

Miguel CARBONELL

I. Introducción	1
II. Problemas de titularidad de derechos	2
III. La protección constitucional de los menores	5
IV. Restricción de derechos por la minoridad	9
V. Los menores en el derecho mexicano y en el derecho internacional	11
VI. La Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre condición jurídica y derechos humanos del niño	24
VII. El artículo 18 constitucional y la justicia para adolescentes	31

CONSTITUCIÓN Y MENORES DE EDAD

Miguel CARBONELL

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos de los menores han sido incorporados de manera reciente a los textos constitucionales. Tradicionalmente, el tema de los menores de edad se ha ubicado en el terreno del derecho privado, ya que su regulación estaba incluida en las disposiciones del derecho civil. De hecho, aunque en términos generales la legislación sobre menores comienza a surgir a principios del siglo XX, no es sino hasta hace pocos años cuando el tema alcanza rango constitucional.

La regulación de los menores y de sus derechos por el ordenamiento jurídico tiene que ver con dos importantes procesos que han marcado el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo: por un lado, el proceso por medio del cual se han ido *constitucionalizando* cada vez más parcelas de la vida humana, en la medida en que los textos constitucionales han dejado de contener simplemente la regulación de los poderes públicos; por otro lado, el proceso de especificación de los derechos, gracias al cual los textos constitucionales ya no consideran a los sujetos de los derechos en forma abstracta (tratando como sujetos a “la persona” o “al ciudadano”, por ejemplo) sino que toman en cuenta los distintos roles o características que las personas asumen o desarrollan en su vida, a fin de lograr una mejor protección.

En términos históricos, puede decirse que los derechos de los menores comienzan a ser reconocidos cuando la infancia como categoría adquiere importancia; no es sino hasta bien entrado el siglo

XVII en que surge el concepto de infancia, tal como se lo entiende hoy en día. Antes de eso la infancia no existía, de forma que las personas pasaban de una etapa de estricta dependencia física al mundo de los adultos.¹

El descubrimiento del concepto de niñez y la tutela de los derechos de los menores están animados por una mezcla de vergüenza y necesidad de orden. Por un lado, la vergüenza de saber las condiciones en que los menores eran tratados, particularmente en el ámbito de la represión penal; por otro lado, la necesidad de poner orden en la organización social, de forma que la niñez se pudiera prolongar a través de la escuela, que junto con la familia, era la institución encargada de mantener la separación entre el mundo de los menores y el mundo de los adultos.²

Si es verdad que los derechos son, en palabras de Ferrajoli, las “leyes del más débil”, el sujeto por naturaleza de tales derechos deben ser los niños, en tanto que son los miembros de la comunidad que se encuentran en una situación de extraordinaria debilidad y necesitan una serie de cuidados y protecciones adicionales a las que tienen los adultos. Los derechos de los niños se concretan en diversos contenidos constitucionales: educación, salud, prohibición de trabajo a ciertas edades, creación de procedimientos judiciales y de sanciones específicas para los menores, etcétera.

II. PROBLEMAS DE TITULARIDAD DE DERECHOS

Para poder comprender el régimen de la justicia para los menores, es necesario reparar en un aspecto de la teoría general de los derechos fundamentales; en concreto, se trata de revisar el te-

1 García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México, Fontamara, 1999, p. 38. El libro clásico sobre la concepción de la infancia (en el que se explica la “invención” del concepto de infancia) es el de Ariés, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, México, Taurus, 2001 (la edición original francesa es de 1973).

2 García Méndez, Emilio, *op. cit.*, nota precedente, p. 38.

ma de los sujetos de dichos derechos. Esto es muy relevante ya que, como es obvio, el menor de edad es ante todo persona y como tal portador de la misma dignidad humana que los mayores de edad y titular de los derechos que para todos establece la Constitución.³

Con respecto a la titularidad de los derechos fundamentales por parte de los menores, hay que considerar los siguientes puntos:

A) En primer lugar, la mayoría de los derechos que establece la Constitución mexicana protegen a “toda persona” o a “todo individuo”; en estos casos, sobra decir que los menores son también titulares de estos derechos en tanto que son personas. Como señala Aláez,⁴

Si el *objeto* de los derechos fundamentales hace referencia al ámbito de libertad que trata de garantizar el tratamiento normativo en que aquéllos consisten, no se puede negar que éste es el mismo durante la minoría y la mayoría de edad del individuo, y lo único que varía son las circunstancias personales en las que éste se encuentra. Por ello, el derecho a la vida y la integridad física, la libertad ideológica y de conciencia, la libertad personal, la intimidad y la propia imagen, la libertad de reunión y manifestación, la libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión y creación artística, la libertad de asociación, la tutela judicial efectiva, o la educación, por citar algunos de ellos, constituyen los ámbitos de libertad a través de los cuales el individuo se autodetermina y se autorrepresenta.

B) En segundo lugar, el artículo 1o. constitucional en su párrafo tercero establece la prohibición de discriminar por razón de edad, lo cual nos hace suponer que la no asignación o negación de la titularidad de un derecho fundamental a una persona por el hecho de ser menor de edad es algo que solamente la Constitución puede hacer y que si lo hiciera el legislador sería inconstitucional.

3 Al respecto, Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 21 y 22.

4 *Ibidem*, pp. 173 y 174.

C) Hay algunas referencias a la edad en varias partes de la Constitución; por ejemplo, en el artículo 34 se establece la edad a partir de la cual se adquiere la “ciudadanía” (18 años); el ser ciudadano es un requisito para poder ejercer los derechos de carácter político-electoral, como el derecho de sufragio activo (artículo 35 fracción I constitucional). También el artículo 123 de la carta magna hace referencia a la edad, al señalar en la fracción III de su apartado A que “Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años. Los mayores de esta edad y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas”. Como se puede ver, la Constitución establece ciertos límites por razón de edad para ser titular de los correspondientes derechos.

D) En otras disposiciones constitucionales, la edad figura como un requisito para poder desempeñar algunos puestos públicos; por ejemplo, para ser diputado se requiere haber cumplido 21 años (artículo 55 fracción II constitucional), para ser senador se requiere haber cumplido 25 años (artículo 58), para ser presidente de la República se requiere tener 35 años (artículo 82 fracción II), que es la misma edad que la Constitución exige para ser ministro de la Suprema Corte (artículo 95 fracción II).

