La Constitución mexicana de 1917*, 13a. ed., México, Porrúa, 2002.

- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl Y Carrancá Y Rivas, Raúl. *Derecho Penal Mexicano, Parte General*. Porrúa, México, 1995.
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal: Parte general*, vol. I, traducción de José J. Ortega Torres, reimposición, Bogotá, Temis, 1996.
- _____, *Derecho Penal* (Traducción: Enrique Figueroa Alfonzo). México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1995.
- CASTELLANOS TENA, Femando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. 46ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2005.
- CASTILLEJOS CIFUENTES, Daniel A. *Análisis Constitucional sobre el uso del término menor y los niño, niña o adolescente*. Publicación Electrónica, núm. 5, 2011 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México. 2011.
- CENICEROS, José Ángel y Garrido, Luis, *La delincuencia infantil en México*, México, Ediciones Botas, 1936.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín, *Derecho de Menores*, Sexta Edición, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2002.
- _____, *El Adolescente Infractor y la Ley Penal*, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2007.
- CILLERO Bruñol, Miguel, “*Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal*”, *Justicia y Derechos del Niño*, Argentina, UNICEF, núm. 3, 2001.
- _____, *Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención de los Derechos del Niño*, Justicia y Derechos del Niño, Argentina, UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, número. 2..
- _____, *Los derechos de los niños y los límites del sistema penal de Adolescentes y justicia penal*, Chile. ILANUD-UNICEF (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente-Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia). 2000..
- CLAVIJERO Francisco Javier, *Historia Antigua de México*, Colección Sepan cuantos, México, Ed. Porrúa, 1982. N°. 29.
- CRUZ Y CRUZ, Elba: “*La edad penal*”, en Cuadernos de Política Criminal, Número 77, Edersa, Madrid, 2002.
- CUELLO Calón, E. *Derecho penal*, novena edición, Editorial Nacional, México, 1961.

- DE ANTONIO, Daniel Hugo, *El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor, Régimen jurídico, prevención y tratamiento*, 2ª ed., Editorial Astera de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1992.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. (1952), *Derecho civil de España*, Vol. I., Civitas (edición facsímil),. Madrid. 1989.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel; “*La reforma del derecho de familia y su comparación con el Derecho de otros países europeos*”, en *La Notaría*, 1980, Tomo I, pág. 2
- DE LAMA AYMÁ, Alejandra. *La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia. 2006
- DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la cuarta edición italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Editorial Reus, S. A. Madrid. 1931.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho procesal penal y de términos usuales en el proceso penal*, 3ª ed., México, Porrúa, 1997.
- DÍAZ DE MONTALVO, Alfonso. *Alfonso X. Rey de Castilla*. España. Editorial Medina del Campo. 1542.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho penal, parte general, conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social*, Porrúa, México 2003.
- DÍEZ-PICAZO, L.; *Familia y derecho*, Madrid. Editorial : S.L. Civitas Ediciones, 1984.
- DORADO MONTERO, P. *El caso del loco delincuente en el Derecho penal moderno y enseñanzas que del mismo pueden sacarse*, en RGLJ, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez tomo LXXXXII, 1898.
- _____, Pedro, *El derecho protector de los criminales*. Nueva edición de los estudios de derecho penal preventivo, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915.
- DWORKIN, Ronald Myles, Dworkin, citado por Víctor Manuel. *El concepto de Derecho de Ronald Dworkin*, Revista de la Facultad de Derecho. México, No. 246, Sección de Artículos, 2006.
- EEKELAAR, J., *The interest of the Child and the Childs wishes: the role of the dynamic self-determinism*, in *International Journal of Law Policy and the Family*, Oxford University Press, 1994 8(1): 43-44;

<http://lawfam.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/8/1/42>. Consultado el día 17 de Noviembre de 2013. Aboga por la superación de la visión de la minoría de edad como un *status*.

EHMKE, Horst. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation, en Problem der Verfassungsinterpretation*. Dokumentation einer Kontroverse. Ralf Dreier y Friedrich Schwegmann (eds.). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1976, pp. 182.

FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006.

_____, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Trotta. España. 1990.

_____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Cuarta Edición Roma-Bari. Italia. Editorial Trotta, S A. 2004.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, ts. I y II.

FERRER RIBA, J. *Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña*, Ed. Derecho Privado y Constitución, 1995, nº7.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano*, en el volumen "Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado", México, 1971.

