

JURISDICCIÓN PARA MENORES DE EDAD QUE INFRINGEN LA LEY PENAL. CRITERIOS DE LA JURISDICCIÓN INTERAMERICANA Y REFORMA CONSTITUCIONAL *

Sergio García Ramírez

1. DENOMINACIÓN

En este trabajo utilizaré diversas expresiones que corresponden a una misma realidad y atienden a un solo designio jurídico: niños, adolescentes, menores. Obviamente, el empleo de esta última expresión, tan cuestionada hoy en día, no responde a una visión devaluadora de las personas a las que se aplica, integrantes de un conjunto numeroso: se trata, en la especie, de “menores de edad”, esto es, individuos –con amplios y seguros derechos– que aún no han llegado a la edad prevista para la plena aplicación de las normas penales ordinarias. Responde a cierta versión positiva sobre el ámbito de validez subjetiva de la ley penal, sea material, sea procesal.

Varios instrumentos utilizan indistintamente aquellas expresiones, o bien, emplean preferentemente alguna de ellas sin exclusión o demérito de las restantes. El Artículo 18 de la Constitución Mexicana, hasta

* Ponencia presentada por el Juez Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante el Seminario Internacional sobre los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Monterrey, Nuevo León, octubre de 2005. Esta exposición constituye la reconstrucción de sus conferencias “Derechos humanos de los menores de edad y justicia penal”, presentada en este Seminario, y “Justicia para adolescentes”, presentada en la Conferencia Nacional *El nuevo modelo de justicia para adolescentes en México*. El texto incorpora un análisis más amplio sobre aspectos no abordados con detalle en las exposiciones mencionadas, inclusive la reforma del año 2005 al Artículo 18 Constitucional. El autor es, también, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

la reforma del año 2005, aludió a menores infractores, a cambio de que el texto aprobado en este año por el Constituyente Permanente se refiera, con una larga expresión descriptiva, a “quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y medios de dieciocho de edad”. En cambio, la primera redacción del precepto –incluida en el dictamen inicial presentado por comisiones de la Cámara de Senadores–, que habló de adolescentes, colocó bajo ese rubro a “las personas mayores de 12 y menores de 18 años de edad, acusadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales”.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 1989 –instrumento “clave” en el orden jurídico contemporáneo aplicable a estos sujetos de derecho– se refiere a niños. Las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, constantemente citadas en el ámbito que ahora interesa, hablan de niños y menores. Los Artículos 5.5 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) –a la que dedicaré una buena parte de las reflexiones contenidas en este trabajo– aluden a menores. La *Opinión Consultiva OC-17/02* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (mencionada como Corte o CorteIDH o Tribunal) –cuya jurisprudencia invocaré a menudo– acerca de la situación jurídica y los derechos de los niños, utiliza esta expresión al lado de la referencia a menores, y manifiesta: “Para los fines que persigue esta opinión consultiva, es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años”.¹

Por lo demás, es admisible aludir al término “infractores” –sin perjuicio del extenso giro: niños o adolescentes en conflicto con la ley penal o a los que se atribuye la violación de ésta–, puesto que el significado literal de aquella palabra pone de manifiesto la existencia de una infracción o transgresión a la ley (penal). Infractor es quien infringe ésta, es decir, quien la viola, transgrede o vulnera. De ahí que resulte pertinente hablar de “menores infractores” en el mismo sentido –ni peyorativo ni minimalista– en que se habla de niños o de adolescentes que infringen las disposiciones penales.

¹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02* de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. párr. 40.

2. PREMISAS

Mucho más que estas apreciaciones terminológicas —que tienen escasa relevancia y finalmente no determinan el rumbo del derecho ni la suerte de sus destinatarios— es la recepción de ciertos principios que pueden figurar como premisas para el desarrollo político, normativo y práctico de la materia, o bien, como conclusiones de un desenvolvimiento histórico que por ahora culmina en ellas.

Me refiero a cinco conceptos básicos, íntimamente relacionados entre sí, que informan el (relativamente) nuevo derecho destinado a la protección de los niños, adolescentes o menores de edad en el orden que ahora estudiamos. El primero de ellos, por su alcance e influencia sobre los restantes, se resume como *interés superior* del menor de edad. Se trata de una regla sustantiva que gobierna esta materia y a la que se disciplinan —o debieran disciplinarse— todas las acciones, prevista en instrumentos nacionales e internacionales, de los que ya forma parte el nuevo texto del Artículo 18 de la Constitución Mexicana. La construcción legislativa debe responder al interés superior del menor, una noción exigente que no se halla en otros órdenes normativos.

Mencionaré en seguida la atención al *desarrollo integral* del individuo, otra regla sustantiva que se proyecta hacia todas las vertientes de esta materia. Se quiere atender al pleno desenvolvimiento del individuo, la realización más amplia y perfecta de sus potencialidades, el alcance de su destino. Las acciones de la sociedad y el Estado, desplegadas en el esfuerzo de instituciones y personas, pretenden alcanzar ese desarrollo integral, consecuente con el interés superior al que me he referido.

En tercer término citaré el principio de *protección* del sujeto —es decir, amparo, cuidado, tutela, atención— bajo el que se encauzan la regulación y las acciones, es decir, las normas y las políticas y programas, con la mirada puesta siempre en el interés superior y en el desarrollo integral. He aquí, en consecuencia, una regla de triple espectro: sustantiva, adjetiva y orgánica. Añádase, a continuación, la exigencia de *especificidad*: provisión de medios específicos, no apenas genéricos —aplicables a todas las personas, sin miramiento de su edad—, en bien del menor de edad. Constituye, asimismo, una regla de amplio alcance: sustantivo, adjetivo y orgánico. Por último, mencionaré el principio de *garantía*. Esto requiere la provisión de un marco de instrumentos aseguradores —garantías, *lato sensu*—

generales y especiales, como es propio de cualquier sistema protector. Nos hallamos, también aquí, a la vista de una regla que posee el mismo triple alcance que antes mencioné.

3. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN

Paso a referirme al *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Se trata, en síntesis, del orden continental establecido por voluntad soberana de los Estados de América para la tutela de los derechos básicos de las personas: reconocimiento, respeto y garantía, como señala el Artículo 1.1 de la Convención Americana de 1969. Esos deberes corresponden a los Estados que han ratificado este Pacto o se han adherido a él: 24 Estados de la región. No es éste el lugar para ir más lejos en la descripción del Sistema. Baste con señalar que no se halla constituido apenas por los órganos internacionales de protección —la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos—, sino también por otros agentes o protagonistas: ante todo, los Estados que han concurrido a construir el Sistema y son garantes de su vigencia y desarrollo; en seguida, la Organización de los Estados Americanos (OEA) marco político regional en el que aquél se desenvuelve; e igualmente la sociedad civil —el pueblo— y las organizaciones creadas por ésta (conocidas bajo el rubro de “no gubernamentales”: ONG’S), que han prestado un servicio eminente al acceso de los individuos a la tutela nacional o internacional de los derechos básicos. Añadamos otros personajes emergentes: académicos, comunicadores, *ombudsman*, por ejemplo, que cumplen un papel cada vez más destacado en este campo.

Estos protagonistas del Sistema actúan con fundamento en convicciones y valores compartidos —que constan en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el Pacto de San José— y operan con el cimiento y bajo el imperio de un *corpus juris* complejo y creciente, en el que figura ese Pacto y se hallan otros convenios, protocolos, estatutos y reglamentos, unificados por una aspiración tutelar compartida. En el ámbito de este Sistema se encuentran algunas entidades —específicamente el Instituto Interamericano de la especialidad, con sede en Montevideo y larga trayectoria plausible— y rigen numerosas disposiciones, de las que me ocuparé en seguida.