E) Hay algunos derechos que aunque no están circunscritos exclusivamente a los menores, se dirigen a ellos de forma primordial; tal es el caso del derecho a la educación, con todas las especificaciones que marca el artículo 3o. constitucional y el correspondiente deber de completar la educación preescolar, primaria y secundaria que impone el mismo precepto y que repite el artículo 31 de la propia Constitución.

F) En orden a que, como se verá en seguida, la Constitución establece un sistema mixto de protección de los menores, la legislación ordinaria puede, en algunos casos, restringir no la titularidad, pero sí la capacidad de ejercicio que el menor tiene respecto a sus derechos fundamentales, de forma que en ciertos supuestos esos derechos sean ejercidos en nombre y representación del menor por otros sujetos.

En síntesis, podemos decir que la regla general es que siempre que el texto constitucional atribuya un derecho a todas las personas, debemos entender que la titularidad del mismo corresponde también a los menores, sin distinción alguna. Por excepción, el propio texto constitucional puede imponer como requisito para ser titular de un derecho, alcanzar cierta edad (es el caso del derecho al trabajo o el derecho de sufragio, ya mencionados). En otros casos, la edad puede configurarse como requisito para desempeñar ciertos cargos y en este sentido la edad puede ser un factor de diferenciación entre dos o más personas. Finalmente, la titularidad de un derecho por parte del menor no asegura de forma automática su ejercicio directo por el mismo menor, ya que la capacidad de goce del derecho (su titularidad) no equivale a su capacidad de ejercicio (traducible, por ejemplo, en la posibilidad de plantear ante los tribunales una acción para reparar la violación de un derecho).

III. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS MENORES

En México, los últimos párrafos del artículo 4o. constitucional, del sexto al octavo, contienen diversas disposiciones sobre el régimen constitucional de los menores. En ellos se establecen obligaciones para los padres y para el Estado, en orden a garantizar la satisfacción de las necesidades, la salud física y moral; la educación, el sano esparcimiento, etcétera, de las niñas y los niños. Su texto es el siguiente:

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Estos últimos tres párrafos del artículo 4o., en su redacción actual, son producto de una reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de abril de 2000.

Como se puede apreciar con su simple lectura, el sexto párrafo establece una serie de derechos para “los niños y las niñas”: alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Varios de estos derechos ya estaban previstos en el propio artículo 4o. (como la salud) o en otros artículos constitucionales (en el artículo 3o. la educación) como derechos asignados a todas las personas, por lo que este párrafo parece agregar más bien poco, aunque precisa el objeto y la finalidad de dichos derechos: el desarrollo integral de los menores, concepto que como luego veremos se concreta en un conjunto de disposiciones legislativas destinadas a su consecución de forma integral, proyectándose tanto en el ámbito laboral, como en el educativo y familiar.

La obligación correspondiente a lo dispuesto por ese párrafo, según entiendo, corre *prima facie* a cargo de los adultos que tienen a los menores bajo su resguardo; esto no obsta para señalar que también las instituciones públicas tienen deberes positivos en esta materia, pues deberán legislar e implementar políticas públicas que protejan y hagan realidad las prerrogativas mencionadas. El Poder Judicial también deberá velar, dentro del ámbito de sus competencias, por hacer realidad estos derechos; particularmente, asegurándolos en los procesos jurisdiccionales en que aquéllos sean parte o en los que les reporten algún posible perjuicio. De hecho, en el párrafo siguiente del mismo artículo 4o. —el séptimo— se señala como obligados a “preservar” esos derechos a los ascendientes, tutores y custodios; para propiciar lo anterior, el Estado proveerá lo necesario para el ejercicio pleno de los derechos de los niños y para el respeto de su dignidad. Es decir, la obligación la tienen en primer lugar los ascendientes, tutores y custodios y de forma subsidiaria el Estado. A la misma conclusión llega Benito Aláez respecto al sistema constitucional español cuando señala que

Los padres son los destinatarios, en primer término, de las obligaciones y facultades legales, a través de los cuales se garantiza el correcto desarrollo del proceso evolutivo del menor... y al Estado sólo le corresponde una función supervisora y aseguradora de que los padres o, en su defecto, las instituciones tutelares cumplan adecuadamente aquella función constitucional.⁵

El último párrafo del artículo 4o. aparentemente se encarga de repetir lo que ya se dijo en el anterior: que el Estado otorgará facilidades a los particulares para que “coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”. Extraña un poco que este párrafo le asigne a los particulares tal “coadyuvancia”, pues en el párrafo anterior les había impuesto no ese papel, sino el de los directamente obligados, pues particulares y no otra cosa son los padres, tutores y custodios. Quizá de lo que se trate con este párrafo es de poner de manifiesto la responsabilidad colectiva que tenemos todos como sociedad en el cuidado de la niñez y en el aseguramiento de sus derechos.

El hecho de que los sujetos de las obligaciones que contienen los párrafos mencionados sean múltiples (la Constitución menciona al Estado, a los ascendientes, a los tutores, a los custodios y a los particulares en general) enfatiza el esfuerzo social que se debe hacer para preservar los derechos de los menores. Esta parte del artículo 4o. debe leerse junto con la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de enero de 1991),⁶ que han firmado y ratificado más de 190 Estados del planeta y a la que más adelante nos referiremos con algún detenimiento.

Del panorama que muy brevemente se acaba de trazar se desprende el hecho de que los menores son titulares de los derechos

⁵ *Ibidem*, p. 68.

⁶ Consultable en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Porrúa-CNDH, 2003, t. I, pp. 119-143.

fundamentales que la Constitución atribuye a todas las personas, pero que además el propio texto constitucional prevé mecanismos y obligaciones especiales para lograr el desarrollo integral de los menores, para lo cual se enlistan una serie de sujetos obligados. De esta forma podría decirse que el menor de edad es por un lado sujeto de una autoprotección establecida por la titularidad de los derechos y de una heteroprotección determinada por las obligaciones de los mencionados sujetos en relación con los menores.⁷

Hasta antes de la reforma al artículo 18 constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de diciembre de 2005, se solía plantear la duda acerca de otra cuestión de orden general referida a los derechos de los menores; nos referimos a la determinación de los sujetos a los que protegen los derechos de los menores, o en otras palabras, la determinación de quiénes son menores; en la Constitución no encontrábamos resuelta con toda claridad esa duda, ya que aunque el texto hacía varias menciones de la edad (que ya se han analizado en los párrafos precedentes), no lo establecía en alguno de sus artículos.⁸ No podía tomarse sin más como único criterio lo establecido en el artículo 34 para adquirir la ciudadanía puesto que en otros países la mayoría de edad y los derechos de ciudadanía no se alcanzan conjuntamente. Lo que está diciendo el artículo 34 es que para ser ciudadano se tiene que tener más de 18 años, pero ¿también para ser mayor de edad? ¿Podría el legislador diferenciar ambos conceptos y decir que son mayores de edad los que tengan más de 14 años?