_____, *Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, t. I.

_____, *Debido proceso legal*, Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa-UNAM, 1987.

FLETCHER, George P., *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, Prólogo, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1980.

FORSTHOFF, Ernst., *El Estado en la sociedad industrial* (1971), trad. de L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975

- GADAMER Hans-George. *Verdad y método II.* Ediciones Sígueme. Salamanca. 1998.
- _____, *Hermenéutica e historicismo*, en: *Verdad y Método I*, Editorial Sígueme, Salamanca, 1996.
- GALINDO Garfías Ignacio. *Derecho civil*, Editorial Porrúa. México, 2009.
- _____, “*Derecho reencauzamiento o Civil*” 13ª ed. Editorial Porrúa, 1994.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *La interpretación constitucional como problema*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional, cit.*, t. I, 2007.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción Al Estudio Del Derecho*, Porrúa, S.A., cuadragésimo tercera edición, 1992.
- _____, *Filosofía del derecho*, 8ª. edición, Porrúa, México, 1996.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. “*Conferencia relacionada con los cursos de justicia para adolescentes*”, marzo de 2007, México. Portal de Internet del Consejo de la Judicatura Federal; www.ijf.cjf.gob.mx. Consultada al día 15 de Diciembre de 2013
- _____, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fe de Bogotá, Temis-De Palma, 1994.
- _____, *Adolescentes y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Editorial Ad.hoc, 2001.
- _____, *Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina: antecedentes, características, tendencias y perspectivas*, en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, año VI, nº 10-B, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- _____, *Conferencia relacionada con los cursos de justicia para adolescentes*, marzo de 2007, México. Portal de Internet del Consejo de la Judicatura Federal; www.ijf.cjf.gob.mx. Consultada al día 15 de Diciembre de 2013
- _____, *Infancia y Derecho Humanos –Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Primera Edición San José Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1995.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Madrid. Universidad Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Complutense de Madrid, 2000.
- _____, *Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores” en Menores privados de libertad;*

- Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo general del poder judicial, Madrid, 1996.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, Alianza Universidad, 1984.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “*Exposición sobre el proyecto de Ley de los Consejos Tutelares*”, Islas De González Mariscal, Olga, y Carbonell, Miguel, *Constitución y justicia para adolescentes*, UNAM-IIJ, México, 2007.
- _____, “*Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional.*” en Gutiérrez Contreras, Juan Carlos (coord.), *Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos de la Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2006.
- _____, *Cuestiones criminológicas y penales contemporáneas (estupefacientes y psicotrópicos, aborto, sanciones, menores infractores)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1982.
- _____, *El Derecho en México, Una Visión de Conjunto*. Tomo I. Derecho Penal, 1ª. Edición. UNAM, México, 1991.
- _____, *Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1978.
- _____, *Manual de prisiones*, México, Porrúa, 1998.
- _____, *La Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano*. México. Editorial Porrúa. 1968.
- GARCÍA-ANDRADE, J.A. “*Política criminal y edad penal*” en *Política criminal y reforma penal (Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal)*. Una explicación pormenorizada, desde el punto de vista de la psiquiatría forense. Madrid. EDERSA. 1993.
- GISBERT JORDÁ, M^a. T. “*Incidencias del nuevo Código Penal en la legislación de menores*” en *Menores privados de libertad*;, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial 1996.
- GÓMEZ RIVERO, María Carmen, “*La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000*”, *Revista Penal, España*. N° 9, 2002.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Los derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2008.

