

## LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL. HACIA UN NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL \*

Luis González Placencia

### 1. CONTEXTO DE LA REFORMA<sup>1</sup>

El cambio jurídico es, sin duda, función del cambio social. En México, las últimas décadas del siglo XX y los primeros años del XXI han estado signados por una importante serie de transformaciones que han tenido repercusiones diversas en los ámbitos político, económico y cultural del país, no sólo en el modo de hacer de los gobernantes, sino en general en el comportamiento de casi todos los sectores sociales: medios de comunicación más independientes y activos, una sociedad civil mejor organizada, exigencias más severas y más frecuentes de transparencia y rendición de cuentas, así como actitudes que, a diferencia del pasado reciente, muestran al menos intuiciones más claras en torno al sentido y al significado de la democracia como un modo posible de vida en el país. Muy a pesar de las muchas cuestiones que sin embargo siguen pendientes, y de las repetidas demostraciones de autoritarismo y desacuerdo en temas

---

\* El autor es Profesor-investigador titular en el Instituto Nacional de Ciencias Penales y Consultor del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia en México, ponencia presentada durante el Seminario Internacional sobre los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Monterrey, Nuevo León, octubre de 2005.

<sup>1</sup> El texto que ahora se presenta recoge de modo principal el contenido de la conferencia dictada en el seno del Seminario Internacional que es objeto de la presente memoria, pero también de otras intervenciones que con fines similares ha tenido el autor en el Instituto Nacional de Ciencias Penales y la Cámara de Diputados. Otras versiones del mismo texto, por tanto, se han publicado en la Revista *Iter Criminis* del Inacipe (4/2005), y en la memoria del Congreso Nacional *Hacia un nuevo sistema de justicia para adolescentes en conflicto con la ley penal*, organizado por el Senado de la República y la Cámara de Diputados los días 8, 9 y 19 de noviembre de 2005.

de la mayor relevancia, no hay duda de que en lo que concierne a otras temáticas, el país se está moviendo con dirección democrática.

Entre los ámbitos en los que se ha privilegiado esa visión están los de una creciente conciencia en torno a la perspectiva de género y, sin duda, el de la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia. En los últimos años, ambas cuestiones han sido escenario de importantes reformas legales e institucionales, algunas sorprendentemente tardías, pero al final, remarcables por los efectos que tienen y tendrán en el reforzamiento de una visión social de respeto y defensa de los derechos de las y los niños, los adolescentes y las mujeres en México.

En este contexto, una de las más recientes muestras de que la preocupación por los derechos humanos puede materializarse la constituye la reciente reforma al Artículo 18 Constitucional que crea el marco jurídico propicio para: 1) positivizar recursos que permitan limitar la intervención del Estado en aquéllos casos en los que una persona que aún no ha cumplido la mayoría de edad realiza una conducta tipificada como delito en las leyes penales mexicanas; 2) regular la intensidad de esta intervención; y 3) crear instituciones *ad hoc*, pensadas, es decir, con una visión protectora de derechos, antes que con una pretensión punitiva o correctiva. Esta reforma, probablemente la única reforma estructural del sexenio que corre, es trascendental por el contenido que le subyace, pero lo es también porque muestra la capacidad de los legisladores de las tres fuerzas políticas con mayor voto en el país, para consensar por mayoría, casi por unanimidad —y el casi es una concesión a unos cuantos disidentes— en el Senado de la República, la Cámara de Diputados y más de veinte congresos locales, el que constituye un mandato constitucional para crear un nuevo sistema de justicia juvenil para el país, orientado por las corrientes más progresistas de la filosofía penal ilustrada de Occidente, pero además, armónico respecto de la Convención de los Derechos del Niño, instrumento promulgado en el seno de la Organización de las Naciones Unidas que por disposición constitucional forma parte de nuestro derecho positivo vigente.

El objetivo del presente texto es plantear los escenarios que a la luz de esta reforma se presentan, para la redacción de las leyes secundarias que habrán de desarrollar los principios contenidos en el nuevo marco constitucional y en la doctrina de protección integral de los derechos de la infancia que le sirve de fundamento.

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En otros espacios he argumentado la hipótesis de investigación que conjetura una distancia entre el garantismo penal y los modelos vigentes de justicia de menores infractores en México. El referente teórico utilizado para tales fines lo constituyó el garantismo penal en los términos en los que lo ha desarrollado Luigi Ferrajoli (1995), que en resumen constituye un sistema articulado de axiomas que garantizan formalmente la realización de los principios de retributividad, legalidad lata y estricta, necesidad o economía penal, lesividad del acto, materialidad o exterioridad de la acción, culpabilidad o responsabilidad personal, jurisdiccionalidad estricta y lata, el principio acusatorio, el de verificación o carga de la prueba y el de contradicción o de defensa. Como lo afirma el propio autor:

Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente definen... el modelo garantista del derecho penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal 'absoluto'. Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno *estado de derecho* (*Ibid*: 93, cursivas en el original).

La implicación lógica de los diez axiomas constituye el criterio de legitimación intrasistémica del derecho penal y en ese sentido, la carencia de alguna o algunas de las garantías que ahí se representan supone una alteración de dicha legitimidad. De acuerdo con el autor, esa alteración se expresa como espacio para el decisionismo, que en términos del sistema penal implica la incorporación de argumentos extrajurídicos que pueden provenir de la política, la moral, la ciencia, la cultura, entre otros sistemas normativos, y que, en tanto asumen como horizonte de validez fundamentos sustancialistas, se constituyen en decisiones autoritarias. Históricamente ese autoritarismo ha justificado la expansión del sistema penal en aras de la contención de la criminalidad y de los

criminales. De ahí que, frente al decisionismo, proponga Ferrajoli un modelo cognoscitivista que, sobre la base del racionalismo crítico, busca acotar en el horizonte de validez del propio discurso jurídico de las garantías, cualquier espacio en el que pueda presentarse incertidumbre jurídica y que, por tanto, pueda dar lugar a decisiones autoritarias, pues dados los altos niveles de aflicción que la pena supone para un ciudadano, lo que se busca contener no es al criminal o al delito, sino la posibilidad de injerencias autoritarias—que en este sentido significa ilegítimas—por parte del Estado en la vida de los ciudadanos; el costo asumido por este modelo, que encuentra su legitimidad en la restricción de las fuentes de argumentación únicamente a aquéllas que custodian derechos, es naturalmente el minimalismo penal.

Así, Ferrajoli plantea una relación de opuestos, que de un lado muestra la implicación entre modelos desicionistas, autoritarios y maximalistas, frente a la implicación de modelos cognoscitivistas, garantistas y minimalistas. De ahí que un sistema penal con estas características representa un modelo ideal, que funciona como criterio contrafáctico para la valoración de grados de garantismo de modo tal que, a mayor ausencia de garantías mayor el grado de autoritarismo, y viceversa. Con base en ese modelo contrafáctico, el ejercicio desarrollado en esta fase de la investigación consistió en la contrastación de los sistemas de menores infractores de los estados de la República y el Federal, para conocer, como se plantea en la hipótesis, el grado de garantismo que suponen.