En el cúmulo de las normas componentes del *corpus juris* continental se hallan, entre otras disposiciones, los preceptos de la mencionada Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, y de la Convención Americana ya citada. El Artículo VII de la Declaración alude al derecho que corresponde a todos los niños para recibir “protección, cuidados y ayuda especiales”. Lo hace bajo el rubro de “Derecho de protección a la maternidad y a la infancia”. He aquí, una vez más, los conceptos de protección y especialidad.

La Convención Americana, que por supuesto reconoce a los menores de edad un amplio número de derechos aplicables a todas las personas –los “derechos para todos”, de alcance general–, también acoge determinados derechos específicos –derechos que se agregan a aquéllos, para enriquecerlos, afinarlos, asegurar su eficacia, y que conciernen a los integrantes de cierta categoría de personas: en este caso, los niños, adolescentes o menores–. Según el orden de aparición en la escena de la Convención Americana, tomemos nota primero del Artículo 5, a propósito del “Derecho a la integridad personal”. El párrafo 5 de este precepto tiene especial relevancia para la hipótesis que nos ocupa, en tanto dispone una jurisdicción especial para menores de edad: “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”. Destacan, pues, algunas prevenciones que responden a otras tantas preocupaciones: especialidad una vez más, clasificación procesal e institucional, diligencia y tratamiento.

El Artículo 19, una referencia central en este campo, estatuye los “Derechos del Niño”. Es así que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor (de edad) requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Una vez más, alusión a la tutela y a la especificidad, pero también a diversas categorías de sujetos obligados: ya no sólo el Estado, el poder político, como es característico de los derechos denominados de primera generación; asimismo, la sociedad y la familia, referencia que lleva a examinar los deberes “horizontales”, agregados a las obligaciones “verticales”, y que suscita una cuestión interesante que me limitaré a enunciar: ¿es justiciable el incumplimiento de esas obligaciones por parte de la sociedad y la familia? ¿Podría decidir al respecto una sentencia nacional o una internacional? ¿Qué papel cumpliría y qué vinculación alcanzaría una resolución judicial sobre esta materia, en su caso?

Vale mencionar, además, la regulación contenida en el Protocolo de San Salvador, de 1988, a propósito de los derechos económicos, sociales y culturales, constantemente deslindados de los civiles y políticos —como lo evidencian los Pactos de Naciones Unidas, de 1966, y la Convención Europea de Derechos Humanos, en un punto, y la Carta Social Europea, en otro—, sin perjuicio de que unos y otros posean la misma jerarquía y se requieran mutuamente, como ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras instancias. El Artículo 16 de ese Protocolo estatuye el “Derecho de la niñez”, que se agrega a la resonancia que otros derechos tienen sobre el contingente de los menores de edad: en materia de trabajo y de familia, por ejemplo.

4. PLANTEAMIENTOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA

Como se sabe, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal autónomo llamado a interpretar y aplicar la Convención Americana —y otras—,² así como a precisar cuestiones relativas a diversos tratados internacionales sobre derechos humanos aplicables en los Estados americanos, posee diversas atribuciones principales: competencia consultiva y competencia contenciosa. Acaso se podría añadir otra pareja: competencia preventiva (en lo que respecta a medidas provisionales que dispone la Corte, a petición de la Comisión Interamericana, sin que el caso se halle sujeto a conocimiento contencioso) y competencia ejecutiva (facultad supervisora del cumplimiento de las resoluciones judiciales del Tribunal interamericano).

En el ejercicio de sus funciones consultivas y contenciosas, la CorteIDH ha conocido de planteamientos referentes a derechos específicos desvinculados de la posición individual o colectiva de los titulares de aquéllos. También ha tomado conocimiento de derechos relacionados con la pertenencia de sus titulares a determinados grupos humanos específicos, generalmente vulnerables o en situación de riesgo por diversos

² Conceden competencia contenciosa a la Corte Interamericana los siguientes instrumentos regionales: el Protocolo de San Salvador, Artículo 19.6 (en lo relativo a los derechos establecidos en el párrafo a) del Artículo 8 y en el Artículo 13 del propio Protocolo); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Artículo 8), y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Artículo 13).

factores. Estos son los supuestos de los integrantes de grupos, comunidades o pueblos indígenas –más los grupos étnicos, que no corresponden a los pobladores originales de América–; extranjeros, tanto trabajadores migrantes indocumentados como individuos procesados, y niños y menores de edad en general. Llama la atención que aún no haya habido planteamientos sobre la situación jurídica y los derechos específicos de las mujeres, aunque sí, por supuesto, a propósito de mujeres cuyos derechos humanos –en general– han sido afectados.

En las siguientes páginas presentaré los criterios adoptados por la Corte Interamericana en relación con los menores de edad, que han comenzado a integrar la doctrina jurisprudencial sobre la materia, cada vez más abundante y variada. Esto ha ocurrido tanto a través de una notable opinión consultiva, que examinaré en primer término, como de diversos casos contenciosos que ameritan una consideración particular.

5. OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/02³

Entre las notables opiniones consultivas emitidas en los últimos años figura la que se menciona en este epígrafe, relativa a la *Situación jurídica y derechos de los niños*. Fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de marzo de 2001 y adoptada por la Corte el 28 de agosto de 2002. No sobra recordar que las solicitudes de opinión o consultas –de ahí la designación, que algunos analistas cuestionan: opiniones consultivas– culminan en la emisión de un parecer de la Corte en torno a la interpretación de un tratado internacional de derechos humanos (o que contiene previsiones a propósito de éstos, aunque su materia principal sea diferente), aplicable a países de América, o acerca de la compatibilidad de una ley (o proyecto de ley) nacional con los instrumentos internacionales de esa materia.

Se discute sobre el valor de la opinión, sin perjuicio de que en todo caso revista, tomando en cuenta su fuente, un apreciable rango moral y político, además de jurídico. Algunos autores consideran que las opiniones consultivas poseen eficacia vinculante general. En otros casos se ha considerado que la tienen para los Estados que las solicitan. Sea lo que

³ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, cit. *supra* n. 1.

fuere, lo cierto es que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana han formado leyes y prácticas, así como tendencias jurisdiccionales internas. Durante muchos años constituyeron la principal expresión del quehacer de la Corte en la formación de una jurisprudencia continental sobre derechos humanos.

Por lo que respecta a la *OC-17/89*, cabe decir que tanto México como Costa Rica comparecieron por escrito y en la audiencia pública en la que se escuchó el parecer de Estados miembros de la OEA acerca de los puntos considerados en la solicitud de opinión. Igualmente, hubo un apreciable número de *amici curiae*, entre los que cuentan varios provenientes de organizaciones mexicanas. En la relación se hallan: el Instituto Interamericano del Niño, el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), el Centro para la Justicia Internacional (CEJIL), la Coordinadora Nicaragüense de ONG'S (CODENI) que tabajan con la niñez y la adolescencia y la Comisión Colombiana de Juristas, así como, en lo que respecta a México, el Instituto Universitario de Derechos Humanos, A. C., que incluye diversas organizaciones, y la Fundación Rafael Preciado Hernández.

La Comisión Interamericana requirió a la Corte “que interprete si los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos presentan límites al arbitrio o a la discreción de los Estados para dictar medidas especiales de protección de acuerdo al Artículo 19 de la misma”. Se trata, así, de relacionar –para construir un criterio jurisprudencial– los derechos del niño contenidos en este último precepto, al que ya me referí, por una parte, con determinados derechos y garantías correspondientes al debido proceso, las garantías judiciales, la protección judicial o la tutela judicial efectiva, que son los temas de los Artículos 8 y 25, por la otra.