- GONZÁLEZ DEL SOLAR, José H. *Delincuencia y Derecho de Menores. Aporte para una legislación integral*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.
- GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios y Reyes Barragán, Ladislao Adrián, *Derecho y educación. La administración de justicia del menor*, México, Fontamara, 2005.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “*El legislador como intérprete constitucional*”, citado en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. *cit.*, t. I, 2005.
- GONZÁLEZ PLASCENCIA, Luis, *La política criminal en materia de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal en México*, México, PGR, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Comisión Europea en México, 2006.
- GRÜNHUT, Max. *Penal Reform*, p. 50. Citado en: Platt, Anthony M. *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*. 2ª ed., Siglo XXI Editores, México, 1988.
- GUASTINI, Ricardo. “*La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano*”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, México: UNAM y Trotta, 2006.
- GÜNTHER Jakobs/Cancio Meliá. *Derecho penal del Enemigo*. Buenos Aires. 2005.
- HÄBERLE, Peter. 1980b: 88 y ss. Asimismo, conviene revisar los planteamientos de la Constitución y la sociedad abierta en Höfling 1987: 77-87; Ebsen 1985.
- HABERMAS, “*Facticidad y Validez*”, Madrid, Trotta 1998, Cap.VI.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1961.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal* (Traducción de Francisco Muñoz Conde y Mª del MAR Díaz Pita). Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch, 1999.
- HAURIOU, Maurice, *Précis Elementaire de Droit Canstitutionnel*. Décima Edición. Paris, Librairie du Recueil Sirey. 1930.
- _____, *Science sociale traditionnelle*, Paris, Larousse. 1896, p.43
- HERBERT, Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart-Berlin-Köln, Kohlhammer Verlag, Mainz, Alemania. 1966.
- HESSE, Konrad, *Concepto y cualidad de la Constitución*”, Escritos de derecho constitucional, trad. de P. Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1992, p.16; Lavilla

- Alsina, Landelino, en López Pina, A. (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Alemania, España, Francia e Italia, Madrid, Civitas, 1991.
- _____, *Escritos de derecho constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1982.
- _____, *Manual sobre la Interpretación de la ley constitucionalmente conforme*. Vid. K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F.Müller, Heidelberg, 1995.
- HIGUERA Bernal, Gilberto, "Visión General De La Interpretación Constitucional", *Revista Equitas*, México, núm. 20, abril de 1994.
- ISLAS de González Mariscal, Olga y Carbonell, Miguel, *Constitución y justicia para adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- ____ y Carbonell, "La reforma al artículo 18 constitucional," Islas De González Mariscal, Olga, y Carbonell, Miguel, *Constitución y justicia para adolescentes*, UNAM-IIJ, México 2007.
- JAKOBS, Günther; Derecho Penal; Madrid; Marcial Pons; 1995.
- JEFFERSON, Tomás. *Cartas y escritos escogidos, pensamiento político jurídico*, Buenos Aires. Ediciones Tres Tiempos. 1988.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de F. Muñoz Conde y S. Mir Puig, Barcelona, Bosch, 1981, vol. I.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Edit. Losada, S. A., tomo I, 1950.
- JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco. *Derechos De Los Niños*. Cámara De Diputados, LVIII Legislatura. Universidad Nacional Autónoma De México. Instituto De Investigaciones Jurídicas. Primera Edición: México. 2000.
- KANT, Emmanuel. *¿Qué es la Ilustración?* España. Editorial Alianza. 2004. p. 15
- KAUFMANN, Arthur (1998), "La universalidad de los derechos humanos. Un ensayo de fundamentación" en *Persona y Derecho*, Barcelona: Ariel. 1982.
- _____, *Analogía y Naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, pág.71.
- KELSEN, Hans, "*Zur Theorie der Interpretation*", *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 9, Viena. 1960.
- _____, *¿Qué es la Justicia?* Edición en español, Barcelona: Ariel. 1982.

- ____, *Teoría Pura del Derecho*, México. Editorial UNAM. 1982.
- KEY, Ellen. *Diccionario de pedagogía*, Imprenta de Henrich y Compañía, Lengbourn. 1993.
- KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Berlín. Duncker & Humboldt, 2.a ed. 1976, p. 24. 1967.
- KRUGER, Herbert, “*El derecho constitucional alemán en la mitad del siglo XIX y su desenvolvimiento hasta nuestros días*”, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 1957.
- LAMPE, Ernst-Joachim, “*La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*”, Perú, Grijley. 2003.
- LANDA ARROYO, César: “*Teoría del Derecho Procesal Constitucional*”. Editorial Palestra. 1ra edición. Lima, Perú. 2003.
- LARENZ, Karl *Metodología De La Ciencia Del Derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994.
- LEÓN DUGUIT, L’Etat, le droit objectif et la loi positive, Fontemoing, Paris, 1901.
- LERCHE, Peter, *Übermáass...*, *cit.*, nota 29, pp. 98-134; Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, *cit.* nota 3, 1991pp. 108.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito*, 12ª ed., Porrúa, México, 2004.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás María. *Filosofía del derecho*.: Ediciones Comarares, Madrid. 2004.
- MARGADANT S., Guillermo Floris, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, Esfinge, México, 1971.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M^a.I.: “*La minoría de edad penal*”, en Cuadernos de Política Criminal, Número 20, Edersa, Madrid, 1983.
- MARTÍNEZ REGUERA, Enrique, et. al. *¿Tratamiento penal para menores?* Caritas Española, Madrid, España, 1989.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Estado y Constitución. Una introducción*, Valencia, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 1991, p. 257, citado por Francisco Zúñiga Urbina. *Constitución y Cláusulas Económicas Y Sociales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. México. Núm. 21, julio-diciembre 2009.
- MARTOS NÚÑEZ, J.A. *El principio de intervención penal mínima*. En ADPCP. Fascículo I. «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Madrid. 1987.
- MAUD, MANNONI, *La educación imposible, Siglo XXI Editores*, México, 1983.