A la luz de este planteamiento, he demostrado que actualmente, las diversas legislaciones que en el nivel federal y local atienden el problema de los hoy llamados “menores infractores” se mueven a lo largo de un *continuum* que tiene en un extremo los modelos tutelares y en el otro el modelo de la ley federal de 1991, que por su naturaleza he preferido denominar “eclectico”.<sup>2</sup> A lo largo del *continuum*, en todos los casos se encontraron situaciones que, para efectos prácticos, pueden resumirse en dos grandes tendencias cuyas características aparecen en el Cuadro 1.

<sup>2</sup> Cfr. González Placencia, L. *La política criminal de adolescentes en conflicto con la ley penal: 1994-2004*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales/UE (en prensa).

Cuadro 1  
Características de los modelos de justicia  
de “menores infractores” en México

Criterios de comparación	Modelo Tutelar (inspirado en la reforma de 1974)	Modelo Ecléctico (inspirado en la reforma de 1991)
Concepción del sistema	Asistencial	Predominantemente asistencial con elementos formalmente garantistas
Concepción del infractor	Inimputable	Inimputable
Concepción del delito	No hay delito sino una línea que va del estado de peligro a las faltas administrativas	No hay delito sino faltas administrativas que en los adultos constituyen delitos
Criterio de intervención estatal	Basta con acreditar estado de peligro	Comisión de faltas que en los adultos constituyen delitos
Concepción del castigo	No se aplican penas sino medidas de seguridad	No se aplican penas sino medidas de seguridad
Duración de las sanciones	Indeterminada	Determinada con base en límites máximos no proporcionales a la falta cometida
Derecho a la defensa	No hay derecho a la defensa	Derecho a la defensa destinado a la verificación de la comisión de la falta imputada (modelo inquisitorial de defensa)
Mecanismo para justificar la intervención estatal	Evaluación de la personalidad y del estado de peligro realizada por un comité o consejo técnico	Sujeción a un procedimiento formal para establecer la comisión de la falta
Mecanismo para validar la imposición de la sanción	Resolución del comité técnico sobre la peligrosidad o estado de peligro del «adolescente»	Resolución de un Consejero sobre la base de la evaluación de personalidad del comité técnico
Papel que juega el límite de la edad penal	Constituye un criterio para decidir la sujeción al sistema tutelar o al sistema penal	Constituye un criterio para decidir la sujeción al sistema de «menores» o al sistema penal
Relación con el sistema penal	Absoluta independencia	Absoluta independencia

Dadas estas características, la contrastación con los axiomas del modelo de garantías da cuenta de los grados de garantismo que cada uno de ellos acusa. Como era de esperarse, el modelo tutelar presenta un grado cero de garantismo, mientras que el modelo ecléctico, incorpora en efecto algunas garantías (ver Cuadro 2). De acuerdo con Ferrajoli (1987) el grado de garantismo permite construir algunas tipologías; en palabras del autor:

Lógicamente, en realidad, de SG<sup>3</sup> se pueden sustraer uno o más axiomas cualesquiera y originar así una cantidad innumerable de sistemas penales de distinto tipo. En la práctica, sin embargo, el número de

<sup>3</sup> Así abrevia el autor Sistema de Garantías, referido a la totalidad de los axiomas del modelo garantista.

estos sistemas se reduce notablemente si se considera que muchas de sus garantías presuponen otras, a falta de las cuales también ellas sucumben o, en todo caso, resultan debilitadas (*op. cit.*: 97).

Cuadro 2  
Contrastación con los principios del garantismo

Principios del garantismo	Modelo Tutelar (inspirado en la reforma de 1974)	Modelo Ecléctico (inspirado en la reforma de 1991)
Retributividad	Ausente, la medida que se impone no se sigue necesariamente de ningún acto que la motive	Presente. La medida impuesta es consecuencia de un acto tipificado en las leyes penales
Legalidad	Ausente, no hay un límite que permita distinguir cuando se aplica una medida a quien cometió delitos y a quien requiere de asistencia. Tampoco hay límites de edad que permitan distinguir niños de adolescentes	Presente. Se distingue entre niños y adolescentes y de éstos últimos entre quienes requieren asistencia y quienes han cometido conductas tipificadas en leyes penales
Necesidad	Ausente, no hay delitos	Presente en la medida en que se remite al Código Penal de Adultos
Lesividad	Ausente, las medidas se justifican en función de la situación del niño o adolescente	Presente en la medida en que se remite al Código Penal de Adultos
Materialidad	Ausente, el «estado de peligro» justifica la intervención aún sin que haya ninguna expresión material de un acto	Presente en la medida en la que se remite al Código Penal de Adultos
Culpabilidad	Ausente, la medida se impone en función de la personalidad del niño o adolescente institucionalizado	Ausente, la medida se basa en el diagnóstico de la personalidad del autor y no en el acto
Jurisdiccionalidad	Ausente, no hay jurisdicción sino Consejos de Tutela	Ausente, los Consejos de Menores están fuera de la Jurisdicción
Acusatorio	Ausente, no hay acusador ni juzgador	Presente, hay un funcionario que realiza la acusación
Verificación	Ausente. No se requieren pruebas de la condición del niño o adolescente institucionalizado	Ausente, por la naturaleza del procedimiento la carga de la prueba queda al defensor
Contradicción	Ausente. No hay defensa	Presente, aunque en notoria desventaja respecto de la acusación

Para Ferrajoli, por tanto, es posible reducir el número de estos sistemas a nueve, teniendo en cuenta la posibilidad de que se sustraiga al menos una garantía cada vez, pero dado que cada uno de estos nueve sistemas implica, además de la sustracción de la garantía correspondiente, el debilitamiento o la anulación de las que le preceden, es posible construir tres tipos genéricos de sistemas:

a) *Modelos de proceso penal autoritario*, o de mera legalidad, que deriva de la sustracción de los principios de carga de la prueba y

del derecho a la defensa. Aunque acusación y defensa pueden estar formalmente expresados en el sistema, en sentido lato, la naturaleza de los sistemas de proceso penal autoritario no permiten la decidibilidad de la verdad procesal de las conclusiones jurídicas apoyadas por ellas; suponen por tanto que acusación y defensa no son verificables ni refutables, sino sólo argumentables. También es posible denotar en este modelo a los sistemas sin acusación separada o inquisitivos, que en la medida en que no distinguen entre acusación y juicio afectan la imparcialidad del juez. Como lo hace notar Ferrajoli, la afectación del principio acusatorio termina afectando la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el principio de refutación e incluso la ausencia de pruebas y defensa, así “[e]s evidente que en estos casos, al faltar la obligación de probar y la posibilidad de contradecir las imputaciones, los juicios penales terminan por informarse mediante criterios meramente sustanciales y de autoridad (*ibid*: 99).

b) *Modelos de derecho penal autoritario*, que pueden ser *objetivistas* cuando la garantía sustraída es la de culpabilidad, como en los modelos de la responsabilidad objetiva, o bien *subjetivistas* cuando se neutralizan los principios de acción y de defensa. Como afirma el autor, los modelos subjetivistas “... se caracterizan por el hecho de que las figuras legales de delito, contra los principios liberales del utilitarismo penal y de la separación entre derecho y moral, son privadas de referencias empíricas y se construyen predominantemente con referencia a la subjetividad desviada del reo (*ibid*: 100). Dado que el sistema no tiene como referente hechos taxativamente denotados en las leyes penales, se torna sustancialista y decisionista, de modo tal que configura esquemas penales de autor. Así concebido, el sistema no regula comportamientos, sino que constituye estatus subjetivos directamente criminalizables.

c) *Modelos punitivos irracionales, pre-penales o extra-penales*. Los modelos pre-penales son de “mera prevención”; carecen expresamente del principio de retributividad y suprimen del todo la relación entre hecho y delito. La punición asume la forma de una medida preventiva de la desviación. En palabras de Ferrajoli, resulta “... evidente el carácter desigualitario además de puramente decisionista de este esquema de intervención” (*ibid*: 102). “Los sistemas extra-penales

representan o bien el llamado ‘estado policial’, cuya característica es la ley en blanco que permite la intervención incluso sin que medie juicio; o bien el ‘estado patriarcal’ [...] no vinculado a ningún criterio preestablecido ni de hecho ni de derecho, sino remitido a la buena voluntad del príncipe, de los notables, del sabio bajo el árbol o quizá del pueblo en el estadio, como justicia completamente ‘sustancial’, ‘material’, ‘sumaria’ o ‘equitativa’” (*ibid*: 102-103).