En efecto, el Artículo 8 de la Convención Americana, bajo el rubro de “Garantías judiciales”, analiza en forma general y particular el acceso a la justicia y los datos del debido proceso, sobre todo en materia penal, por su parte el Artículo 25 prevé la existencia y eficaz operación de un recurso adecuado para el “amparo” de los derechos fundamentales. En síntesis: cuestiones de tutela judicial y debido proceso desde la perspectiva de la protección especial de sujetos pertenecientes a una categoría específica: menores de edad. Entran en juego, consecuentemente, puntos de alcance general y de carácter específico. Conciernen al tema que

en este momento nos interesa –la justicia especial de menores de edad que incurrir en conductas penalmente típicas– y enlazan con las disposiciones del nuevo párrafo del Artículo 18 Constitucional, aprobado en el 2005.

Para precisar su solicitud, llevándola a cuestiones específicas –a título de ejemplos–, la Comisión pidió a la Corte considerar cinco prácticas hipotéticas y pronunciarse sobre la compatibilidad de éstas con los mandamientos de la Convención Americana. Se trataba de: i) “la separación de los jóvenes de sus padres y/o familia por no tener condiciones de educación y mantenimiento”; ii) “la supresión de la libertad a través de la internación en establecimientos de guarda o custodia, por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstancias del menor”; iii) “la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías”; iv) “la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa para el menor”; y v) “la determinación de juicios o procedimientos administrativos o judiciales de derechos o libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación”.

Adviértase que estos planteamientos “ejemplificadores” conducen a explorar algunas de las cuestiones más relevantes en el ámbito sobre el que se planteó la solicitud de opinión: legalidad o discrecionalidad, conducta o peligro, defensa o indefensión, garantía o desprotección, etcétera. La Corte organizó su opinión en tres partes: primero, temas básicos, entre ellos igualdad e interés superior del niño; luego, bloques de deberes: de la familia, de la sociedad y del Estado; y finalmente, cuestiones diversas en procedimientos judiciales.

6. EL SUPUESTO “DILEMA”

En el ámbito que aquí se examina ha figurado el encuentro entre diversas corrientes, que disputaron o disputan el dominio de la legislación y la doctrina. Conviene recordar algunos antecedentes, para ubicar el tema en su contexto. 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 que excluye 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. La nueva corriente enlazó con el predominio del Estado social: éste, a título de padre sustituto o tutor, se hizo cargo de la patria potestad o la tutela de los menores infractores e incluso de los niños y adolescentes en situación de riesgo o peligro, desplazando para ello a los padres y tutores omisos o incompetentes y aplicando criterios tomados del tratamiento médico o de la corrección pedagógica.

La concepción a la que en este momento me refiero llegó a la jurisprudencia de Estados Unidos, y a partir de ahí se difundió ampliamente. La posición paternalista del poder público, que erosionó el estatuto de derechos individuales de los menores y de sus custodios naturales o legales, se afianzó bajo la noción de *parens patriae*. En ese país el viraje hacia conceptos diferentes ocurrió, sobre todo, a partir de la resolución dictada por la Suprema Corte de Justicia el 15 de mayo de 1967, en el caso del joven Gerald Gault, inculpado de haber realizado ciertas llamadas obscenas. La sentencia dictada *In re Gault* significó la restitución a los menores de edad de diversos derechos básicos en el enjuiciamiento penal: conocimiento de los cargos, acceso al expediente, asistencia jurídica, interrogatorio de testigos, no autoincriminación, impugnación.

En México, la corriente denominada tutelar cristalizó en la sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de nuestro país en el caso Castañeda. Se consideró en ese momento —al amparo de la legislación civil familiar— que el Estado sustituye la potestad de los padres cuando se trata de menores infractores que deban quedar sujetos a determinadas acciones correctivas por parte del poder público, y que al hacerlo aquél no actúa “como autoridad, sino en el desempeño de una misión social y substituyéndose a los particulares encargados por la ley y por la tradición jurídica de la civilización occidental de desarrollar la acción educativa y correccional de los menores”.

Esa doctrina prevaleció en la reforma de 1964-1965 al Artículo 18 Constitucional, merced a la cual los menores infractores accedieron al texto de la ley suprema, que distribuyó entre la Federación y los Estados, conforme a sus respectivas competencias, la creación de instituciones especiales para el tratamiento de aquéllos, con el propósito de proveer a su

rehabilitación. En el orden secundario, el terreno despejado por la reforma de 1965 –y previamente abierto por la legislación especial, la doctrina y la jurisprudencia– permitió el relevo de los tradicionales tribunales para menores por consejos tutelares. Esta tendencia se afianzó a través de la Ley de los Consejos Tutelares del Distrito Federal, expedida en 1973 y sustituida en 1991 por un ordenamiento defectuoso que ha recibido diversas críticas desde los frentes tutelar y garantista.

Obviamente, la Corte Interamericana no ha tomado partido explícito por alguna de las corrientes en pugna ni se ha pronunciado en torno a la disputa de las escuelas. En el ejercicio de su propia función como órgano judicial protector de los derechos humanos –llamado, por ello, a establecer los derechos de los individuos conforme al criterio de mejor protección–, optó por examinar el tema con mayor profundidad, dejando de lado categorizaciones dogmáticas. Así, se ocupó de precisar, conforme a la Convención Americana y los estándares vigentes en este campo, la situación jurídica y los derechos de los niños y adolescentes a la luz de los principios a los que me referí en el apartado 2 de este trabajo (2. *Premisas*). Por este camino marchó la *Opinión Consultiva OC-17/02*.

En diversas oportunidades y en mi *Voto razonado concurrente* a la OC-17/02⁴ he reexaminado los términos de la cuestión que ahora analizamos, tomando en cuenta la frecuente contraposición explícita entre la corriente tutelar, por una parte, y la garantista, por la otra, con sus respectivas cargas ideológicas, políticas y normativas. La antinomia se expresa también como oposición entre una doctrina de la “situación irregular” del menor y otra de la “protección integral” del mismo sujeto: aquélla, sinónima de orientación tutelar; ésta, vinculada con la orientación garantista.

En rigor, los verdaderos dilemas no aparecen en el choque entre “lo tutelar” y “lo garantista”. A mi modo de ver, que en otras ocasiones he manifestado,⁵ la antinomia surge cuando se debe resolver sobre la orientación esencial –por encima de particularidades que no afectan el fondo– del

⁴ Cfr. *Voto concurrente razonado*, en CorteIDH, *Condición jurídica...*, *Opinión Consultiva OC-17/02*, cit., pp. 183 y ss.

⁵ Así, p. ej., en mi trabajo “Algunas cuestiones a propósito de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”, en *Memoria* (del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores. Diagnóstico y propuestas), Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1996, pp. 205-206.

sistema relativo a los menores que infringen la ley penal: ¿protección o punición? No pierdo de vista, por supuesto, que la respuesta implica una preferencia de grado o acento, no una exclusión total de uno de los extremos en aras del otro. Además, la antinomia se manifiesta cuando llega el momento de resolver, una vez que se ha optado por una de aquellas tendencias, cómo se tratará al menor que infringe la ley: ¿trato dotado de garantías, numerosas y crecientes, o trato arbitrario, desprovisto de ellas? Nuevamente conviene precisar que la opción no trae consigo la exclusión radical de todas las derivaciones del principio contrario, sin atención a los méritos que pudieran tener desde la perspectiva de los intereses y derechos del sujeto.

En el mencionado *Voto concurrente* procuré destacar la existencia de una “tercera posición” entre los extremos más frecuentemente invocados. Esa tercera posición se sustenta en el examen objetivo de las excelencias y deficiencias de cada posición, en el rescate de sus elementos plausibles y el abandono de los que pudieran significar menoscabo para los menores de edad. En esta búsqueda de un punto de equilibrio en la dialéctica de las escuelas —que también es, desde luego, dialéctica de las acciones—, he afirmado que “ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen las del proyecto garantista, ni tampoco éstas las de aquél”.

En tal virtud —y una vez practicado el examen de cada corriente, que no pretendo emprender aquí—, “probablemente sería llegado el momento de abandonar el falso dilema y reconocer los dilemas verdaderos que pueblan este campo (...) Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro. En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso”.