- MAURACH REINHART, *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, Tomo I Editorial Ariel, Barcelona. 1962.
- MEZGER, EDMUND, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Ricardo Núñez, 2a. ed., México, Cárdenas, 1990.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal (Parte General)*, PPU, Barcelona, 4ª Edición. 1996
- ____ *El Derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona. Ariel, , 1994.
- MISLE, Óscar y Pereira, Fernando, Hacia un nuevo paradigma en la educación infantil y juvenil para la prevención y tratamiento del abuso sexual, http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura3.NuevoParadigma.pdf, p. 3, consultado el 15 de octubre de 2013.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*. Paris. Éditions Gallimard, vol I. 1995.
- MORO, Aldo Carlo, *Diritto Minorile*, Editorial Zanichelli, Milano, 4ª Edición. 1998.
- MORTIMER, Robert. *El Derecho Canónico Occidental*. Ed. University of California. USA. 1953.
- MOTO Salazar, Efraín. *Elementos de Derecho*, 32ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1986.
- MÜLLER, Friedrich: "*Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas*", Traducción. Luis Villacorta Mancebo, en Revista Española de Derecho Constitucional n. 27, 1989.
- MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del Delito*, 2ª ed., Valencia, 2004.
- ____, *Introducción Al Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1975.
- ____, Y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia. 1993.
- NAUCKE, Wolfgang. *La insostenible situación de derecho penal*. en Romeo Casabona, Carlos María (dir.), *Estudios de derecho penal*, España. Editorial Comares. 1997.
- ORELLANA Wiarco, O. *Manual de Criminología*. Porrúa. México. Porrúa, 2004.
- ____, *Curso De Derecho Penal, Parte General*, México, Porrúa, 2000.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. Manual de salud para la atención al Adolescente. Serie Paltex. Washington. OPS/OMS. 1996.

- OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, "Estado de derecho", Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. V.
- PACHECO Francisco, J., *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, Bosch. 2001.
- PÁRAMO ARGÜELLES, Juan R. de. H.L.A. *Hart y la Teoría Analítica del Derecho.*: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.1984.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual De Derecho Penal Mexicano. Parte General.* Decimoséptima Edición. Editorial Porrúa. México, 2004.
- PÉREZ LUÑO, Enrique Antonio. *La seguridad jurídica*, Barcelona. Editorial Ariel. 1991.
- PÉREZ VERA, E. El Convenio de los derechos del niño en el marco de la protección internacional de los derechos humanos, Garantía internacional de los derechos sociales, Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid. 1990.
- PÉREZ VITORIA, Octavio: *La Minoría penal.* Bosch, Barcelona, 1940.
- PETIT Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano.* 23ª Edición. México. Editorial Porrúa. 2007.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, trad. de J. Jiménez Campo, t. II, Madrid, CEC, 1984.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 2005.
- ___, *La filosofía penal de la Ilustración*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.
- QUINTINO Zepeda, Rubén, *Manual para poner en práctica la Justicia Penal para Adolescentes en el Distrito Federal (aspectos sustantivos)*, México, Ubijos, 2008.
- QUIROZ ACOSTA, Enrique, "La Interpretación En El Sistema Jurídico Mexicano", *Revista del instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 3, diciembre de 1998.
- RAMÍREZ SALAZAR, Juan Carlos. *Justicia Penal Para Adolescentes, Principios Y Jurisprudencia.* Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales. San Luis Potosí. Casa de la Cultura Jurídica del Poder Judicial de la Federación en San Luis Potosí. Año III No. 5 Enero-Junio 2011.