A partir de esta tipología y teniendo en cuenta el grado de garantismo de los sistemas de menores infractores vigentes en México, es posible afirmar lo siguiente:

1) Los sistemas de orientación tutelar constituyen claramente *modelos punitivos irracionales* de “mera prevención”, pues como es claro, la ausencia del principio de retributividad afecta las garantías que le preceden. Al no haber un reconocimiento expreso del carácter penal del sistema, ni los principios sustantivos, ni los principios procesales se hacen necesarios, con lo que se cancela toda posibilidad de fundar las decisiones que se toman dentro del sistema en referentes judiciales, acotados a hipótesis taxativamente establecidas de intervención y a un número limitado de consecuencias que se siguen del establecimiento de una verdad que emerge del propio proceso y que, por tanto, encuentra en éste su principal criterio de validez. En cambio, como es claro en estos sistemas tutelares, en tanto que las decisiones se basan en criterios subjetivos, sobre la base de argumentos sustanciales que no son refutables ni empíricamente verificables (como es el caso de la peligrosidad o la desadaptación) o bien en subjetividades preconstituídas (como el estado de peligro, o la categoría de menor infractor), la multiplicidad de racionalidades (científicas, morales, culturales) que se ponen en juego incrementa el espacio para el desicionismo y en consecuencia para el autoritarismo.

2) Los sistemas eclécticos, por su parte, constituyen ejemplos de modelos de proceso y de derecho penal autoritarios. Son modelos de proceso penal autoritario porque, aún cuando reconocen de modo explícito los principios de acusación, defensa y contradicción, en los hechos, el rol privilegiado de la acusación termina anulando a la defensa, de modo que no hay contradicción, y en

consecuencia, tampoco hay forma de hacer derivar la resolución final de la verdad procesal. En ese sentido, los sistemas eclécticos son ejemplo de modelos de derecho penal autoritario en la medida en la que se identifican claramente con sistemas subjetivistas, pues están destinados a valorar al autor y, con base en el diagnóstico de su personalidad, a determinar las medidas, dejando de lado la consideración acerca del hecho. La desafortunada combinación de autoritarismo procesal y penal hace que los sistemas eclécticos terminen por anular las garantías que formalmente consideran, dejando a salvo, apenas, aquéllos principios que sirven para delimitar el sistema de “menores infractores”, respecto del sistema penal de adultos, por una lado, y del sistema asistencial para niños e inimputables por el otro lado.

### 3. HACIA UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Como es claro, la totalidad de los sistemas que actualmente tienen vigencia en México en materia de adolescentes que infringen la ley penal, adolece de problemas sustantivos y procesales que los revelan como sistemas con elevados niveles de decisionismo y en consecuencia con un alto riesgo de autoritarismo. A estos problemas, que en el fondo son problemas de justificación, habría que añadir otros que a continuación se desarrollan.

#### 3.1 AUSENCIA DE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA UN SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL

Aún cuando éste ha sido un problema señalado con frecuencia, al momento de escribir este reporte la llamada *justicia de menores* experimenta cambios de la mayor relevancia. Este momento está signado por la reciente aprobación, primero en el Senado de la República, luego en la Cámara de Diputados, y finalmente en más de la mitad de los congresos locales, de una modificación al texto de los párrafos quinto y sexto de la Constitución Federal, que producirá un efecto importante en los *sistemas de menores* vigentes hoy en el país. El texto de la reforma es el siguiente:

*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 *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*.

En otros espacios he enderezado una crítica a la redacción final del nuevo texto de este artículo constitucional que, en mi opinión, no logró evitar la inercia del positivismo criminológico que ha sido el fundamento ideológico del tutelarismo. Sin embargo, no soslayo la importancia que esta modificación constitucional implica por el impacto que tendrá en la totalidad de los sistemas que actualmente se identifican con el

tratamiento de *menores infractores*, resolviendo de una vez por todas, junto con el problema de la ausencia de fundamento constitucional, al menos los siguientes problemas:

- El problema de la indeterminación de la edad de imputabilidad penal que, como se sabe, hoy se expresa en la existencia de diversos límites que van de los 16 a los 18 años de edad a lo largo del país. La reforma deja claro que este límite debe situarse en los 18 años.
- El problema de la edad mínima de intervención del Estado en los casos que una persona menor de edad realiza una conducta tipificada en la ley penal que, de acuerdo con la reforma, queda fijada en los 12 años.
- El problema relacionado con la diversidad de criterios que hoy dan lugar a la intervención de los sistemas de menores, especialmente los de orientación tutelar y que, de acuerdo con el nuevo texto del Artículo 18, se remite de modo específico a la realización de actos tipificados por la ley penal.
- El problema relacionado con la aplicación de medidas que, bajo la denominación que sea, suponen la privación de libertad a niños y adolescentes, al establecer una franja para que esto ocurra solo a quienes tienen entre catorce y dieciocho años.
- El problema de la dependencia actual de quien acusa, quien juzga y quien defiende, al plantear expresamente la independencia entre juez y acusador.

En otros términos, la inminente reforma al Artículo 18 Constitucional sienta la base para que los estados y la federación legislen la creación de un sistema especial de responsabilidad referido a personas a las que, teniendo entre 12 y 18 años de edad, se atribuya la comisión de una conducta tipificada como delito por la ley penal, previendo que las medidas que suponen privación de libertad sean aplicables sólo a quienes son mayores de catorce años de edad. El texto además señala algunos criterios importantes: marca el contexto de interpretación de la reforma, al referir la armonía del sistema con el conjunto de los derechos que para los adolescentes reconoce la Constitución Federal y al interés superior del adolescente; impone el deber de recurrir a formas alternativas a la justicia; obliga a que los procedimientos se ciñan al debido proceso legal y obliga también a

considerar como criterio de proporcionalidad de las medidas, los actos que las motivan.

### 3.2 EL PROBLEMA DE LA IMPUTABILIDAD Y DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES

Aún cuando el texto del nuevo Artículo 18 no le llama claramente por su nombre, en los hechos sienta las bases para que las legislaturas locales y la federal emitan leyes de responsabilidad penal para adolescentes, con lo que resuelve también, de modo indirecto, el debate en torno al tema de la responsabilidad de los jóvenes frente a los códigos penales, asumiendo los avances de una doctrina garantista de la imputabilidad penal que ha sido ampliamente acogida en prácticamente todos los países de Latinoamérica, documentada para nuestro contexto por Juan Bustos (s.f.), tanto como por Mary Beloff (2005).