La síntesis a la que me refiero —y que posee pleno apoyo en la aplicación de los principios que enuncié en el punto 2 de este texto— “retendría el signo tutelar del niño, a título de persona con específicas necesidades de protección, al que debe atenderse con medidas de este carácter, mejor que con remedios propios del sistema penal de los adultos (...) Y por otra parte, la síntesis adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor (...) En suma, el niño será tratado en forma específica, según sus propias condiciones, y no carecerá —puesto que es sujeto de derecho, no apenas objeto de protección— de los derechos y garantías

inherentes al ser humano (en general) y a su condición específica (en particular). Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus garantías, se afianzan la especificidad, de un lado, y la juridicidad, del otro”.⁶

La opción por una tercera vía, que respeta el interés superior del menor, alienta la protección integral, excluye la orientación penal e incorpora derechos y garantías al enjuiciamiento especial, ha informado la decisión del Senado de la República a propósito del párrafo agregado en 2005 al Artículo 18 Constitucional. Este, como veremos en el último apartado del presente trabajo, prevé un sistema integral de justicia con respecto a los menores que infringen la ley penal y deja de lado la propuesta –que figuraba en el primer dictamen senatorial–, de instituir un sistema integral de justicia penal. Desaparecieron del texto finalmente aprobado por esa Cámara –y posteriormente por la colegisladora y las Legislaturas de los Estados– las numerosas referencias que inicialmente había acerca del sistema penal, la responsabilidad penal y la imputabilidad de los sujetos, para ceder el sitio a otros conceptos, de mejor alcance, sobre los que habrá de edificarse la nueva legislación federal y local, y que habrán de presidir las políticas y las acciones correspondientes.

7. CUESTIONES BÁSICAS

En su reflexión sobre esta materia, contenida en la *OC-17/02*, la Corte Interamericana destacó tres conceptos principales, a saber: igualdad, interés superior del niño y garantías del procedimiento. Con el soporte que éstos brindan se construyó la opinión cuyo desarrollo puede sustentar la solución de casos contenciosos y el afianzamiento de la jurisprudencia interamericana.

El tema de la igualdad y no discriminación ha sido explorado por el Tribunal internacional en diversas oportunidades. A su juicio, se trata de normas imperativas, prevenciones de *jus cogens* –en los términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados– que traen consigo obligaciones *erga omnes* de los Estados, proyectadas en varias direcciones.⁷

⁶ *Voto concurrente.*, cit., párrs. 22-25.

⁷ Puede verse una, detallada por la Corte sobre esta materia, en Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de

La igualdad y la proscripción de medidas discriminatorias no se oponen a la adopción de medidas protectoras de ciertas categorías de sujetos, que no tienden a sustraer a éstos de la práctica de derechos generalmente reconocidos, sino a proveerlos de medios conducentes a asegurar la igualdad misma, y el goce y ejercicio efectivos de los derechos.

En este sentido, la Corte estimó que “la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos”. Y agregó: “Se puede concluir que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención”.⁸ Como adelante se verá, la reforma al Artículo 18 de la Constitución General de la República acogería las garantías específicas para los sujetos de esta categoría, añadidas a las garantías generales propias de todas las personas. Al estatuir sobre este punto, la norma constitucional dispondría quiénes son sujetos de sus mandamientos: edades de aquéllos e hipótesis en las que se encuentran.

Por lo que hace a la cuestión básica del interés superior del niño, que *supra* mencioné, en la *Opinión Consultiva* se indica que “este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma 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 así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Prosigue la *OC-17/02*: para asegurar la prevalencia de ese elevado interés, en el preámbulo de la Convención citada se establece que el niño “requiere ‘cuidados especiales’, y el Artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez e inexperiencia”.⁹ El texto agregado últimamente al Artículo

septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs.70 y ss. *Cfr.* mi *Voto razonado concurrente* en esa misma publicación, párrs. 16 y ss., así como mi “Estudio introductorio”, en *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, pp. 8 y ss.

⁸ *OC-17/02*, cit., párrs. 53 y 55.

⁹ *Id.*, párr. 60.

18 Constitucional invoca expresamente el interés superior del adolescente y la protección integral de éste.

En cuanto a las garantías del enjuiciamiento, otra cuestión básica analizada en la *Opinión Consultiva*, queda establecido que los valores fundamentales de salvaguarda de los niños tanto “por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran (...) se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos judiciales o administrativos, en los que se resuelve acerca de los derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos”.¹⁰

Una vez más, la *Opinión* insiste en la regla de especificidad –protección necesaria, a través de medidas específicas, diferentes de las que cubren a los adultos–, cuando previene: “Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”.

La preocupación garantizadora procesal se acomoda igualmente en el nuevo párrafo del Artículo 18, por diversas vías. Una de éstas es la recepción –por primera vez en el orden constitucional mexicano– del debido proceso. El mismo designio se hallaba, conviene recordarlo, en la noción de garantías esenciales del procedimiento recogida en el Artículo 14 de la Ley Fundamental. También se recibe la garantía procesal correspondiente al régimen acusatorio, que no figura bajo este nombre –como lo estaba en el primer dictamen de las comisiones senatoriales– sino a través del deslinde que se hace entre las funciones de procuración e impartición de justicia, independientes entre sí. Finalmente, el Artículo 18 alude a la especialización de instituciones y autoridades que intervienen en el enjuiciamiento especial para menores.

¹⁰ *Id.*, párrs. 93-94.

8. CASOS CONTENCIOSOS

Como antes señalé, la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de menores, niños o adolescentes que infringen la ley penal –menores infractores, a fin de cuentas– no se deposita solamente en la *Opinión Consultiva OC-17/02*, que es, desde luego, el documento en que se explaya con mayor detalle y deliberación. Figura también en sentencias correspondientes a diversos litigios relevantes, de las que paso a ocuparme. En la especie se trata ya de actos resolutivos vinculantes para los Estados que figuraron como demandados y a los que se dirigió, en su caso, la condena emitida por la Corte. Además, concurren a establecer el criterio de ésta para la prevención de violaciones y la solución de cuestiones futuras. Tal es el papel “trascendente” de una jurisprudencia que no puede ni debe ocuparse de todos los casos en que se suscite un mismo problema.

A) CASO VILLAGRÁN MORALES O
 “NIÑOS DE LA CALLE” (GUATEMALA)¹¹

En este caso contencioso hubo primero una sentencia declarativa de violaciones (1999), y más tarde una sentencia condenatoria a reparaciones (2001). Recordaré ahora que las resoluciones de la Corte en el ámbito contencioso asumen esas dos dimensiones: declaración y condena. En la aplicación del procedimiento anterior era frecuente la distinción entre (audiencias y) resoluciones sobre excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Bajo la regulación actual se suele agrupar estos temas en un solo pronunciamiento de amplio alcance. Esto ha contribuido a reducir considerablemente la duración del procedimiento, con beneficio para la exigencia de impartir justicia dentro de un “plazo razonable”:

¹¹ En este caso hubo diversas sentencias, que contienen otros tantos pronunciamientos acerca de excepciones preliminares, la primera, fondo de la controversia, la segunda, y reparaciones por las violaciones declaradas, la tercera: Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. *Excepciones preliminares*. Sentencia de 11 de septiembre de 1997. Serie C No. 32; Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63; y Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. *Reparaciones* (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.

actualmente, el promedio de duración del trámite de casos contenciosos es de la mitad del que se tenía antes de la vigencia de las reformas reglamentarias del año 2000.

En el *Caso Villagrán Morales* se examinó la actuación de la policía con respecto a un grupo de jóvenes marginados, actuación que revistió crueldad extrema: malos tratos desbordantes y muerte de los menores. Vale decir que con motivo de este litigio la Corte llevó adelante reflexiones innovadoras sobre el derecho a la vida, conforme al sentido mayor que es posible atribuirle al amparo del Artículo 4 de la Convención: no sólo reproche para la privación indebida de la existencia (aspecto negativo), sino creación de condiciones que propicien el desarrollo de aquélla (aspecto positivo).