Para resolver estas dudas (cuya respuesta tiene importantes repercusiones prácticas, por ejemplo en materia penal, como vere-

7 Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., nota 3, pp. 41 y 59.

8 Una de las conclusiones del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, celebrado en la ciudad de México entre el 6 y el 9 de febrero de 2001, fue la siguiente: "Establecer en el texto constitucional el límite de la minoría de edad"; todas las conclusiones del Congreso pueden verse en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2001, t. III, pp. 265-271.

mos más adelante), conviene acudir en primer término a los instrumentos internacionales de derechos humanos; concretamente a la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, cuyo artículo 1o. establece: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Lo que nos dice la Convención es que a los 18 años se alcanza la mayoría de edad como regla general, aunque la ley que le sea aplicable a una persona puede considerar otra edad anterior. Ahora bien, para que esa ley pueda determinar una edad inferior en la que se alcance la mayoría de edad (por ejemplo 14 o 16 años) el legislador tendrá que justificar la necesidad de esa medida, su proporcionalidad —ya que se trata de una medida restrictiva de derechos fundamentales— y que con ella no se violenta el objeto general de la Convención, que es proteger los mejores intereses del niño.

De todas formas, junto con la Convención hay que pensar que a partir de la mencionada reforma constitucional del 8 de diciembre de 2005, al menos para efecto de su responsabilidad penal, se consideran como menores de edad a quienes no hayan cumplido 18 años. De esa manera México se suma a la postura recogida por la Convención (es decir, cumple con uno de sus mandatos) y además se integra en una firme corriente del derecho internacional de los derechos humanos, que sugiere no tener como mayores de edad a quienes todavía no han cumplido 18 años.

IV. RESTRICCIÓN DE DERECHOS POR LA MINORIDAD

De lo dicho hasta aquí podemos concluir que contamos con ciertos elementos para comprender la forma en que la Constitución trata a los menores (autoprotección por un lado y heteroprotección por otro) y el criterio para determinar quiénes lo son. Sin embargo, queda un aspecto importante por mencionar. Se trata del tema, ya apuntado líneas arriba, de si el deber de cuidado que tienen los su-

jetos obligados por los derechos de los menores puede tener alguna repercusión no en la titularidad de los derechos fundamentales, sino en su ejercicio. La pregunta concreta sería si el legislador puede restringir la capacidad de ejercicio de los menores en relación a alguno o algunos de los derechos que les reconoce el texto constitucional. Es evidente que la respuesta a esta cuestión depende del tipo de derecho fundamental de que se trate; aquellos que sólo pueden ser ejercidos directamente por la persona no suscitan mayor discusión; tal es el caso de la libertad de conciencia, la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminado, el derecho a la educación, etcétera.⁹

El caso es distinto cuando se trata de los derechos fundamentales que pueden tener carácter patrimonial y cuando se trata de los derechos que sirven como cauces de tutela para otros derechos (es decir, el derecho de acudir ante los tribunales). Veamos cada caso.

En relación a los derechos que tienen o pueden tener bajo determinadas circunstancias contenido patrimonial (el derecho de propiedad, la capacidad general de realizar actos jurídicos de carácter mercantil, el derecho a la propia imagen, etcétera) habría que atender al grado de madurez del menor; en cualquier caso, el mandato de protección reforzada impone que sus intereses sean siempre tutelados, de forma que si un menor firma un contrato de compraventa en el que sus intereses salgan claramente perjudicados, dicho contrato podría ser declarado nulo. Ahora bien, si el menor tiene la madurez suficiente para realizar ciertos actos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales, la ley no puede impedirle o prohibirle que los lleve a cabo, ni le puede exigir que lo haga a través de un representante. Aláez cita los casos de un menor que contrata un seguro médico privado, cuando decide asociarse a

⁹ Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., nota 3, pp. 126 y 127.

un club de fútbol o a una organización política, o bien cuando decide celebrar un contrato de edición.¹⁰

Junto a esta posibilidad de autonomía del menor hay que considerar el deber de heteroprotección que impone el texto constitucional, de acuerdo con el cual los menores pueden ver condicionado el ejercicio de algunos derechos, que debe ser realizado por medio de algún representante. En caso de duda debe tomarse en cuenta que el ejercicio de un derecho requiere la voluntad de querer y entender el acto que se está realizando.

Esto es justamente lo que sucede en materia de ejercicio de acciones procesales en las que, como regla general, los menores deben estar representados, ya sea por sus familiares o bien por el Estado. En este caso el deber de heteroprotección alcanza mayor amplitud porque lo que está en juego es justamente la protección de algún derecho del menor.¹¹ Además, en estos casos también deberá tomarse en cuenta la madurez del menor, de forma que el legislador debería de prever que el inicio de ciertos procedimientos pudiera efectuarse por el menor, así como el derecho de los menores a exponer su propia postura dentro de un proceso judicial en el que se vean afectados sus intereses (por ejemplo en un proceso del orden de lo familiar).

V. LOS MENORES EN EL DERECHO MEXICANO Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El estudio del régimen jurídico de la Constitución sobre los menores debe completarse con dos instrumentos normativos de la mayor importancia: la ley reglamentaria del artículo 4o. en materia de menores (se trata de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el *Diario Oficial de la*

¹⁰ *Ibidem*, pp. 132 y 133.

¹¹ *Ibidem*, p. 136.

Federación del 29 de mayo de 2000), y la Convención de la ONU sobre los derechos del niño, a la que ya nos hemos referido.