En lo que se refiere a Bustos, el juicio de imputabilidad reconoce dos niveles:

*... un primer nivel ineludible en un Estado social y democrático de derecho, que [implica que] el sujeto sobre el que recae es una persona humana y por tanto no se puede hacer ninguna discriminación ni en razón de sus cualidades personales ni tampoco por el grupo o sector personal al cual pertenezca; pero además hay un segundo nivel que supone que... el Estado tiene que considerar que respecto de ciertas personas determinadas necesidades no han sido satisfechas y que por tanto se dan respecto de ellos obstáculos que impiden o dificultan las condiciones para su libertad e igualdad y de los grupos en que se integran, o bien, no aparece suficientemente garantizada su participación. Luego respecto de estas personas su responsabilidad por los hechos delictivos que cometan no puede ser igual a las de otros en que ello no sucede.*<sup>4</sup>

De este modo queda claro que la imputabilidad penal hace referencia a una decisión de política criminal, que se toma en función de la situación que presentan las personas respecto de la satisfacción de las prestaciones

<sup>4</sup> Cfr. J. Bustos (s.f.). *Imputabilidad y edad penal*, en [www.iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/inimputabilidad\\_y\\_edad\\_penal.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/inimputabilidad_y_edad_penal.pdf).

positivas que el propio Estado está obligado a otorgar; en palabras de Bustos: *El juicio de imputabilidad implica en definitiva desde un punto de vista político criminal la incompatibilidad de la respuesta del sujeto con su hecho frente a las exigencias de protección de bienes jurídicos por parte del ordenamiento jurídico*. Lo anterior no niega, sin embargo, la existencia de un injusto, pero en el caso en el que éste sea atribuido a un adolescente, lo que esta consideración plantea es que la responsabilidad la enfrenta el joven, no respecto del sistema penal, sino frente a otros ámbitos sancionatorios coactivos. La capacidad del adolescente para responder no es negada, como se ve, sino limitada a un sistema en el que la exigencia es diferente, porque supone criterios diferentes, a la del sistema penal.

En la perspectiva de Mary Beloff, es justo el reconocimiento de que los adolescentes tienen derechos el que permite exigir responsabilidades. Para esta autora, "... la idea de reponsabilidad en los adolescentes es central desde la perspectiva de su integración social, porque difícilmente alguien puede constituirse como ciudadano pleno si no logra vincularse de alguna manera con sus actos y comprender el significado disvalioso que los delitos que comete tienen para la comunidad en la que vive" (*ibid*: 36).

Así tácitamente, el nuevo texto del Artículo 18 Constitucional acepta que a los adolescentes les cabe responsabilidad por los actos que transgreden las normas penales, aunque no como imputables frente al sistema penal, sino como responsables frente al sistema de justicia juvenil. Reconoce por tanto, de modo tácito, que el juicio de imputabilidad no discrimina en función de atributos de la persona, o de sus capacidades —pues, por lo demás, ello contravendría el Artículo 1° de la propia Constitución Federal—, sino de las interferencias que a su capacidad de respuesta producen los obstáculos que, en virtud de su especial posición dentro del sistema social, se imponen a la satisfacción plena de sus necesidades.

A partir del nuevo texto del Artículo 18 Constitucional, se infieren, por tanto, tres tipos de respuesta diferenciada, asociadas a tres decisiones de política criminal que el Estado Mexicano da en relación con la comisión de delitos: el sistema penal de adulto en el que se ha decidido que los adultos son imputables y responsables; el sistema de justicia juvenil, en el que se ha decidido que los adolescentes son inimputables y responsables; y un ámbito en el que se ha decidido que los niños son inimputables e irresponsables. Con ello, se plantea un escenario que permitirá, en los términos anotados más adelante, el desarrollo de leyes

de responsabilidad de adolescentes que realizan conductas tipificadas como delitos en la ley penal.

### 3.3 EL PROBLEMA DE LA DIFERENCIACIÓN SISTÉMICA. BASES PARA UNA LEY TIPO

Plantear la existencia de un ámbito diferenciado para la justicia de adolescentes que infringen leyes penales supone la necesidad de resolver una disyuntiva: ¿debe crearse para los adolescentes en conflicto con las leyes penales un sistema independiente o uno interdependiente respecto del sistema penal de adultos?

En opinión de quien esto escribe, la respuesta ideal supondría, para efectos de un control estricto de las garantías sustantivas, procesales y de ejecución, un sistema totalmente independiente, lo que implica un código de responsabilidad juvenil, un código procesal para adolescentes y, naturalmente, instituciones separadas destinadas al enjuiciamiento y sanción de adolescentes. Sin embargo, aunque en términos de seguridad jurídica ello supone la opción correcta, lo cierto es que, por razones de diversa índole, la mejor de las posibilidades radica en la construcción de un sistema interdependiente que, fijado claramente en los principios del garantismo penal, pueda interactuar con el sistema penal de adultos, en particular con los códigos penales y procesales, así como en lo que se refiere a las instituciones de procuración e impartición de justicia y eventualmente en las de ejecución de penas.

Desde luego, para que esta interdependencia no vulnere las garantías de los adolescentes, se hace necesario un diseño institucional estricto, fundado en una ley que, en esencia, es una norma destinada a la positivación de los principios que legitiman la intervención sancionatoria coactiva del Estado y que no son otra cosa que los que se expresan en las garantías constitucionales y en los derechos reconocidos por todos los ordenamientos que son aplicables a niños y adolescentes en el país. Ello significa que la ley debe constituir un límite a la aplicación de los códigos penales y procesales, y al ejercicio de los funcionarios que dentro de las diversas organizaciones del sistema penal –policías, agentes del ministerio público, jueces, magistrados y ejecutores de penas– tienen que ver con los adolescentes.

Por esa razón, la ley debe construirse en dos partes fundamentales: una parte dogmática, destinada a agotar los principios de política criminal y ético-jurídicos-sustantivos, procesales y de ejecución ; y una parte orgánica, destinada a desarrollar los criterios que crearán y normarán el funcionamiento del sistema de justicia juvenil, como una especie de subsistema dentro de las organizaciones de procuración e impartición de justicia y ejecución de penas destinadas a los adultos.

### 3.3.1 PARTE DOGMÁTICA

La parte dogmática está destinada a positivizar los principios de política criminal y ético-jurídicos que regirán la ley. En el lenguaje del garantismo, se trata del deber ser al que debe responder tanto la interpretación como la aplicación de los preceptos que la conforman pero, además, de toda otra disposición legal que tenga que ver con el ámbito de la justicia juvenil. En ese sentido, los principios de política criminal rigen el contexto de interpretación de la ley mientras que los principios ético-jurídicos rigen el de su aplicación.