- RECASÉNS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Porrúa, México, 1956.
- REINHARD, FRANK. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, reimpresión, Buenos Aires, 2002, p. 33
- REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Imputabilidad*, reimpresión de la 5ª ed., Bogotá, Temis, 2004.
- REYNOSO DÁVILA, Roberto. *Teoría general del delito*, 5ª ed., Porrúa, México, 2003.
- RICO PÉREZ, Francisco, *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1980, pág. 23 y ss.; en especial sobre la evolución histórica de la patria potestad, cfr. Gómez Morán, Luis, *La posición jurídica del menor en el derecho comparado*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.
- RICOEUR, Paul., “Del Texto A La Acción. Ensayos De Hermenéutica”, Fondo de Cultura, México, 2001.
- RIGHI Esteban, “*Derecho Penal*”, *Parte General*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.
- RÍOS ESPINOSA, Carlos. Grupos vulnerables y derecho penal: el caso de los menores infractores. Bien común y gobierno. México, 1998, Año IV, no. 27.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000.
- ROBERT ALEXY, “*El Concepto Y La Validez Del Derecho*”, Barcelona, Gedisa, 1997.
- ROCA TRIAS, Encarna. *Familia y cambio social (De la casa, a la persona)*. Civitas. Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ MANZANERA Luis, *Criminalidad de Menores*, México, Ed. Porrúa, S.A., 2004.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- _____, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1978.
- ROMERO, Ramón, “*Tribunales para Menores*”, *Revista Jurídica Veracruzana*, t. XI, núm. 2, Veracruz. 2006
- ROXIN, Claus. *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976.

- RUBIO LLORENTE, Francisco. Citado por Carbonell, Miguel (Coord.) en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. México: Porrúa. UNAM. 2002. p. 166.
- SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Barcelona, Bosch, 1990
- SÁNCHEZ GARCÍA, De Paz, I.; “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *Actualidad Penal*, núm. 33, 11. 17 de septiembre de 2000, nota nº 27. Tarragona España. 2000
- SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 2003
- _____, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de G. R. Carrió, Buenos, Aires, 1973.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema de Derecho Romano actual*, I, cap. IV, Edición Española, Góngora, Madrid. 2010
- _____, *Metodología jurídica*, trad. de José Julio Santa Pinter, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1994.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *La interpretación de la ley en la intersección de la filosofía del lenguaje, la Constitución y la metodología jurídica*. Publicado en el tomo I de la Festschrift für Ulrich Klug, Berlin. Ed. Günther Colman, editorial Dr. Meter Deubner Verlag GmbH, Köln 1983
- SERGIO MOCCIA, “*La Promessa Non Mantenuata*”, Edizioni Scinetifiche Italiane, Napoli, 2000, págs.17
- SILVA SÁNCHEZ, J.Mª. “*El régimen de la minoría de edad penal*”; Cit. en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*; Bosch, Barcelona, 1997
- SMEND, Rudolf, *Constitución Y Derecho Constitucional*, trad. De Beneyto Pérez José María, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- SOLÍS QUIROGA, Héctor, “Historia de los tribunales para Menores”, *Criminalia*, México, año XXVIII, núm. 6, 1962
- _____, *Justicia de Menores*, 2a ed., México. Ed. Porrúa, 1986
- STAFF, David et al, *Conducta Antisocial, Causas, Evaluación y Tratamiento*, México, Oxford, 1997, Colección Biblioteca de Psicología, Vol. I.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Inconstitucionalidad de los ordenamientos que establecen una edad mínima penal distinta a la señalada en el artículo 18 de la Constitución Federal*, Cuaderno No. 24, México, 2007