La Ley desarrolla varios de los derechos contenidos en la Convención, creando también un mandato para las autoridades encargadas de la procuración de justicia a fin de que cuenten con personal capacitado para la efectiva observancia de los derechos recogidos en la misma Ley. La Ley distingue entre los niños y las niñas, por un lado, y los adolescentes, por otro; los primeros son todas las personas que tengan hasta doce años, mientras que los segundos son todas las personas que tengan entre 12 y 18 años.

Tal como lo hace el artículo 4o. constitucional, la Ley no solamente señala obligaciones a cargo de los poderes públicos, sino que también las establece para los ascendientes y tutores; por ejemplo, el artículo 11 de la Ley dispone que

Son obligaciones de madres, padres y de todas las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes:

A. Proporcionarles una vida digna, garantizarles la satisfacción de alimentación, así como el pleno y armónico desarrollo de su personalidad en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo.

Para los efectos de este precepto, la alimentación comprende esencialmente la satisfacción de las necesidades de comida, habitación, educación, vestido, asistencia en caso de enfermedad y recreación.

B. Protegerlos contra toda forma de maltrato, prejuicio, daño, agresión, abuso, trata y explotación. Lo anterior implica que la facultad que tienen quienes ejercen la patria potestad o la custodia de niñas, niños y adolescentes no podrán al ejercerla atentar contra su integridad física o mental ni actuar en menoscabo de su desarrollo.

Las normas dispondrán lo necesario para garantizar el cumplimiento de los deberes antes señalados. En todo caso, se preverán los procedimientos y la asistencia jurídica necesaria para asegurar que ascendientes, padres, tutores y responsables de niñas, niños y adolescentes cumplan con su deber de dar alimentos. Se establecerá en las leyes respectivas la responsabilidad penal para quienes incurran en abandono injustificado.

Las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus respectivas atribuciones, impulsarán la prestación de servicios de guardería, así como auxilio y apoyo a los ascendientes o tutores responsables que trabajen.

En el cumplimiento de esas obligaciones, la Ley involucra a las autoridades de todos los niveles de gobierno e incluso de los particulares que sin tener una responsabilidad directa sobre los menores guardan algún tipo de relación con ellos, como puede ser el caso de médicos, maestros, vecinos o trabajadores sociales. En este sentido el artículo 13 de la Ley señala que

A fin de garantizar el cumplimiento de los derechos establecidos en este capítulo, las leyes federales, del Distrito Federal y de las entidades federativas podrán disponer lo necesario para que se cumplan en todo el país:

A. Las obligaciones de ascendientes o tutores, o de cualquier persona que tenga a su cargo el cuidado de una niña, de un niño, o de un o una adolescente de protegerlo contra toda forma de abuso; tratarlo con respeto a su dignidad y a sus derechos; cuidarlo, atenderlo y orientarlo a fin de que conozca sus derechos, aprenda a defenderlos y a respetar los de las otras personas.

B. Para que el Estado, en los ámbitos federal, estatal y municipal pueda intervenir, con todos los medios legales necesarios, para evitar que se generen violaciones, particulares o generales del derecho de protección de niñas, niños y adolescentes. Especialmente se proveerá lo necesario para evitar que salgan del país sin que medie la autorización de sus padres, tutores o de un juez competente.

C. La obligación de familiares, vecinos, médicos, maestros, trabajadores sociales, servidores públicos, o cualesquiera persona, que tengan conocimiento de casos de niñas, niños o adolescentes que estén sufriendo la violación de los derechos consignados en esta Ley, en cualquiera de sus formas, de ponerlo en conocimiento inmediato de las autoridades competentes, de manera que pueda seguirse la investigación correspondiente.

En las escuelas o instituciones similares, los educadores o maestros serán responsables de evitar cualquier forma de maltrato, perjuicio,

daño, agresión, abuso o explotación, en contra de niñas, niños o adolescentes.

La Ley llama la atención sobre el papel que pueden jugar los medios de comunicación masiva en relación con los derechos de los menores de edad; en su artículo 43 establece lo siguiente:

Sin perjuicio de lo previsto en la normatividad aplicable a los medios de comunicación masiva, las autoridades federales, en el ámbito de sus competencias, procurarán verificar que éstos:

A. Difundan información y materiales que sean de interés social y cultural para niñas, niños y adolescentes, de conformidad con los objetivos de la educación que dispone el artículo 3o. de la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño.

B. Eviten la emisión de información contraria a los objetivos señalados y que sea perjudicial para su bienestar o contraria con los principios de paz, no discriminación y de respeto a todas las personas.

C. Difundan información y materiales que contribuyan a orientarlos en el ejercicio de sus derechos, les ayude a un sano desarrollo y a protegerse a sí mismos de peligros que puedan afectar a su vida o su salud.

D. Eviten la difusión o publicación de información en horarios de clasificación A, con contenidos perjudiciales para su formación, que promuevan la violencia o hagan apología del delito y la ausencia de valores.

E. Además, las autoridades vigilarán que se clasifiquen los espectáculos públicos, las películas, los programas de radio y televisión, los videos, los impresos y cualquier otra forma de comunicación o información que sea perjudicial para su bienestar o que atente contra su dignidad.

Por lo que hace a la Convención, vale la pena apuntar que es la que más países han ratificado de entre las declaraciones internacionales de derechos humanos. En ella se recogen varios derechos de libertad, económicos, sociales y culturales de los niños. Vale la

pena recordar, como ya se ha señalado, que el artículo 1o. define a los “niños” como todos los individuos menores de 18 años.

La Convención ha tenido un impacto significativo en las legislaciones nacionales sobre menores, dando origen a las leyes de “segunda generación”, inspiradas por una protección integral de los menores.¹² La Convención tiene entre sus múltiples méritos el de haber considerado a los menores como sujetos de derechos y no como objetos de la mera compasión social, además de haber producido un efecto sensibilizador con respecto a esos derechos, tanto en el nivel de la opinión pública como en el nivel de los especialistas, que han comenzado a examinar con mayor detalle las posibilidades jurídicas de protección de los menores.¹³

La Convención contiene tanto previsiones que por su carácter general ya estaban previstas en otros ordenamientos (no solamente para los menores sino para todas las personas), como otro tipo de disposiciones que fueron incluidas para proteger algunas peculiaridades de los menores, teniendo en cuenta el deber reforzado de protección que existe respecto de ellos. Interesa en este momento destacar los preceptos de la Convención que son especialmente aplicables a los menores.