En efecto, el derecho a la vida incluye el “derecho a que no se impida (a la persona) el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna”. Se halla a cargo del Estado la “obligación de garantizar las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, (tiene) el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”.¹² En la sentencia de fondo sobre este litigio, la Corte examinó las medidas de protección mencionadas en el Artículo 19 de la Convención. Estas abarcan un extenso catálogo: “las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, el derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono y explotación”.¹³

La Corte destacó ciertos deberes generales del Estado a propósito de la provisión y protección de derechos, conforme al Artículo 2 del Pacto de San José. En la especie, quedó establecido que el Estado “debe implementar en su derecho interno, de acuerdo al citado Artículo 2 de la Convención, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de adecuar la normativa (nacional) al Artículo 19 de la Convención, para prevenir que se den en el futuro hechos como los examinados” en ese caso. Al respecto, las partes analizaron el relevo del Código de la Niñez, de 1949, por el Código de la Niñez y la Juventud, más avanzado que aquél y aprobado por el

¹² *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, cit., párr. 144.

¹³ Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 196.

Congreso en 1996, pero no vigente cuando se emitió la sentencia sobre reparaciones.¹⁴

B) CASO BULACIO (ARGENTINA)¹⁵

Fue relevante para el examen de los procedimientos aplicables a menores de edad el caso del joven Bulacio, resuelto en el 2003. Se refirió a la detención arbitraria (*razzia* o captura colectiva) de adolescentes y jóvenes que asistían a un acto recreativo, así como al maltrato de éstos a manos de la policía y la infracción del deber de asistencia médica en favor de los menores enfermos o lesionados. Hubo reconocimiento parcial de la responsabilidad del Estado, así como solicitud de lineamientos para el trato de menores en conflicto con la ley penal.

La Corte dispuso la adopción de normas que adecuen el Derecho nacional a la Convención Americana –en extremos tales como la detención, el procedimiento inicial, la actuación de la policía, la condición del Estado como garante de los derechos de los detenidos, etcétera– y aceptó el acuerdo alcanzado por las partes contendientes para constituir una instancia de consulta “con el objeto, si correspondiere, de la adecuación y la modernización de la normativa interna en las temáticas relacionadas con (las condiciones de detención de los niños) para lo cual se invitará a expertos y otras organizaciones de la sociedad civil”, que formularán propuestas de reforma a las normas internas.¹⁶

C) CASO INSTITUTO DE REEDUCACIÓN DEL MENOR (PARAGUAY)¹⁷

En el año 2004 la Corte dictó una sentencia sobre graves hechos ocurridos en aquel centro de detención de menores infractores. Varios jóvenes perecieron en un incendio. Se observó, además, la irregularidad de los

¹⁴ Sentencia de 26 de mayo de 2001, párr. 98.

¹⁵ Corte IDH, *Caso Bulacio*, Sentencia de 28 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

¹⁶ *Id.*, párr. 144.

¹⁷ Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

procedimientos seguidos en contra de los pobladores del centro, presuntos infractores de la ley penal, y las malas condiciones de vida en aquél. El Tribunal hizo ver que el Estado debía adecuar su legislación a la Convención Americana y a los principios y estándares en estas materias: tanto en lo que respecta al enjuiciamiento como en lo que atañe al régimen de detención, cuando sea absolutamente necesario privar de libertad al sujeto. Asimismo, la Corte enunció datos relevantes del procedimiento y mencionó alternativas para la solución de los litigios. Además, destacó la necesidad de brindar capacitación adecuada al personal que se halla a cargo de estos procesos.¹⁸

9. ALGUNOS ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO

En el desempeño de las funciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana en el curso de los años corridos desde el establecimiento de aquélla, en 1979, hasta el año 2004 –un cuarto de siglo, con actividad creciente que adquirió notable intensidad en los últimos años–, la mayoría de los hechos violatorios sometidos al conocimiento del Tribunal se relacionan con la inobservancia del debido proceso legal en materia penal. La frecuencia con que se presentan estos casos ha permitido la elaboración de una jurisprudencia detallada sobre los temas correspondientes. Por otro lado, muchas cuestiones examinadas bajo el concepto de opiniones consultivas atañen también a temas del debido proceso. A continuación mencionaré algunos pronunciamientos de la Corte sobre esta materia.

Ante todo, el Tribunal se ha ocupado de establecer quiénes pueden ser considerados como infractores para los fines de la jurisdicción especial sobre menores de edad: quienes infringen la ley penal, no así los niños y adolescentes que se hallan en situación de riesgo o peligro por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, ni quienes sólo observan una conducta diferente de la que caracteriza a la mayoría. Los menores de edad no quedan inmediatamente privados de derechos, sin más; en otros términos, “no pasan al ‘dominio’ de la autoridad”.¹⁹ Es preciso resolver esos casos a través de actuaciones y decisiones sustentadas en la

¹⁸ *Cfr. id.*, párrs. 151 y ss., 209 y ss., y 228 y ss.

¹⁹ *OC-17/02*, cit., párrs. 112-114.

ley. Toda medida administrativa referente a menores de edad debe quedar estrictamente ceñida por el principio de legalidad. Esto “permite el desarrollo adecuado del debido proceso (y) reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad”.²⁰

El enjuiciamiento de menores supone la existencia de una conducta típica atribuida a sujetos imputables que puedan recibir, por ende, el correspondiente juicio de reproche. El debido proceso de esos sujetos implica “la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan (los) tribunales (que intervienen en estos casos) revistan modalidades propias consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos, tomando en cuenta el principio establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en este orden se puede proyectar tanto a la intervención de tribunales, en lo concerniente a la forma de los actos procesales, como al empleo de medios alternativos de solución de controversias”.²¹

Es pertinente “atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita”; de ahí la necesidad de establecer “órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos”.²² En un detallado pronunciamiento, la Corte sostuvo que las actuaciones en esta materia deben atender ciertos elementos: “1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a (los) niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para

²⁰ *Id.*, párr. 103.

²¹ *Id.*, párrs. 118-119.

²² *Id.*, párr. 109, y *Caso Instituto de Reeducción del Menor*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, cit., párr. 209.

asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales”.²³

La Corte ha señalado que “en todas las etapas del proceso se respetarán 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 de apelación ante una autoridad superior”.²⁴ Se preservará la participación del niño en el enjuiciamiento, sin perder de vista la necesidad de matizar razonablemente esta intervención. Es preciso advertir que “el niño puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara, y las consecuencias de su declaración”.²⁵

Es pertinente “fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura”.²⁶

El Tribunal interamericano ha sostenido la pertinencia de reducir los supuestos de privación de la libertad al mínimo indispensable; esta tendencia restrictiva se acentúa en el caso de los menores de edad. En este campo el Estado debe proveer los “cuidados especiales que imponen la edad, sexo, personalidad y desarrollo sano” de esos sujetos.²⁷ En suma, la privación de la libertad se debe aplicar de manera excepcional, “ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva”.²⁸

Por lo que hace al desempeño judicial en este ámbito, es opinión de la Corte que “son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas”.²⁹

²³ *Caso Instituto de Reeducación del Menor*, cit., párr. 132.

²⁴ *OC-17/02*, cit., párrs. 122-123.

²⁵ *Id.*, párrs. 128-131.

²⁶ *OC-17/02*, párr. 134.

²⁷ *Caso Instituto de Reeducación del Menor*, cit., párr. 163.

²⁸ *Id.*, párr. 230.

²⁹ *OC-17/02*, cit., párr. 135.

10. LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA (2005)

El impulso para realizar una importante reforma al Artículo 18 en materia de menores infractores –tema que apareció en 1964-1965–³⁰ provino de las propuestas presentadas en el Senado de la República el 4 de noviembre de 2003, suscritas por senadores pertenecientes a los diversos partidos políticos con presencia en esa Cámara.³¹ En el 2004 hubo una iniciativa presidencial de reforma al conjunto del sistema penal –inclusive el enjuiciamiento de menores infractores– que no prosperó o que fue absorbida, en lo que respecta a este tema específico, por el trabajo y las propuestas de los legisladores. La deficiente negociación del proyecto, el escaso conocimiento que hubo sobre sus características y fundamentos, la errónea explicación de algunos de sus datos principales –así, se confundió con una ley “antisequestros” y se simplificó bajo el rubro casi exclusivo de “proceso oral”– y otros defectos de fondo y forma que no procede examinar ahora, determinaron su suerte en el Congreso. En diversas oportunidades he analizado la propuesta de reforma constitucional presentada por el Ejecutivo, que al lado de manifiestos errores contenía sugerencias plausibles.

El 22 de abril de 2004 se presentó el dictamen de las comisiones senatoriales³² al que me he referido *supra*. Son diversos los precedentes normativos en esta materia, de fuente internacional y nacional, varios de los cuales fueron mencionados en los trabajos preparatorios de la reforma. Destaca, por lo que hace a los nacionales, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, del 29 de mayo de 2000, publicada el 29 del mismo mes, que ciertamente no es un modelo de técnica legislativa. Como precedentes internacionales cuentan la Declaración de Ginebra, de 1924, acerca de los derechos del niño, y la

³⁰ Cf. mi estudio de esta primera reforma en García Ramírez. *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, Coordinación de Humanidades, UNAM, México, 1967, esp. pp. 95-98.

³¹ A saber, los suscriptores de la iniciativa del 4 de noviembre de 2003, fueron los senadores Jorge Zermeño Infante, del Partido Acción Nacional; Rutilo Escandón Cadenas, del Partido de la Revolución Democrática; Orlando Paredes Lara, del Partido Revolucionario Institucional, y Emilia Patricia Gómez Bravo, del Partido Verde Ecologista.

³² Se trató de las Comisiones de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda.

Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959. Descuella el moderno marco de los derechos internacionalmente reconocidos: la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, que ha sido suscrito por la inmensa mayoría de los Estados, con dos excepciones que no es fácil entender.

La relación incluye, asimismo: Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), un relevante conjunto de principios y disposiciones en esta materia; Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de Tokio), y Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad). Puede agregarse, porque ya existía entonces y fue suficientemente conocida por quienes intervinieron en la elaboración de las propuestas y el dictamen, la *Opinión Consultiva OC-17/02* de la Corte Interamericana.

La iniciativa senatorial inicial postuló, como dije, “un sistema integral de justicia penal para adolescentes” –individuos mayores de doce y menores de dieciocho años– a quienes se acusara “por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales”. Las personas menores de doce años quedarían “exentas de responsabilidad penal”. La aplicación del sistema se encomendaría a instituciones, tribunales y autoridades “específicamente previstas para la procuración e impartición de la justicia penal para adolescentes”. También se preveía que “las formas alternativas al juzgamiento deberán observarse en la aplicación de la justicia penal para adolescentes” y que en el procedimiento se atendería al “sistema procesal acusatorio”. La privación de la libertad se emplearía “como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda”.

En la iniciativa de reforma se propuso que ésta abarcara tanto el Artículo 18, sede final de los cambios, como el Artículo 73 Constitucional; esto último con el propósito de dar atribuciones al Congreso de la Unión para establecer las bases uniformes de la legislación nacional de la materia. Esta posibilidad se desechó. Además, hubo modificaciones importantes y acertadas en un segundo documento suscrito por los senadores de la República –con fecha 31 de marzo de 2005–, que aportaría el texto de la reforma. El cambio principal introducido por éste con respecto al primer proyecto senatorial consistió en la eliminación de referencias “penales”. Este giro mejoró considerablemente la iniciativa y fijó el buen rumbo de la reforma constitucional y sus expresiones normativas y prácticas.

En el dictamen modificado del 31 de marzo se consideró que la intención de establecer el nuevo sistema “se encuentra colmada con las reformas y adiciones propuestas al Artículo 18 constitucional, por lo que el hecho de facultar al Congreso para expedir una ley que establezca las bases normativas a que deberán sujetarse los estados y el Distrito Federal, resulta innecesario”. Consecuentemente –se añade–, la Federación, los Estados y el Distrito Federal actuarán concurrentemente conforme a sus “respectivas competencias, sin perjuicio de los mecanismos de coordinación y concurrencia que prevén las leyes”. Esas instancias están “facultadas para legislar en materia de justicia para adolescentes, sin mayor limitación que la observancia y el apego a las bases, principios y lineamientos esenciales introducidos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mediante la presente reforma”. En consecuencia, la propuesta final que se convertiría en reforma constitucional determinó la concurrencia de facultades entre la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, para ocuparse de esta cuestión. El nuevo párrafo del Artículo 18 constituye la base para el ejercicio de las atribuciones federales y locales.

Queda pendiente para el futuro, tal vez distante, la posibilidad de unificar en mayor medida la legislación de la materia –como también, y acaso sobre todo, la regulación penal y procesal penal– en bien de una verdadera política nacional de prevención y persecución del delito. Comprendo y respeto las consideraciones políticas que han mantenido la copiosa diversidad legislativa en este terreno, pero tampoco puedo ignorar las buenas razones que han militado desde hace tiempo –sin éxito– en favor de la unificación. Habrá que desplegar un intenso exfuerzo político-legislativo para la “armonización”, por lo menos, de las soluciones en este campo, antes de que surjan particularidades –algunas admisibles, desde luego– que priven al conjunto de congruencia y eficiencia.

La reforma –al igual que el dictamen inicial– se refiere a un “sistema integral” de justicia. No se desea resumir la acción del Estado sólo en una porción de las atenciones que requiere esta materia: la noción de un “sistema integral” apunta a la más amplia cobertura de necesidades y a la adopción completa y adecuada de soluciones pertinentes, con todos los recursos y en todas las direcciones. Ojalá que hubiese una declaración igual –y, obviamente, acciones del mismo signo– en lo que corresponde a la política criminal general, tan invocada como desatendida.

He mencionado *supra* que la revisión del dictamen y la correspondiente reelaboración del proyecto, para abrir la puerta al texto final, se caracterizaron por el abandono de la idea de justicia “penal” a cambio del concepto de justicia –sin aquel calificativo– para adolescentes que infringen la ley penal. A veces ocurre que un cambio de redacción no queda amparado por suficientes explicaciones o precisiones en la exposición de motivos o en el debate, o bien, se observa una manifiesta contradicción entre lo que dice la norma y lo que sugiere la reflexión de sus autores, como ocurrió cuando fueron reformados los Artículos 16 y 19 Constitucionales, en 1999, para reparar el desacierto de la reforma de 1993 que sustituyó el cuerpo del delito por elementos del tipo penal. Empero, en algún punto específico el dictamen de los senadores marchó por un rumbo diferente al que sustentó la reforma y quedó expresado en los correspondientes preceptos. Afortunadamente, este no ha sido el caso en la reforma de 2005 al Artículo 18. Por la importancia que tuvo el cambio incorporado en el curso de los trabajos legislativos –como dato relevante para su orientación y culminación– y la trascendencia que debe tener en la reglamentación y aplicación del nuevo sistema integral, me permitiré transcribir *in extenso* los razonamientos expresados en la revisión del dictamen.