Entre los primeros es necesario incluir de modo expreso el principio del *interés superior del niño* que exige que las normas contenidas en la ley deban ser interpretadas siempre para garantizar y nunca para restringir los derechos que para los adolescentes establecen los instrumentos de protección nacional e internacional de los derechos de este sector de la población. Deben incluirse dentro de éstos principios de política criminal, la *mínima intervención*, que debe quedar expresada en el limitado catálogo de posibilidades que permiten sujetar a un adolescente en los términos de la propia ley y como se ha dicho, no en aras del interés sobre el delito o su autor, sino de la evitación de intervenciones autoritarias; el de *subsidiariedad*, que debe atravesar todo el ordenamiento, garantizando que la sujeción a proceso, la sanción y la privación de libertad constituyan, en cada caso, la última entre las posibilidades que para resolver la situación del adolescente prevea la ley; el principio de *especialización*, que supone que toda persona que interviene en el sistema de justicia juvenil debe ser especialista en el trato con jóvenes pero, de modo fundamental, en el conocimiento del marco de protección de sus derechos; el de *celeridad procesal*, que exige a todas las autoridades involucradas una actuación expedita a favor de los adolescentes sujetos a

proceso; el de *flexibilidad*, que evita la rigidez de las decisiones y el formalismo en la aplicación de las normas. También debe incluirse el principio de *equidad*, que propone el mismo trato en todas aquellas circunstancias en las que puede haber discriminación; el de *protección integral*, que hace responsables a las autoridades de cualquier circunstancia que atente contra quien está siendo investigado, enjuiciado o sancionado y el principio de *reincorporación social*, que propone para las sanciones una orientación de prevención especial positiva, dirigida al momento en el que el joven sancionado volverá a su entorno social y familiar.

Como puede observarse, el apego irrestricto a estos principios otorga al sistema de justicia para adolescentes una perspectiva en la que el derecho penal es visto no sólo como un mecanismo que provee de criterios para sancionar con certeza a quien delinque sino, más allá, como un sistema destinado a proteger, en todo momento, los derechos de quien lo enfrenta.

Por su parte, los principios ético-jurídicos rigen la aplicación de la ley. Por principios ético-jurídicos hay que entender los límites que desde una perspectiva de validez centrada en los derechos humanos permiten legitimar el modelo, desde dentro de la racionalidad jurídica con la que funciona. Tales principios exigen el desarrollo de garantías que, como se expone enseguida, validan en los niveles sustantivo, procesal y de ejecución, el funcionamiento del sistema.

### 3.3.1.1 GARANTÍAS SUSTANTIVAS

A partir del reconocimiento de la calidad de sujeto del adolescente y de la capacidad para asumir una responsabilidad sobre sus actos, la ley debe afianzar el *principio de legalidad*, de modo tal que el criterio que legitima la intervención sea, precisamente, la comisión de conductas que transgredan una norma penal, con lo que se traza un límite claro entre los ámbitos punitivo y asistencial. Explícitamente, la ley debe prescribir que son sujetos de la misma quienes teniendo entre doce y dieciocho años hayan sido imputados por la comisión de un hecho tipificado como delito en la ley penal, con lo que se separa de una vez el sistema de límites al poder punitivo del Estado, que se activa justo con la presunción de haber cometido una conducta prohibida, del conjunto de servicios

que constituyen prestaciones públicas positivas exigibles al Estado —y que no pueden condicionarse ni al comportamiento, ni a la situación, ni a ninguna otra consideración acerca del menor, que son las que constituyen el denominado ámbito asistencial.

Vale decir que esta distinción no invalida en absoluto la obligación que el estado tiene de proteger y fomentar los servicios de asistencia social para los niños y adolescentes que así lo requieran, sino que ello se da de modo independiente al hecho de que queden sujetos o no al sistema de responsabilidad frente a la comisión de conductas tipificadas en leyes penales; de hecho, la ley debe establecer el deber de estas instituciones de ofrecer, a quien lo necesite, el apoyo al que tiene derecho en los términos de la legislación que sobre la materia rige en el Estado mexicano. Ello debe considerarse en dos niveles: en primer término, cuando el presunto responsable sea un niño o una niña que aún no cumple los doce años de edad —caso en el cual, como prevé el nuevo texto constitucional, no hay responsabilidad, ni imputabilidad— pero a juicio del Ministerio Público sus derechos se encuentran amenazados o violados, en cuyo caso un artículo específico tendrá que establecer la potestad de la autoridad ministerial para enviar al niño o niña a una institución de protección social, sea esta del Estado o privada. El segundo nivel, compatible con el primero, debe obligar a las instituciones del Estado con competencia en el ámbito de la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes a ofrecer asistencia social a quienes así lo requieran, sin que para ello importe que hayan quedado o no sujetos a proceso, teniendo en cuenta que, en todo caso, dicha atención debe ser voluntaria y acorde con las normas estatales, federales e internacionales en la materia. La intención de una disposición como esta es la de garantizar que toda persona que llegue al sistema de justicia juvenil, si no ha cumplido aún los 18 años de edad y en caso de requerirlo, tenga oportunidad de participar de estos programas sociales sin importar que esté o no sujeta a proceso; por lo demás, en tanto que se prevén procedimientos breves, si el adolescente no queda sujeto a una medida que lo impida, la ley debe anticipar que pueda seguir adelante, de manera voluntaria, con los programas sociales en los que participe; si queda sujeto a medida y ésta es compatible con los programas sociales, puede también seguir adelante con ellos; si, finalmente, la medida es incompatible, lo cual sucede sólo en los casos en que haya privación de libertad, el adolescente

deberá ser adscrito a programas específicos en los que se hagan valer sus derechos, incluidos, desde luego, los sociales.

Una característica fundamental del sistema de garantías sustantivas radica en la protección del principio de *retributividad*, que prevé que toda sanción prevista en la ley se siga necesariamente de la certeza de que quien la recibe lo hace porque se ha verificado durante el proceso que cometió un hecho prohibido por las leyes penales. Lo anterior evitará dos graves situaciones existentes hoy en el sistema tutelar: la primera relativa a la posibilidad de que al adolescente se le aplique una medida por haber cometido infracciones a reglamentos cívicos o a bandos gubernativos; la segunda, más grave aún, que se le aplique una medida *sólo* por estar en “situación de peligro”, sin que se requiera que haya actuado siquiera. Sin embargo, el carácter retributivo del sistema de justicia juvenil de ningún modo significa una renuncia a los fines de la *prevención especial positiva*, en el sentido exigido por el principio de reincorporación social. Sobre el particular cabe decir que se propone una definición garantista que hace de la finalidad de la sanción la posibilidad de otorgar una experiencia de legalidad al adolescente sancionado, con lo cual se buscan dos cosas: por una parte, evitar la instrumentalización del adolescente a través de su sujeción a un tratamiento de “adaptación social” que, además, resulta a todas luces contrafáctico; por la otra, se busca orientar las medidas hacia la consecución de un ambiente en el que prive la ley como mecanismo válido de convivencia armónica, en el que los derechos de todos se exijan y se respeten, y en el que todo ello funcione como base para el aprendizaje emocional de alternativas de solución de los conflictos fundadas en la educación para la paz y otros enfoque similares. Como se ve, no hay un abandono del tratamiento, sino más bien una reorientación que busca darle un contenido cívico y de cultura de legalidad al mismo, lo que implica aceptar que los adolescente que entran en conflicto con la ley son, en línea de principio, normales, que de su situación es corresponsable la sociedad y que lo menos que puede hacer la institución a la que llegan en tal situación es no empeorarla.