Uno de los conceptos novedosos, que se repite en varias partes de la Convención y que supone la clave interpretativa de la misma y de las disposiciones internas sobre menores, lo constituye el denominado “interés superior del niño”, establecido en el artículo 3o. de la Convención, conforme al siguiente texto:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en

¹² García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, cit., nota 1, p. 29.

¹³ *Ibidem*, pp. 66 y 67.

cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Lo que nos viene a decir el precepto transcrito es que las autoridades deben tomar en cuenta que hay un interés superior que debe ser preservado: el del niño, y que debe imponerse siempre que entre en conflicto con otro tipo de intereses. El artículo 3o. de la Convención lo que establece es una especie de cláusula de prevalencia, por medio de la cual se declara que el interés del niño tendrá preferencia sobre los demás y deberá ser un objetivo a perseguir por particulares y autoridades: “La realización del interés del menor aparece, por tanto, como piedra angular de toda la regulación jurídica de la minoría de edad, y, en particular, de la que afecta a los derechos fundamentales”.¹⁴ El interés superior del niño deberá ser observado con mayor intensidad por quienes tienen a su cuidado al menor, es decir, los progenitores, tutores o custodios, los cuales deberán velar por ese interés en todas las facetas de la vida del menor; también deberán observarlo —en la esfera en que tengan competencia— los educadores, los jueces, la administración pública, etcétera. El concepto de interés superior de niño aparece además de en el artículo 3o. ya mencionado, en los artículos 9o., 18, 20, 21, 37 y 40 de la Convención.

Que las mayores y originales obligaciones respecto al menor incumben a los familiares, queda muy claro a partir del artículo 5o. de la Convención cuando establece que

¹⁴ Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., nota 3, p. 157.

Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

A partir del artículo 5o. debe entenderse que la responsabilidad primaria es de los progenitores o custodios, y que el Estado deberá respetar sus decisiones siempre y cuando no sean contrarias al interés superior del niño, en cuyo caso será el propio Estado el que podrá sustituir a aquellos en las responsabilidades sobre el menor. En el mismo sentido y sobre el mismo tema, debe atenderse también a lo dispuesto por el artículo 18 de la Convención, el cual dispone que:

1. Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

La idea que se encuentra en el artículo 18 parece estar presente en todo el texto de la Convención; aparece de nuevo en forma específica en su artículo 27.¹⁵

Uno de los primeros derechos que deben ser materializados después del nacimiento del menor es el que tiene que ver con su inscripción en el registro público competente y la asignación de un nombre, tal como lo establece el artículo 7o. de la Convención; el mismo precepto establece claramente el derecho de todo menor a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, cuestión que reitera y amplía el artículo 9o. de la misma Convención, en cuyo primer párrafo se puede leer lo siguiente:

1. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Otra disposición interesante tiene que ver con el concepto de reunificación familiar, es decir, con la obligación que se establece para los Estados partes a fin de que faciliten que los menores puedan reunirse con sus familiares cuando por alguna circunstancia

15 El artículo 27 dispone, en sus tres primeros párrafos, lo siguiente: “1. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

vivan en países diferentes. El artículo 10 de la Convención en su párrafo primero dispone que “...toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva”.

Como ya se ha comentado en uno de los apartados anteriores, hay algunos derechos que los menores no pueden ejercer por sí mismos, como los que tienen que ver con promover acciones ante los tribunales o realizar ciertas solicitudes ante la administración pública; sin embargo, del hecho de que no puedan personarse directamente ante un juez o ante una autoridad administrativa, no se desprende que su opinión, si su madurez lo permite, no pueda ser expuesta y tomada en cuenta por los órganos de autoridad. Así lo establece el artículo 12 de la Convención:

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

A partir del artículo 12 de la Convención, los Estados partes están obligados a introducir en sus códigos procesales las previsiones necesarias para que los menores puedan opinar en todos los procedimientos en que se vean involucrados, para el efecto de dar cumplimiento al precepto transcrito.

Un derecho que tienen los menores —y que no está previsto como tal para los mayores de edad— es el derecho a jugar, el derecho a la recreación (lo más parecido para los adultos quizá pueda ser el

derecho a tener vacaciones). El artículo 31 de la Convención dispone que:

1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
2. Los Estados partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Tal como puede apreciarse, la Convención es un instrumento sumamente rico en conceptos, extenso en artículos y de gran interés para comprender el régimen jurídico de los menores en su conjunto. A partir de su texto se han emitido un par de protocolos adicionales que también deben ser tenidos en cuenta al estudiar los derechos de los menores en el derecho internacional de los derechos humanos. Se trata del protocolo relativo a la participación de niños en conflictos armados y del protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.¹⁶

Para mejorar su aplicación en el nivel interno conviene tener en cuenta la Observación General número 5 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, que se refiere justamente a las “Medidas generales para la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño”.¹⁷

El propio Comité de los Derechos del Niño ha resaltado el hecho de que la tutela de esos derechos requiere de una infraestructura institucional que se encargue de la tarea y ha recomendado una

¹⁶ El texto de ambos protocolos puede consultarse en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *op. cit.*, nota 6, t. I, pp. 143-159.

¹⁷ Dicha Observación General fue aprobada en el 34o. periodo de sesiones del Comité, celebrado entre el 19 de septiembre y el 3 de octubre de 2003, y figura en el documento CRC/GC/2003/5.

serie de pasos que los responsables pueden ir tomando para cumplirla.¹⁸

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece también una consideración especial para los menores en su artículo 24, a partir del cual el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU ha dictado su Observación General número 17, de 1989.¹⁹ En consonancia con lo que ya se ha dicho, esta Observación General considera que

La obligación de garantizar a los niños la protección necesaria corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado. Aunque el Pacto no indique cómo se ha de asignar esa responsabilidad, incumbe ante todo a la familia, interpretada en un sentido amplio, de manera que incluya a todas las personas que la integran en la sociedad del Estado parte interesado, y especialmente a los padres, la tarea de crear las condiciones favorables a un desarrollo armonioso de la personalidad del niño y al disfrute por su parte de los derechos reconocidos en el Pacto. No obstante, puesto que es frecuente que el padre y la madre ejerzan un empleo remunerado fuera del hogar, los informes de los Estados partes deben precisar la forma en que la sociedad, las instituciones sociales y el Estado cumplen su responsabilidad de ayudar a la familia en el sentido de garantizar la protección del niño. Por otra parte, en los casos en que los padres falten gravemente a sus deberes o maltraten o descuiden al niño, el Estado debe intervenir para restringir la patria potestad y el niño debe ser separado de su familia cuando las circunstancias lo exijan. En caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse medidas, teniendo en cuenta el interés superior de los niños, para asegurarles la protección necesaria y garantizar, en la medida de lo posible, relaciones personales con ambos padres. El Comité considera útil que, en sus informes, los Estados partes proporcionen información sobre las medidas especiales de protección que han adoptado para proteger a los niños abandonados o privados de su medio familiar, con el fin de

18 El Comité lo ha señalado en su Observación General número 2, aprobada en su 32o. periodo de sesiones, celebrado entre el 13 y el 31 de enero de 2003. La OG 2 figura en el documento CRC/GC/2002/2.