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Justicia para Menores, Constitucionalidad de la Ley de la Materia del Estado de San Luis Potosí, Cuaderno 37, México, 2009
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1987
- TIEDEMANN, Klaus. Separata del núm. 33 de la Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Septiembre – Diciembre 1991. 1991. Pág. 148. http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/2003_menores.pdf. Consultada el día 17 Noviembre de 2013
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan. “*Metodología de la determinación del Derecho*”, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *Avances y retrocesos de la justicia penal para adolescentes*, México, Novum/UNICEF, 2012
- _____, *La Justicia para Adolescentes en México. Análisis de las Leyes Estatales*. México. 2009. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas 2009.
- VELA TREVIÑO, Sergio. “*culpabilidad e inculpabilidad*”. Editorial: Trillas, México,
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, México, UNAM-Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004,
- VIEHWEG, Esser, *Tópica y Filosofía del Derecho*, trad. J. Malem, Barcelona, Gedisa. 1991.
- VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, *Los menores infractores en México*. Editorial Porrúa. México, 2005.
- VIÑAS, Raúl Horacio. *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1983.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. “*Constitución y Derecho Penal de Menores*”, en Poder Judicial, núm. 21 Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1991.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán: Parte General*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ª ed., Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1997.
- WOLFANG NAUCKE, “*Derecho Penal*”, Buenos Aires, Astrea 2006.
- WROBLEWSKI, Jerzy. *Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madrid, Civitas. 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal. Parte General, 6ª ed.,
Editar, Buenos Aires, Tomo I. 1988.

_____, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. I.

ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil, traducción de Marina Gascón,
Editorial Trotta Comunidad de Madrid, 1995.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2a. ed.,
México, Porrúa, 2004.

DICCIONARIOS.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

JURISPRUDENCIA.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, 5ª ÉPOCA, TOMO CXVII, P. 731.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, 7ª. ÉPOCA, VOLS. 205-206, 2ª.
PARTE, P. 77.

LEYES Y REGLAMENTOS

CÓDIGO CIVIL FEDERAL.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE SINALOA,

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

CÓDIGO PENAL FEDERAL.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,

LEY DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES DEL ESTADO DE SINALOA.

LEY FEDERAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES.

LEY PARA EL TRATAMIENTO DE MENORES INFRACTORES, PARA EL
DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA
EN MATERIA FEDERAL.

LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

NORMAS POSITIVAS INTERNACIONALES.

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

LOS PRINCIPALES TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES (Reglas de Beijing)

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

PAGINAS ELECTRONICAS.

[HTTP://LEMA.RAE.ES/DRAE/?VAL=INTERPRETAR..](http://LEMA.RAE.ES/DRAE/?VAL=INTERPRETAR..)

[HTTP://WWW.DIPUTADOS.GOB.MX/LEYESBIBLIO/INDEX.HTM](http://WWW.DIPUTADOS.GOB.MX/LEYESBIBLIO/INDEX.HTM).

[HTTP://WWW.DIPUTADOS.GOB.MX/LEYESBIBLIO/PDF/LFJA.PDF](http://WWW.DIPUTADOS.GOB.MX/LEYESBIBLIO/PDF/LFJA.PDF).

[HTTP://WWW.UNICEF.ORG/CDN_06.PDF](http://WWW.UNICEF.ORG/CDN_06.PDF).

[HTTP://WWW2.OHCHR.ORG/SPANISH/LAW/REGLAS_BEIJING.HTM](http://WWW2.OHCHR.ORG/SPANISH/LAW/REGLAS_BEIJING.HTM).

[HTTP://WWW.UNICEF.ES](http://WWW.UNICEF.ES). CONSULTADA EL 25 DE MARZO DE 2014.

[HTTP://WWW.CONGRESOSINALOA.GOB.MX/LEYES-ESTATALES/](http://WWW.CONGRESOSINALOA.GOB.MX/LEYES-ESTATALES/)

[HTTPS://WWW.SCJN.GOB.MX/PAGINAS/INICIO.ASPX](https://WWW.SCJN.GOB.MX/PAGINAS/INICIO.ASPX)

[HTTP://WWW.JURIDICAS.UNAM.MX/PUBLICA/REV/INDICE.HTM?R=FACDER](http://WWW.JURIDICAS.UNAM.MX/PUBLICA/REV/INDICE.HTM?R=FACDER)

[HTTP://WWW.CORTEIDH.OR.CR/](http://WWW.CORTEIDH.OR.CR/)

[HTTP://WWW.JURIDICAS.UNAM.MX/](http://WWW.JURIDICAS.UNAM.MX/)

REVISTAS INDEXADAS.

REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL.

REVISTA AEQUITAS, SINALOA

ANUARIO MEXICANO DE HISTORIA DEL DERECHO. UNAM

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO. UNAM

CUESTIONES CONSTITUCIONALES. REVISTA MEXICANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNAM

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO. UNAM.

REFORMA JUDICIAL. UNAM.

REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA. UNAM,.