Por su parte, los principios de *materialidad* y *responsabilidad limitada* deben positivarse a través de disposiciones expresas que prohíban toda posibilidad de procesar a un adolescente por cometer actos que no producen un daño material, o bien de aquellos que poseen un carácter culposo o que implican la inobservancia de deberes de cuidado. Estos principios buscan que la justicia de adolescentes evite imputar a un

joven comportamientos que ocurren por accidente o por responsabilidad de un adulto, reconociendo las dificultades que formal y materialmente se presentan para dar a los adolescentes calidad de garante sobre bienes jurídicos en situaciones que escapan a su control, limitando, por tanto, la responsabilidad a los casos en que es evidente que el joven actuó sabiendo que causaría un daño.

Por su parte, el principio de *culpabilidad* debe ser garantizado con la previsión de derecho de acto, de modo tal que se prohíba que la responsabilidad se finque en los adolescentes con base en criterios no judiciales tales como la personalidad, la vulnerabilidad biológica, la temibilidad o la peligrosidad. El precepto que resguarda este principio debe garantizar que las decisiones que se tomen sobre el adolescente se ajusten estrictamente a su conducta, en tanto que ésta si constituye un elemento debatible y empíricamente comprobable y refutable.

Finalmente, la ley debe incorporar también el principio de *proporcionalidad*, que en los términos del nuevo Artículo 18 Constitucional, busca equilibrar el tipo y la intensidad de las sanciones con las conductas cometidas. En tanto que el modelo debe remitirse al Código Penal, es deseable que la ley defina de modo taxativo qué tipo de sanciones deben aplicarse en qué casos y por cuánto tiempo, para resolver el problema de la indeterminación de las medidas, presente en los modelos federal y tutelar hoy vigentes. En especial, ello debe ocurrir en los casos en que la medida que se tome implique la privación de libertad.

### 3.3.1.2. GARANTÍAS PROCESALES

El procedimiento en la justicia de adolescentes en los términos del modelo de garantías se rige por los principios de oportunidad, oralidad, inmediatez, celeridad, concentración, publicidad y contradicción.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Otros derechos procesales son desarrollados, por ejemplo, por J. Rodríguez (2003). Entre ellos destacan los relacionados con los principios de la doble instancia y de conexidad procesal, así como aspectos relacionados con la estructura del proceso, en los que se incluyen problemas relacionados con la indagación premilitar, las medidas cautelares, la flagrancia, las pruebas, los traslados, las audiencias, sentencias, cesación de los procedimientos y autoría y participación. La mayoría de estos aspectos han sido desarrollados en la propuesta de ley tipo, que constituye un subproducto de esta investigación, y que ha sido la base para las

El *principio de oportunidad* supone la posibilidad de resolver ante el Ministerio Público el conflicto que da origen a su intervención, con el pleno compromiso del adolescente y la plena satisfacción de la víctima. En el sentido de los principios de mínima intervención y de subsidiariedad, el de oportunidad privilegia la posibilidad de generar arreglos entre la víctima y el adolescente imputado con miras a resolver el conflicto, lo que desde el punto de vista filosófico limita las posibilidades del fundamentalismo penal, y desde el material coadyuva a la funcionalidad del sistema, y a que el proceso y las medidas de sanción queden sólo para aquéllos casos más graves. De hecho, en caso de haberse iniciado el proceso, la ley deberá prever el predominio, durante toda esta fase, de oportunidades diversas que se ofrezcan al juez para evitar el juicio a través de la instauración de un modelo de justicia restaurativa en la mayoría de las hipótesis en que el sistema interviene. Más allá, este principio debe operar también una vez que ha sido inevitable enjuiciar y sancionar al adolescente, privilegiando las medidas en libertad por sobre aquéllas otras que suponen restringirla, sin que ello obste para que, una vez impuesta una medida que restringe o priva de la libertad a un adolescente, ésta pueda ser revisada, modificada o sustituida por una menos lesiva.

Los demás principios procesales funcionan como legitimadores del proceso. La *oralidad* evita el anquilosamiento que producen los sistemas escritos, agilizando los alegatos e, indirectamente, especializándoles en la medida en que la confrontación oral exige mejores argumentos. Este principio redundará también en la agilización de las sentencias y eventualmente permitirá la creación de documentos más breves y claros. El principio de *concentración* busca dar celeridad al proceso, evitando juicios largos; la ley debe exigir, en este sentido, que el juicio se solvente en una sola audiencia, de modo que ello redunde en la exigencia a las partes de una mejor preparación de sus alegatos y del desahogo de pruebas. Por su parte, el principio de *publicidad* funciona como una garantía de transparencia que evita que las audiencias tengan lugar en privado; cabe mencionar, sin embargo, que dada la necesidad de proteger la identidad de los adolescentes sometidos a proceso, la ley debe dejar a salvo el derecho que tiene el adolescente de que la audiencia se lleve a cabo en privado, lo que puede solicitar por sí mismo o a través de su abogado.

---

iniciativas de ley que han sido enunciadas más arriba. Un amplio desarrollo de la temática procesal en materia de adolescentes puede verse en Sala i Donado (2002).

Finalmente, el principio de *contradicción* protege a los actores del proceso del predominio de una de las partes en relación con quien juzga. El principio de contradicción debe positivarse en la ley, de modo que afirme la igualdad de armas entre la acusación y la defensa, la imparcialidad del juez y el apego a criterios racionales de argumentación para legítimamente “vencer en juicio” a la contraparte. La contradicción debe suponer también la posibilidad de revisiones y recursos, y desde luego, es aplicable también al ámbito de la ejecución.

### 3.3.2 PARTE ORGÁNICA

Una condición fundamental para que el sistema funcione adecuadamente la constituye la presencia de un sistema de garantías orgánicas que afiance la posibilidad de la contradicción durante el proceso, mantenga separadas las funciones de los actores del sistema, y reguladas taxativamente sus interacciones, así como los límites que salvaguardan los derechos de los adolescentes. El modelo que se deriva de la propuesta constitucional, es uno en el que la acusación y la defensa contienden en igualdad de circunstancias, frente a un juez que es quien al final decide a partir de la verdad que emerge del propio proceso; de ahí que la separación entre juzgador y acusador sea fundamental. Como ha sido documentado en este reporte, en los modelos vigentes en México no existe esta separación, lo que produce problemas de independencia e imparcialidad en la defensa y en quien hace las veces de juez. Ello se debe a que todos los actores del sistema –incluido quien acusa en el sistema federal– pertenecen al mismo órgano. De ahí que la ley deba afianzar la existencia de una jurisdiccionalidad plena que quede a cargo, en atención al principio de unidad de la jurisdicción, del Poder Judicial, pues esa es la única forma de garantizar la terceridad del juzgador en el proceso y la independencia respecto del órgano de acusación.

Este principio de jurisdiccionalidad es llevado también a la ejecución, ámbito en el que deberá crearse la figura del Juez de ejecución, que se convierte en garante de los derechos de la víctima y del adolescente sancionado; con esta figura se resuelven los problemas de autoritarismo y decisionismo que surgen cuando el poder ejecutivo es el que se encarga de resolver los conflictos que surgen durante la ejecución de las medidas.

Debe quedar por tanto legalmente establecido, que el ejecutivo, a través de los órganos de ejecución, se encarga sólo de administrar la medida y que es el poder judicial el que debe resolver cualquier situación que impacte en la ejecución, incluida, desde luego, la posibilidad de modificación de las medidas.