19 Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *op. cit.*, nota 6, t. I, pp. 419-422.

permitir que se desarrollen en las condiciones que más se asemejen a las que caracterizan al medio familiar (párrafo 6).

El artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño, en su apartado 1, señala que

Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

El mismo artículo 40, en su apartado 3, dispone que

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

Como ya se ha visto, el propio artículo 1o. de la Convención define como niño a toda persona menor de 18 años.

De lo transcrito parece que pueden derivarse dos cuestiones claves; la primera es que existe un límite a la capacidad punitiva del Estado: una edad por debajo de la cual se entiende que las personas todavía no son capaces de asumir las consecuencias de sus conductas (por lo menos de aquellas que tienen carácter penal).

Por otro lado, del contenido de la Convención puede derivarse un mandato de “razonabilidad” en la determinación de la edad penal; en este sentido habría algún elemento, derivado de varios de los artículos de la Convención y principalmente de los transcritos,

para suponer que dicha determinación no tendría que estar por debajo de los 18 años, o por lo menos, para deducir que para los menores se tendría que crear un régimen jurídico-penal específico, acorde con su capacidad de entendimiento y con la protección de su dignidad.

Este último punto, además, encontraría un sustento adicional en la Regla 4 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), que establece que

En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual (Resolución 40/33 de la Asamblea General, de 28 de noviembre de 1985).²⁰

Además, en el ordenamiento jurídico internacional se establece que la pena privativa de libertad impuesta a un menor debe ser “el último recurso”, por el periodo mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales (Regla 1 apartado 2 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, de 14 de diciembre de 1990).²¹ Esto quiere decir que la decisión de un país de prever penas privativas de la libertad para menores deberá ser cuidadosamente argumentada, tanto en su establecimiento como en su duración (más adelante explicaremos que una de las herramientas para valorar si se ha realizado esta apreciación es el principio de proporcionalidad).

Por otra parte, para reforzar el argumento que se viene defendiendo, hay que recordar que en su Observación General número 21, relativa al contenido del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que del contenido del Pacto puede inferirse que “todos los

²⁰ Consultables en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *op. cit.*, nota 6, t. II, pp. 1281 y ss.

²¹ *Ibidem*, pp. 1251 y ss.

menores de 18 años deberían ser tratados como menores, al menos en las cuestiones relativas a la justicia penal” (párrafo 13).²²

Hasta antes de la reforma constitucional al artículo 18 de la Constitución, de diciembre de 2005, algunas de estas cuestiones no habían sido correctamente observadas en ciertos códigos penales locales de la república mexicana. Existía en varios de ellos una edad penal que estaba por debajo de los 18 años. A partir de la reforma se resuelve ese y otros problemas. Vamos a examinar el contenido de la reforma, pero antes creemos que sería útil tomar como premisa de nuestra exposición uno de los elementos que dio el impulso necesario para que la reforma fuera realizada. Nos referimos a la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que junto con la Convención de los Derechos del Niño, fue el principal elemento inspirador de la reforma constitucional mexicana.

VI. LA OPINIÓN CONSULTIVA 17/2002 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, SOBRE CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO

El 28 de agosto de 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la opinión consultiva 17/2002 que tiene mucha relevancia para el tema que nos ocupa, ya que está referida a la condición jurídica y a los derechos humanos del niño.²³ La Opinión fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debido que este órgano entiende que algunas medidas especiales de protección dirigidas a los menores tienden al debilitamiento de las garantías judiciales de los propios menores. Concretamente, a la Comisión le preocupaban las siguientes medidas:

²² *Ibidem*, t. I, p. 432.

²³ *Ibidem*, t. II, pp. 1099-1185.

A) La separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento.

B) La supresión de la libertad a través de la internación de menores 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 circunstanciales del menor.

C) La aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías.

D) La tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se involucran derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor.

E) La determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente, como tampoco considerar la opinión y las preferencias del menor en esa determinación.

La Comisión le requería a la Corte que se pronunciara sobre la compatibilidad de esas medidas con los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El primero de esos preceptos se refiere a los derechos que tiene toda persona ante una autoridad judicial (fundamentalmente derechos para su oportuna defensa); por su parte, el artículo 25 de la Convención Americana establece el derecho a la protección judicial, es decir, el derecho de toda persona para acudir, mediante un recurso “sencillo y rápido”, ante un juez para que la ampare por la violación de sus derechos fundamentales, de la ley o de la propia Convención.

Como puede apreciarse, varias de las cuestiones planteadas por la Comisión ante la Corte Interamericana incumben no solamente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino a todo el derecho internacional de derechos, pues se trata en buena medida de la interpretación de preceptos contenidos también en la Convención de los Derechos del Niño.

La Opinión Consultiva que emite la Corte es muy extensa y, como en todas sus opiniones, demuestra un gran rigor jurídico al dar contestación a las cuestiones planteadas. Su misma extensión—derivada en parte del mucho espacio que ocupa la síntesis de los alegatos de todos los órganos e instituciones que se interesaron por la consulta y que aportaron elementos para su mejor solución—hace imposible ofrecer un resumen mínimamente completo de ella, por lo que nos limitaremos a destacar los puntos más interesantes.

Como en todas sus opiniones consultivas, la Corte comienza señalando su competencia y luego pasa a estudiar si para resolver las cuestiones planteadas puede tomar en cuenta otros tratados internacionales aparte de la Convención Americana, tema al que responde afirmativamente con base en las consideraciones que había hecho la misma Corte en alguna Opinión Consultiva anterior (ver párrafos 20 a 23 de la OC/17).