Los integrantes de las comisiones expresaron su convencimiento de que el “espíritu” de las iniciativas sujetas a dictamen “no es el de reducir la edad penal o el crear una estructura gubernamental que juzgue como inimputables a los menores de 18 años. Por ello consideramos que es necesario suprimir el calificativo ‘penal’, a fin de evitar cualquier confusión con las instituciones y procedimientos relativos a la justicia para adultos”. Igualmente, señalaron: “en el ámbito jurídico la idea de lo ‘penal’ implica la imposición de penas como principal consecuencia del delito, mismas que constituyen la privación o restricción de bienes jurídicos, impuestas conforme a la Ley por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una conducta antijurídica tipificada previamente como delito”.

Habida cuenta de que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad –señaló el nuevo documento– “no es dable que se haga referencia a un sistema ‘penal’ para menores adolescentes, a quienes no es posible aplicarles una pena en estricto sentido, puesto que no tienen la posibilidad de determinar la comisión de un ilícito penal”. Dado que no hay ‘pena sin culpabilidad’, los autores del giro consideraron “pertinente que

el sistema a que se refieren las iniciativas se identifique como ‘Sistema Integral de Justicia para Adolescentes’”. Otras modificaciones atendieron a la misma línea de pensamiento: “eliminar toda noción relacionada con la imputabilidad, culpabilidad o responsabilidad penal, que no pertenecen al ámbito de la justicia para menores”. Finalmente, “el concepto de sanciones se sustituye por el de medidas, con el mismo criterio de evitar la confusión con el régimen punitivo aplicado a los imputables, es decir a los mayores de edad”.

Las referencias a la edad de los individuos sujetos a la justicia para adolescentes son relevantes. Hacía falta una definición en este punto, que debió presentarse desde hace tiempo, merced a un juicioso consenso —y en todo caso a partir de la vigencia en México de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño—, sin necesidad de que la Constitución resolviera lo que puede decidir, sin orden normativa, el acuerdo promovido por la razón. Pero no fue así: las características de nuestro federalismo penal o parapenal permitieron que varias entidades carecieran de referencia sobre la edad mínima de acceso a la justicia especial para menores —antes de la cual sólo se plantea la atención asistencial— y que se mantuviese una gran variedad de soluciones acerca del ingreso al ámbito de la justicia penal —no diré a la imputabilidad penal, que es un problema diferente—, fijado en 16 años por varias legislaciones, en 17 por alguna y en 18 por la mayoría. La reforma ha puesto orden en esta materia, aun cuando existen opiniones respetables que prefieren fijar en 14 años y no en 12, como finalmente se dispuso, la edad de acceso a la justicia especial. En este orden sólo se consignó una precisión, que adelante mencionaré, sobre la adopción de medidas privativas de la libertad.

Sin perjuicio del debate que puede existir acerca de la edad, examen que no está cerrado, se ha ganado mucho terreno gracias a las nuevas definiciones constitucionales. Estas toman en cuenta un generalizado criterio sobre lo que es “adolescencia”, etapa posterior a la “niñez” y anterior a la “juventud adulta”: entre 12 y 18 años. Los menores de aquella edad quedan sustraídos a la persecución. Para ellos prevalecen otros conceptos, cuando incurren en conductas infractoras de la ley penal: rehabilitación y asistencia social

También hacía falta establecer, más allá de dudas e interpretaciones, que sólo quedarán comprendidos en este sector de la función estatal

quienes realicen conductas penalmente típicas, como lo ha reclamado la tendencia dominante desde hace varias décadas y lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Interamericana, basada en los instrumentos del Derecho internacional de los derechos humanos. Finalmente quedan fuera, los estados de peligro y riesgo que en otra época determinaron la actuación de los tribunales y consejos para menores.

También se hallan excluidas las conductas constitutivas de infracción administrativa, cuyas sanciones constituyen igualmente –también lo ha precisado la jurisprudencia interamericana– una expresión del poder punitivo del Estado, potencialmente severa y siempre inquietante desde la perspectiva de los derechos individuales y la vigencia del orden democrático. Habrá que reflexionar cuidadosamente en torno a las consecuencias de la infracción administrativa (faltas de policía, principalmente) cometidas por sujetos de entre 12 y 18 años: ¿el mismo régimen de los adultos, que no parece acertado? ¿Un sistema especial, sin contravenir la norma constitucional?

La subordinación del sistema integral de justicia al concepto de tipicidad, que constituye garantía de legalidad, no implica, sin embargo, que esa legalidad sea la misma para todos. Puesto que subsiste la desconcentración de las atribuciones legislativas en materia penal, es decir, de las facultades tipificadoras, habrá que atender aquí –como en el supuesto de los adultos– a las decisiones particulares de los legisladores federales y locales: los problemas que surgen en el campo del Derecho penal ordinario aparecerán en el nuevo Derecho especial para menores infractores a propósito de la caracterización de las conductas ilícitas y sus consecuencias jurisdiccionales.

La reforma constitucional acoge el sano criterio de comprender tanto garantías generales aplicables a todas las personas como garantías especiales dirigidas a los adolescentes. Así se atiende la legalidad y la especificidad de los sujetos en su condición de personas en desarrollo. Esto último demanda medidas de corrección de las desigualdades que provienen de las diferencias materiales, punto al que me he referido ampliamente y sobre el que no insistiré. Evidentemente, la recepción de ambas garantías debe trasladarse a la legislación secundaria y a la organización real de la justicia para adolescentes.

En el texto constitucional se alojan algunas garantías procesales específicas. Aquí se recibe la noción de debido proceso legal, que no figuraba

en la Constitución. Tenemos, pues, dos versiones para resolver una misma preocupación garantizadora, como *supra* mencioné: garantías esenciales del procedimiento, que señala el Artículo 14, y debido proceso, que indica el nuevo párrafo del Artículo 18. Se podrá entender que son conceptos diferentes, no necesariamente sinónimos, pero esta comprensión no resuelve el punto, sino lo desplaza: ¿por qué garantías esenciales, no debido proceso, para los adultos, y por qué debido proceso, no garantías esenciales, para los menores? Merecía mayor reflexión el empleo de fórmulas diversas, que siembra de problemas la interpretación, aunque sea plausible –por supuesto– la inclusión del debido proceso –o mejor todavía, de las ideas e imperativos que éste entraña– en la nueva justicia para menores.

El primer dictamen de las comisiones senatoriales apoyó la referencia al sistema procesal acusatorio, por contraste con el inquisitivo. Es comprensible y satisfactoria esta preocupación del legislador, aun cuando ciertamente no existe un concepto final y acabado acerca de aquellos sistemas procesales y sus variantes mixtas. A fin de cuentas, todos los sistemas son mixtos, en alguna medida. Ahora bien, la referencia al régimen acusatorio –que recoge una corriente reformadora en boga– no fue aceptada en la decisión final sobre la reforma. La revisión senatorial del 31 de marzo de 2005 optó por excluir la alusión al sistema acusatorio y referirse, en cambio, al dato clásico y nuclear de éste: deslinde entre la persecución y la resolución, expresado de la siguiente manera: habrá “independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas”.

Aquí resta decidir –pero lo hará la ley reglamentaria– en qué espacio del Estado se hallará cada una de esas autoridades, principalmente la jurisdiccional, que impone las medidas: ¿jurisdicción autónoma (no necesariamente tribunales administrativos) o incorporación en los Poderes Judiciales de la Federación, los Estados y el propio Distrito Federal? Cada solución ofrece ventajas e inconvenientes, no sólo desde la perspectiva técnica –en orden a la división de funciones y a la independencia de los órganos jurisdiccionales–, sino también desde el ángulo práctico: recursos para instalar los órganos y atender su buen despacho.

También las soluciones institucionales deben examinarse bajo el rubro de las garantías. Lo son, por varias razones que atañen a la adecuada operación del conjunto. La Constitución vuelve a la necesidad de

crear instrumentos específicos para la atención de problemas específicos. La justicia integral para adolescentes no es apenas un capítulo de la justicia penal ordinaria para los adultos, a la que deban trasladarse fielmente la instituciones, las categorías jurídicas, la “filosofía” y las prácticas de ésta. Se requiere especialización –personal, orgánica, institucional, material, procesal– de las instituciones, los tribunales y las autoridades que actuarán en la procuración e impartición de la justicia para los adolescentes infractores de la ley penal. La ley suprema omitió un ámbito que reviste, sin embargo, enorme importancia: la ejecución de las medidas.