Por otro lado, vale decir que se hace necesario exigir también, explícitamente en la ley, el requisito de argumentación jurídica en todos los casos en que esté implicada una decisión que puede afectar los derechos del adolescente responsable o de la víctima, exigiendo al Ministerio Público, a la defensa, y de modo especial a los jueces de la causa y de ejecución, que en sus actuaciones desarrollen los argumentos que justifiquen sus decisiones. Con ello se pretende controlar la discrecionalidad, en función de la garantía de imparcialidad que supone la exterioridad respecto de los intereses de las otras partes en el proceso.

### 3.3.2.1 GARANTÍAS EN LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS

Para ser congruentes con la orientación garantista de todo el sistema, la ley debe establecer claramente también, las garantías que rigen la ejecución de las medidas. Desde luego, son del todo pertinentes las garantías sustantivas, procesales y orgánicas que hayan sido establecidas a lo largo de la ley pero, además, es importante que se establezcan obligaciones específicas para que las condiciones en las que se ejecutan las medidas sean convergentes con el modelo. Por su naturaleza, la positivación de estas garantías de la ejecución es pertinente en un reglamento de ejecución de medidas; sin embargo, por la importancia que revisten, es importante que la ley enuncie los principios y los términos en que habrán de redactarse los reglamentos. En síntesis, de lo que se trata, es de evitar que la práctica de la ejecución contradiga o anule el resto de las garantías del modelo. La idea es trazar, desde la ley, un límite a las posibilidades de intervención sobre los adolescentes, con motivo de la imposición de medidas que impacten en el trato, el tratamiento, el régimen disciplinar y la relación entre las distintas autoridades que participan en esta fase, así como con el adolescente y su defensa.

En este sentido, debe explicitarse la validez de los principios sustantivos, y enfatizarse que están destinados a evitar: 1) que durante la

ejecución se impongan medidas adicionales a las que el juez determinó; 2) que las conductas que se consideran faltas en los centros de internamiento estén taxativamente establecidas en el reglamento; 3) que las sanciones por tales conductas se basen en los actos cometidos y no en consideraciones subjetivas sobre el autor; 4) que las sanciones estén vinculadas a conductas específicas, y que su intensidad y duración, junto con la relación de vinculación, estén predeterminadas en el reglamento; 5) que el régimen de ejecución esté claramente establecido en un plan de ejecución, en el que se precisen detalles que contribuyan a dar certeza a la ejecución de la medida –horarios, lugares, personas, inicio y terminación de la medida, criterios de evaluación, autoridades involucradas... –, y en especial, para las medidas que implican privación de libertad, debe preverse en el reglamento un apartado especial destinado a regular con toda precisión los derechos de los adolescentes y la prohibición expresa de que, con motivo de la imposición de medidas disciplinarias o cualesquiera otras razones, estos derechos sean limitados o vulnerados; ello vale para las visitas familiares –y, en su caso, conyugales–, la instrucción educativa, la capacitación laboral, la salud, la alimentación, la intimidad, la integridad personal, la estancia digna y segura, y el resto de los derechos fundamentales de la infancia y adolescencia protegidos por el régimen constitucional.

Debe quedar claro también que los principios procesales y las garantías orgánicas son aplicables a todas las situaciones en las que se presente un conflicto entre la institución de ejecución y los derechos de los adolescentes, de modo que la ley debe prever que los reglamentos desarrollen procedimientos y recursos especiales para la solución de conflictos con motivo de la comisión de faltas reglamentarias, la imposición de sanciones y, desde luego, cualquier cambio en la situación jurídica de los adolescentes, de modo que la atención de estos conflictos sea materia de los jueces de ejecución.

En conjunto, todos los principios mencionados se articulan sistémicamente, como se ve, otorgando coherencia y certidumbre a la totalidad de los actos que el propio sistema involucra, e incluso, generando criterios para la decisión en clave garantista de aquellas situaciones no previstas. El desarrollo de estos principios a lo largo de la ley es el que dará a dicho instrumento normativo la condición de límite, que la convierte, en efecto, en referente para la aplicación e interpretación del sistema. Sin embargo, aún quedan por resolver al menos dos problemas más: el primero

relacionado con el debate entablado, en especial desde el tutelarismo, por el tratamiento; el segundo, referido al diseño institucional del sistema.

### 3.4 EL PROBLEMA DEL TRATAMIENTO

El concepto “tratamiento” tiene su principal antecedente en los modelos médicos; en el campo jurídico, ha sido traído por la criminología clínica y por otras aproximaciones allanadas al paradigma del positivismo científico. El concepto, por tanto, no es neutral sino que responde a una cierta ideología que en el campo de los sistemas penales y pre-penales se ha expresado en el peligrosismo, y en las concepciones dominantes en el campo de la prevención especial positiva, asociadas a lo que algunos autores llaman “ideologías *re*” -re-adaptación, re-socialización, re-personalización, re-integración, re-incorporación. Existe una basta literatura sobre el sustrato ideológico de estos modelos, de modo que sólo es pertinente recordar que, en todo caso, conciben al autor de hechos delincuenciales como un desviado respecto de parámetros de normalidad que, según la aproximación teórica de quienes usan tal categoría, está referida a la biología, la psicología del delincuente, o bien a su comportamiento social. Huelga abundar en los efectos discriminatorios que tales concepciones tienen, especialmente cuando se los refiere a niños o adolescentes. De todos los conceptos mencionados, el único que puede ser descontextualizado respecto de la ideología positivista y reconducido al marco de derechos es el de re-incorporación, siempre que se lo entienda, como se ha hecho en este documento, como el regreso a su entorno de quien fuera extraído de éste con motivo de una sanción que lo privó de la libertad. El momento del regreso a la comunidad de quien ha estado interno es un hecho que tarde o temprano ocurrirá y, por tanto, impone una obligación clara para quien es responsable de la privación de libertad: esa obligación radica en que dicho regreso se de en condiciones en las que la vulnerabilidad de los derechos de los adolescentes sea menor —o por lo menos que no sea mayor— que aquélla que se registraba para éste cuando fue sustraído de su comunidad. Lo anterior impone un deber para los órganos de ejecución de medidas, que requiere de saberes técnicos especializados que sean capaces de transformar la concepción positivista del tratamiento en un ejercicio destinado a brindar al adolescente que es sujeto de una medida, una experiencia de

legalidad, con miras a la construcción de ciudadanos responsables. La lógica de esta propuesta supone replantear el problema y reorientar su solución: replantearlo significa colocar el problema del delito en el ámbito de la responsabilidad frente a los derechos de los otros, y no como hace el positivismo, en la peligrosidad de los autores; reorientar la solución supone, por tanto, coadyuvar en la restauración de las condiciones que permitan construir esa responsabilidad en el seno de una cultura de derechos, y no como hace el positivismo, en la readaptación del infractor.