La Corte se ocupa, en segundo término, de definir el concepto de niño, para lo cual toma en cuenta el artículo 1o. de la Convención de los Derechos del Niño, al que ya hemos hecho referencia, y realiza las siguientes consideraciones:

41. La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.

42. En definitiva, tomando en cuenta la normatividad internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.

Comenzando a responder a las cuestiones planteadas por la Comisión, la Corte señala que

76. La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención.

77. En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

La Corte señala que la intervención en favor de los menores y de la familia debe hacerse, cuando corresponda al Estado, por los medios adecuados y contando con personal especializado, es decir, que no basta con que el Estado disponga en términos generales de juzgados y centros de asistencia social, sino que tiene que crear estructuras especializadas en la atención de menores. La Corte lo explica en los siguientes términos:

78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.... no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos.

79. ...No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos.

Para la Corte, los deberes del Estado en relación con los menores de edad no se agotan en actos de abstención por parte de los poderes públicos, sino que requieren y exigen de políticas activas para la preservación de sus derechos, entre las cuales la educación tiene un papel fundamental:

88. ...los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familia-

res del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural.... es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños. Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.

En cuanto a la participación de los menores dentro de los procedimientos judiciales, la Corte señala que en términos generales el órgano aplicador del derecho (sea judicial, o bien de carácter administrativo) debe atender a la capacidad del niño para acordar su intervención:

102. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

Una cuestión de la mayor relevancia es la que tiene que ver con la separación que los Estados deben observar entre mayores y menores de edad para efectos de su enjuiciamiento penal. La Corte considera, citando expresamente el artículo 40.3 de la Convención de los Derechos del Niño, que

109. ...los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad.

La Corte también precisa que las medidas restrictivas de la libertad personal de los menores también están regidas, como para

los mayores, por el principio de legalidad en materia penal, por lo cual la imposición de algún tipo de sanción deberá darse solamente cuando el menor haya violado alguna norma que establezca con claridad la conducta a sancionar, pero no por meras situaciones de riesgo o peligro. La Corte emite su criterio en los siguientes términos:

110. Es inadmisibile que se incluya en esta hipótesis (se refiere al sometimiento del menor a órganos jurisdiccionales específicos) la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la que aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de los patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencionado, esto es, a los que incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos.

La Corte sintetiza todo su estudio en la parte final del fallo, que constituye todo un resumen del régimen jurídico internacional de los menores; en esa parte de la Opinión se asienta, entre otras cuestiones, lo siguiente:

1. Los niños son titulares de derechos y no solamente su objeto de protección.
2. El interés superior del niño implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
3. La familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de los diversas

medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.

4. Debe preservarse la permanencia del niño en el medio familiar. La separación del menor de su familia debe ser una medida excepcional y de preferencia temporal, solamente aplicable cuando así lo requiera su interés superior.
5. El Estado debe contar con instituciones idóneas y personal capacitado para atender a los menores.
6. En los procedimientos judiciales o administrativos en los que se resuelve sobre los derechos del niño, se deben observar los principios del debido proceso legal, lo que incluye las reglas del juez natural —competente, independiente e imparcial—, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción, audiencia y defensa. En ellos, además, se deberá tomar en cuenta las particularidades que se puedan desprender de la participación personal del menor, así como las medidas de protección que sean indispensables en favor del mismo.
7. Los menores de 18 años a quienes se les atribuya la comisión de una conducta delictiva deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que pueden adoptar.

A partir de los análisis realizado, tanto del marco constitucional derivado de los tres últimos párrafos del artículo 4o., como del derecho internacional de los derechos humanos, podemos ahora adentrarnos en el sentido y los alcances de la reforma al artículo 18 de la carta magna.

VII. EL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL Y LA JUSTICIA PARA ADOLESCENTES

Los párrafos cuarto, quinto y sexto del artículo 18 constitucional disponen, a partir de la reforma de 2005, un sistema integral de justicia para adolescentes. Se trata de una regulación que sin duda alguna mejora lo que existía anteriormente y que supone un salto cualitativo desde varios puntos de vista.²⁴ Con ella, México cumple en alguna medida con lo que disponen distintos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos en la materia, como los que ya hemos analizado en los apartados anteriores. La importancia del nuevo contenido del artículo 18 es tanta, que algunos autores sostienen que introduce “un paradigma distinto de atención a la infancia en conflicto con la ley penal”, el cual supone un completo replanteamiento incluso de las “bases ideológicas” del tema.²⁵

Para empezar, la Constitución ya establece con precisión el universo de los sujetos que tendrán derecho al sistema integral: aquellas personas que tengan más de 12 años y menos de 18. Con esta disposición se termina con la facultad que anteriormente ejercían algunas entidades federativas para considerar mayores de edad a efecto de su enjuiciamiento penal a personas que no habían cumplido 18 años; sobra decir que al hacerlo violaban diversos tratados internacionales, que exigían un tratamiento distinto para adultos y para menores, entendiendo por menores a quienes no hubieran cumplido 18 años. El artículo 18 aclara que los menores

24 Para una primera aproximación a su contenido y sobre el procedimiento de reforma constitucional que dio lugar al nuevo texto del artículo 18, pueden verse los trabajos de García Ramírez, Sergio, “Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional”, Vasconcelos, Rubén, “Comentarios en torno a la reforma al artículo 18 de la Constitución” y González Contró, Mónica, “Derechos, necesidades y justicia penal para adolescentes”, todos incluidos en *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México, SRE-Unión Europea, 2006.

25 Vasconcelos, Rubén, “Comentarios en torno a la reforma al artículo 18 de la Constitución”, *cit.*, nota anterior, p. 414.

de 12 años solamente serán objeto de rehabilitación y de asistencia social, pero no de sanción (se crea una barrera de edad frente al poder punitivo del Estado).

La justicia para menores de edad está sujeta a varios de los más conocidos principios que rigen al proceso penal de adultos y que le incorporan una importante dosis de certeza y seguridad jurídica. El párrafo cuarto del artículo 18 constitucional menciona el principio de tipicidad y agrega que en este tipo de procesos se respetarán “los derechos fundamentales” (es la primera vez que el texto de la Constitución mexicana recoge esta denominación moderna, que es aceptada como la mejor para designar a estos derechos), que tienen todas las personas, además de los derechos adicionales que les pudieran corresponder por el hecho de ser menores de edad.