Las medidas previstas se disciplinan a determinados principios –protección integral e interés superior, que no sólo debieron vincularse con aquéllas, sino con el enjuiciamiento mismo– y tienen como objetivo la orientación, protección y tratamiento de los menores con el propósito de alcanzar la reintegración social y familiar del adolescente –fin que pudiera resultar, en la realidad, inabordable o desaconsejable– y el pleno desarrollo de su persona y capacidad –propósito incuestionable–. No faltarán los sinónimos para la protección ni el debate acerca del concepto de tratamiento.

Es importante el acento que la reforma ha puesto en la naturaleza y, sobre todo, en la intensidad de las medidas. Se prevé que sean proporcionales a la conducta realizada. Sobre este punto tómesese en cuenta que las medidas entrañan afectaciones de los derechos de quien se encuentra sujeto a ellas: principalmente, aunque no exclusivamente, la libertad. De ahí que no se autorice la desproporción, la desmesura, el exceso. Es indebido corresponder a ciertas conductas con reacciones excesivas, expresión de un rigor defensivo o punitivo que pudiera resultar absolutamente injustificado y totalmente inaceptable en una sociedad democrática. Cualquier injerencia en los derechos fundamentales de las personas debe tener como referencia las exigencias y los límites que la explican lógicamente y la justifican jurídicamente: necesidad, razonabilidad, oportunidad, proporcionalidad, e incluso inevitabilidad.

Que haya proporción entre el hecho ilícito y la reacción correspondiente, no impide que el órgano emisor de la medida tome en cuenta, sin romper ese marco garantista, los datos que conduzcan al cumplimiento de la función estatal y la finalidad de las medidas, particularmente en el supuesto de menores de edad, con respecto a los cuales la misma Constitución dispone orientación, protección, tratamiento, reintegración social

y familiar. Esto requiere considerar las condiciones particulares del individuo al que se aplican las medidas. Disponer éstas sin miramiento para las personas llevaría a decisiones “en abstracto”, “in vitro”, ajenas al destinatario y alejadas de la realidad, y en todo caso impertinentes o arbitrarias.

La conciliación entre los intereses legítimos del individuo y los legítimos intereses de la sociedad, que viene al caso en el enjuiciamiento por conductas ilícitas, obliga a apreciar detenidamente las medidas restrictivas de libertad, como precaución procesal o como consecuencia del comportamiento ilícito. Esto quedó a la vista en el proceso de reforma constitucional. De nueva cuenta es preciso considerar el carácter excepcional, restringido, marginal, de las afectaciones admisibles en el ámbito de la libertad. Por ello la reforma destaca ciertas fronteras, imperiosas para el internamiento de adolescentes. Se entiende que esta expresión abarca cualquier medida restrictiva o privativa de la libertad, sea durante el proceso, sea como resultado de éste, amparada por una resolución jurisdiccional.

Son varias las restricciones para la adopción del internamiento, que revelan una orientación garantista diferente de la que se observa en el caso de los adultos. Aquélla se informa en las mejores tendencias en esta materia y aparece en el Artículo 37, b), de la Convención de los Derechos del Niño. La misma tendencia se aprecia en los pronunciamientos de la Corte Interamericana, que ha examinado el tema de la prisión preventiva y se ha referido, con un criterio aún más restrictivo, a la privación de la libertad en el caso de los menores de edad.

En los términos del texto constitucional reformado, el internamiento es una medida extrema; por lo tanto no se debe aplicar —como suele ocurrir en el supuesto de la prisión preventiva para mayores de edad— de forma automática, regular, rutinaria, sino sólo cuando resulte verdaderamente indispensable y se justifique su necesidad. La medida deberá durar “el tiempo más breve que proceda”: así, se aplicará en periodos generalmente cortos, tanto como sea posible, optando —si cabe la opción— por suspender la medida, no por prolongarla. Sólo estarán sujetos a internamiento los adolescentes mayores de 14 años: quedan a salvo quienes se hallen por debajo de esa edad. La medida es aplicable únicamente cuando se juzge al sujeto por la comisión de una conducta antisocial calificada como grave.

Esta última precisión constitucional no implica que el internamiento proceda siempre que exista imputación por delito grave. Será

preciso valorar la medida a la luz de los otros factores que la Constitución enuncia, principalmente su carácter de “medida extrema”. La referencia a delitos “graves” traerá consigo, en este campo, los mismos problemas que ya ha producido –y que no son pocos– en el enjuiciamiento de adultos a partir de la reforma de 1993. Esta ha motivado diversas –y en ocasiones muy desafortunadas– formas de entender que una conducta ilícita es “grave”, calificación que se proyecta sobre el acceso a la libertad.

Acertadamente, la reforma propicia el empleo de formas alternativas de justicia, que se han venido desarrollando en años recientes, de manera más o menos formal, prohijadas por el expansivo régimen de la querrela y el perdón. Las soluciones compositivas son perfectamente admisibles en un amplio número de casos, e incluso resultan indispensables. Ahora bien, la reglamentación de esta norma deberá buscar los medios para que la solución alternativa sirva de veras a la justicia, no la enarezca o defraude. Evidentemente, lo que digo sobre la justicia para menores infractores es aplicable, aún más ampliamente, al enjuiciamiento de adultos. Estamos iniciando un camino promisorio, pero es preciso vigilar la marcha, para que en ella imperen la pertinencia y la probidad.

Con alguna frecuencia los artículos transitorios de nuevas leyes o decretos que reforman leyes existentes, disponen que las novedades entren en vigor “al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación”. Esta norma pudiera resultar razonable en algunos casos, pero no en todos. Efectivamente, es preciso proveer la difusión de las disposiciones emergentes, como lo es preparar las condiciones para su aplicación y eficacia, que a menudo reclaman la formación de funcionarios y la renovación de antiguos criterios, además de la provisión de medios materiales para el éxito de la reforma.

La modificación del Artículo 18 no incurrió en ese error. Tampoco estableció una *vacatio legis* muy amplia, como parece necesario si se toma en cuenta la magnitud de los cambios que dispone o sugiere y la época en la que aparece. Empero, los tiempos que prevé debieran permitir una razonable preparación, si en ellos se trabaja con intensidad y buena orientación. Los dos preceptos transitorios fijan plazos sucesivos. El primero, de tres meses a partir de la publicación del decreto, para que la reforma entre en vigor. El segundo, de seis meses contados desde el inicio de la vigencia, como plazo del que disponen “los Estados de la Federación y el Distrito Federal” para “crear las leyes, instituciones y órganos que se

requieran para la aplicación del presente decreto”. No se alude a la Federación, como si ésta contara ya con todo lo necesario para aplicar exitosamente la reforma en el momento mismo de su vigencia.

No deja de llamar la atención que entre en vigor una disposición que no resulta aplicable –o no parece serlo– cuando comienza su vigencia, porque se carece de las condiciones para que ello ocurra, y que, entendiéndolo así, el propio Constituyente disponga un nuevo plazo –“de gracia”, después de una llamada “de alerta”– para preparar la eficacia de la norma ya vigente. Mientras tanto, ésta permanecerá como derecho en vigor, por una parte, pero apenas en “proceso de aplicación”, por la otra. Más allá de estos comentarios, lo cierto es que habrá que poner manos a la obra, diligencia y cuidado para crear las condiciones del gran progreso que se ha querido imprimir en la justicia para adolescentes. Bienvenidas las palabras y las normas, las intenciones y los programas: sigue la hora de los hechos.