Desde esta perspectiva, la noción de tratamiento se torna funcional a los derechos y no se opone al modelo de las garantías, porque al tiempo que propone criterios para construir al adolescente como ciudadano, debe controlar también que las circunstancias de la ejecución no se opongan a este fin —por ejemplo, vigilando, controlando y resolviendo la aparición de fenómenos de ilegalidad durante la ejecución, especialmente cuando hay privación de libertad—. Sin embargo, dado que los criterios de un tratamiento así concebido en los hechos pueden extraviarse de nuevo hacia la psicología, la sociología o la pedagogía, la ley debe incorporar disposiciones que permitan separar los ámbitos jurídico y técnico, otorgando a éste último relevancia en todos aquéllos momentos en que una decisión técnica es necesaria, pero siempre en los márgenes de la protección jurídica de los derechos humanos de la persona en que recae tal decisión.

El tratamiento debe seguir en manos de personal técnico y de hecho, en esta perspectiva, resulta notoriamente ampliado: no sólo está destinado a proponer el Plan Individual de Ejecución para los adolescentes sancionados, sino que le corresponde además: 1) resolver todos los problemas que en ese campo se presentan al juez, por ejemplo, a la hora de determinar los efectos que determinada medida pueden tener sobre el adolescente en el que recae la pertinencia de unos contenidos sobre otros; y 2) supervisar desde una perspectiva técnica las condiciones de ejecución de las medidas, lo que en principio redundará en la identificación de problemas que se deriven de las propias medidas: abusos de poder, creación de grupos de poder entre los adolescentes privados de la libertad, consumo y venta de drogas, así como presencia de otros mercados ilegales, violencia y otros problemas que estructural o fácticamente vulneran los derechos de los adolescentes institucionalizados.

### 3. 5 EL PROBLEMA DEL DISEÑO ORGANIZACIONAL

Finalmente, queda el problema del diseño organizacional. Un sistema que difiere sustancialmente del vigente requiere de la abolición de aquellas organizaciones que ya no serán funcionales al nuevo sistema, así como de la creación de otras organizaciones que abreven su legitimidad de origen en la propia reforma legal; pero además se requiere de dispositivos que permitan controlar la legitimidad de ejercicio una vez que estas organizaciones estén funcionado. Aunque el rediseño del sistema desde el punto de vista de la organización es materia de la siguiente fase de la investigación, cabe comentar que en torno a este tema hay al menos dos aspectos que deben estar claramente regulados en la ley: la interdependencia entre las organizaciones del sistema penal de adultos y el sistema de justicia para adolescentes, y los criterios para la formación inicial, continúa y de actualización de los funcionarios que conformen las nuevas organizaciones.

Sobre el primer aspecto, cada Estado, desde luego, optará por el diseño organizacional que mejor se adecue a su realidad y presupuestos, pero en todo caso, debe quedar claro que los funcionarios que formen parte del sistema de justicia para adolescentes deben constituir, aún dentro de las instancias del sistema penal de adultos, organizaciones independientes, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional.

Deberá crearse una jurisdicción especial, con juzgados y tribunales separados de la jurisdicción de adultos, que sólo vean casos relacionados con adolescentes y estén conformados por jueces y magistrados también especializados. Deberá crearse una o más agencias del Ministerio Público con agentes destinados de forma exclusiva a la persecución de conductas cometidas por adolescentes; y deberá crearse también un cuerpo de defensores que, asignados a la Defensoría de Oficio, se ocupen únicamente de casos en los que estén involucrados adolescentes.

Aún cuando no se crean nuevas instituciones, al Ministerio Público, el Poder Judicial y la Defensoría de Oficio, se agregan instancias que sólo tienen dependencia con éstos órganos desde el punto de vista administrativo; de modo que los derechos y las condiciones laborales de los agentes del MP, los jueces, los magistrados y los defensores para adolescentes no son diferentes a las de sus colegas destinados al sistema de adultos. Quedan sujetos también al mismo régimen de prestaciones y de responsabilidades.

En lo que se refiere al segundo aspecto, es muy importante garantizar que la especialización de los funcionarios del sistema tenga una base sólida en la formación de cuadros expertos, prioritariamente en el conocimiento pleno del sistema de derechos de los adolescentes; enseguida, que el propio sistema permita la reproducción de la ideología del modelo y la limitación de inercias que afecten su legitimidad.

#### 4. PROSPECTIVA

Cabe comentar que a la fecha hay cuatro iniciativas de ley que en el nivel federal se han presentado para concretar la reforma legal a la que se ha aludido en este documento; de ellas, una resulta del todo distante respecto del espíritu del nuevo texto del Artículo 18 Constitucional. Las otras tres son muy similares, aunque sólo dos de ellas desarrollan con detalle suficiente los criterios para formalizar el nuevo sistema que se requiere. A la fecha, el Senado de la República y la Cámara de Diputados, trabajando en conferencia, han decidido que, conjuntamente, el Instituto Nacional de Ciencias Penales y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia preparen un dictamen sobre estas iniciativas y presenten una propuesta de ley que las retome, que amalgame sus virtudes y supere sus límites. Mientras esta ponencia se está escribiendo, un equipo de trabajo ya elabora el dictamen y se espera que en fechas próximas el nuevo proyecto de ley sea presentado al pleno en ambas cámaras.

BIBLIOGRAFÍA

Azzolini Bincaz, A. “Los derechos humanos de los menores: el menor frente al derecho penal”, en *Alegatos*, México, núm. 33, mayo-agosto de 1996, pp. 313-320.

Beloff, M. “Los jóvenes y el delito: la responsabilidad es la clave”, en *Bien Común*, año XI, núm. 124, abril de 2005, pp. 35-37.

Bustos, J. “Imputabilidad y edad penal”, en [www.iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/inimputabilidad\\_y\\_edad\\_penal.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/inimputabilidad_y_edad_penal.pdf).

Ferrajoli, L. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995.

\_\_\_\_\_. “Infancia, Ley y democracia en América Latina”, en 1er. Curso Latinoamericano de la Niñez y la Adolescencia: Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999.

\_\_\_\_\_. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2002.

García Méndez, E. *Infancia y adolescencia. De los derechos y de la justicia*, Fontamara, México, 2001, 2ª ed.

González Vidaurri, A. y Sánchez Sandoval, A. “Algunos aspectos sobre la constitucionalidad de la ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal”, en AA.VV. *Los menores ante el sistema de justicia*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995.

Moro, J. *El poder de la definición del problema en la elaboración de las políticas públicas: los menores en la agenda de gobierno*, tesis de Maestría en Políticas Públicas, FLACSO, México, 1996.

Pinto, G. “Recepción de la CDN en el sistema normativo mexicano. Diagnóstico jurídico y propuesta para su adecuación sustancial”, Serie documentos de trabajo, núm. 1, México, 2000.

Rodríguez Torres, J.C. “Principios, derechos y garantías del proceso penal que se sigue contra el menor”, en G. Cataño (coord.). *Teoría e investigación en sociología jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 291-323.

Solís Quiroga, H. *Justicia de menores*, INACIPE, México, 1980.

Sala i Donado, C. *Proceso penal de menores: especialidades derivadas del*

*interés de los menores y opciones de política criminal*, tesis Doctoral, Universitat de Girona, Girona, 2002.

Tiffer, C. *Justicia juvenil. Instrumentos internacionales de Naciones Unidas y la experiencia de Costa Rica*, Serie documentos de trabajo, núm. 2, UNICEF, México, 2001.

\_\_\_\_\_. *Implementación para reforma y contenidos de una ley de responsabilidad penal juvenil*, Serie documentos de trabajo, núm. 6, UNICEF, México, 2002.