La mención de la tipicidad —si se interpreta junto con el párrafo tercero del artículo 14 constitucional que exige en materia penal la existencia de una ley “exactamente aplicable” al delito de que se trate— nos puede llevar a sostener que existe un principio de taxatividad en materia de justicia para adolescentes. La taxatividad añade una exigencia de carácter “cualitativo” a la ley penal; en efecto, para que una ley sea “exactamente” aplicable a una cierta conducta debe tener ciertas “cualidades” lingüísticas, pues es seguro que no toda descripción lingüística tendría la posibilidad de ser aplicada con exactitud a la conducta humana calificada como delito.

La taxatividad de la ley penal consiste en que los textos que contengan normas sancionadoras describan claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realicen. La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal.²⁶

²⁶ Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 21. Ver también Moreso, José Juan, “Principio de legalidad y

Luigi Ferrajoli describe el principio de taxatividad penal (que también se puede llamar “principio de estricta legalidad”) con las siguientes palabras:²⁷

Este principio... puede ser caracterizado ahora como una *regla semántica metalegal de formación de la lengua legal que prescribe al legislador penal*: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados “verdaderos de los” hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intención con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predisuestas normas para su solución. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser connotadas por la ley mediante propiedades o características esenciales idóneas para determinar su campo de denotación (o de aplicación) de manera exhaustiva, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera exclusiva, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes.

El párrafo quinto del artículo 18 ordena que se les respete el derecho al debido proceso legal, con lo que se incorpora a favor de los menores de edad un conjunto muy amplio de derechos dentro del proceso y durante la averiguación previa, derechos que se encuentran tanto en la Constitución como en los tratados internacionales. También exige el texto constitucional que se atienda la protección integral del menor y su interés superior, siguiendo en esto la senda abierta por la Convención de la ONU.

causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 525 y ss., en donde se plantea la interesante discusión sobre la distinta forma en que la taxatividad se aplica a los tipos penales y a las causas de justificación de ciertas conductas penalmente relevantes.

²⁷ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 121.

Todo el sistema de procuración y administración de justicia para adolescentes será específico, dispone el párrafo sexto del artículo 18, es decir, estará especializado y será diferente del que atiende a los adultos. El mismo párrafo ordena que las autoridades que “efectúen la remisión” y las que impongan las medidas deberán ser independientes unas de las otras; a partir de este mandato parece lógico concluir que los órganos sancionadores deberán pertenecer orgánicamente al respectivo Poder Judicial (federal o local), pues de esa manera se asegura la señalada independencia.

El propio párrafo sexto se refiere a las formas alternativas de justicia, las cuales deberán ser empleadas siempre que sea posible. Recoge también el principio de proporcionalidad de las medidas, con lo que incorpora una poderosa herramienta hermenéutica con la que los jueces podrán ejercer un importante y sustantivo control de constitucionalidad de las leyes en que se prevean dichas medidas.²⁸ Recordemos de forma sumaria que el principio de proporcionalidad exige que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate y siempre que sea proporcional. Para que se verifique la proporcionalidad es necesario que se observen los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; es decir, existirá proporcionalidad cuando: *a)* la regulación o limitación de un derecho fundamental sea adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; *b)* la medida adoptada sea la más benigna posible respecto del derecho en cuestión, de entre todas las que revistan la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto; y *c)* las ventajas que se obtengan con la restricción deben compensar los posibles sacrificios del derecho para su titular y para la sociedad en general.²⁹

²⁸ Sobre el funcionamiento del principio de proporcionalidad, Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

²⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., nota anterior, pp. 35 y 36.

¿Cómo se aplica lo anterior a las leyes en materia penal? La reflexión sobre este tema debe partir del hecho de que cualquier ley penal supone una intervención en los derechos fundamentales, concretamente sobre el derecho de libertad según el cual toda persona puede hacer lo que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad supone un límite a la “cantidad” de prohibiciones que el legislador puede establecer así como a la cantidad de “penalización” que se puede determinar para una conducta penalmente regulada. Es decir, la proporcionalidad en materia penal vendría dada por el monto de la sanción que el legislador decide imponer para la realización de X o Y conducta.

Ferrajoli explica el principio de proporcionalidad con las siguientes palabras:³⁰

El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser *adecuada* al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez *en relación* con la naturaleza y la gravedad del otro. El *principio de proporcionalidad* expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico.

La proporción que debe existir entre los delitos y las penas había sido advertida ya por Beccaria, quien así lo señalaba de forma tajante en *De los delitos y de las penas*. Esta necesidad surge, para el autor, de la siguiente consideración:

Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impelen a los hombres aun a las más sublimes operaciones, fueron destinados por el invisible legislador el premio y la pena, de la no exacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción

30 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., nota 27, pp. 397 y 398.

(tanto menos observada, cuanto más común) que las penas castiguen los delitos de que hayan sido causa. Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja.

La finalidad de las medidas, nos indica el artículo 18, se parece a la que existe para el caso de los adultos, pero tiene alguna peculiaridad; las medidas tienen por objetivo la “reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades”. La medida concreta que consiste en el internamiento del menor (equivalente juvenil aproximado a lo que es la prisión en el caso de los adultos), deberá ser utilizada sólo en caso extremo, pero solamente para quienes hayan cumplido 14 años; es decir, para quienes tengan entre 12 y 14 no será aplicable.

Como puede apreciarse, la incorporación de los tres párrafos que se han comentado al texto del artículo 18 (el cuarto, quinto y sexto), mejora notablemente el régimen jurídico de la justicia para adolescentes, que antes estaba en alguna medida librado a principios paternalistas que lo alejaban de los modernos esquemas de protección de derechos. Lo que hizo la reforma constitucional de 2005 fue introducir un régimen completo de derechos, disponer de ciertas garantías orgánicas (especialización, independencia) y, en suma, racionalizar el sistema, de manera que quede claro que los adolescentes que se enfrenten a la ley estarán asistidos de un amplio abanico de derechos y garantías, suficientes y necesarios para asegurar la tutela de su dignidad, al menos sobre el papel.