

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL

| | |
|---|----|
| I. Antecedentes | 37 |
| 1. Objetivo de la reforma | 37 |
| 2. Regulación de la materia en los códigos penales . | 40 |
| 3. Sistemas tutelar y garantista | 46 |
| 4. El problema de la imputabilidad de los menores . | 51 |
| II. Postulados que se desprenden del artículo 18 constitucional | 54 |
| III. Bibliografía | 69 |

LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL

I. ANTECEDENTES

1. *Objetivo de la reforma*

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

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

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

En la exposición de motivos, con el fin de subrayar la necesidad de la creación del sistema integral, se hace un relato histórico de

las diversas etapas por las que ha transitado la justicia para los menores. Se anota como parteaguas, en el reconocimiento de los derechos del menor, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, la cual concibe a los niños hasta los 18 años de edad; se alude, asimismo, a la importancia de los artículos 37 y 40 de dicho instrumento. Subraya que

México ratificó la Convención el 10 de agosto de 1990 y al hacerlo se comprometió a adoptar todas las medidas administrativas, jurídicas, legislativas y de cualquier otra índole, necesarias para dar efectividad a los derechos en ella reconocidos, dentro de los que se encuentra el debido proceso legal, en caso de infracción a la ley penal.

Para atender este compromiso, en diciembre de 1999 se reformó el artículo 4o. de la Constitución a fin de incorporar en su texto a las niñas y niños como sujetos de plenos derechos, y el 29 de mayo de 2000 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria del artículo 4o. constitucional. Esta Ley reproduce en buen número los principios postulados en la Convención y desarrolla, en su título cuarto, el “derecho al debido proceso en caso de infracción a la ley penal”; establece, además, los lineamientos fundamentales de un sistema especializado de justicia para adolescentes, acorde a lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño. A pesar de todo esto —se dice en la exposición de motivos—, las legislaciones locales, con muy pocas excepciones (Campeche, Coahuila, Chiapas, México, Nayarit, Querétaro y el Distrito Federal), han permanecido ajenas a los cambios y exigencias planteados en la Convención.

En este contexto, la reforma al artículo 18 constitucional puede verse como una respuesta a los compromisos internacionales adquiridos por México, con mucha anterioridad, como país signatario de instrumentos internacionales sobre justicia de menores, tales como: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Bei-

jing,¹ la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño,² las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocida como Directrices de Riad, adoptadas el 14 de diciembre de 1990,³ y las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.⁴

1 Estas Reglas fueron propuestas y analizadas en la Reunión Preparatoria Interregional del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrada en Beijing, del 14 al 18 de mayo de 1984. Las Reglas se presentaron en dicho Congreso, realizado en Milán, Italia, en 1985 y fueron aprobadas el 6 de septiembre del mismo año. Ratificadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su 96a. reunión el 29 de noviembre de 1985, en la resolución 40/33. Se asentó que “las Reglas representan las condiciones mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para el tratamiento de los delinquentes juveniles en todo sistema de tratamiento de esas personas”. En su comentario se anota: “Estas orientaciones básicas de carácter general se refieren a la política social en su conjunto y tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención. Esa medidas de atención de los menores con fines de prevención del delito antes del comienzo de la vida delictiva constituyen requisitos básicos de política destinados a obviar la necesidad de aplicar las presentes Reglas”.

2 Adoptada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Se firmó por México el 26 de enero de 1990, se aprobó por la Cámara de Senadores el 19 de junio de 1990. Se ratificó por el presidente de la República el 10 de agosto de 1990. Se publicó en el *DOF* del 25 de enero de 1991.

3 Aprobadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Fueron reconocidas en la Reunión Internacional de Expertos, celebrada en Riad, del 28 de febrero al 1o. de marzo de 1988. En sus puntos preliminares: “Exhorta a los Estados miembros a que, en sus planes globales de prevención del delito, apliquen las Directrices en la legislación, la política y la práctica nacionales y las señalen a la atención de las autoridades competentes, inclusive los encargados de formular políticas, el personal de la justicia de menores, los educadores, los medios sociales de comunicación, los profesionales y los estudiosos” (punto 4).

4 Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. Entre las “Perspectivas fundamentales” se anota que “el objeto de las presentes Reglas es establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad” (punto 3).

En las Reglas y en las Directrices se encuentran postulados de primer orden en materia de justicia sobre menores infractores, Reglas y Directrices que México debió ir incorporando por tratarse de normatividad surgida y aprobada en la Asamblea General de Naciones Unidas y por tener como base algunos tratados ratificados por México.⁵ En cuanto a la Convención sobre los Derechos del Niño, por ser México país signatario, por mandato del artículo 133 constitucional, desde su ratificación por el Senado ya eran “ley suprema de toda la Unión”; sin embargo, la reiteración que de algunos de ellos se hace en la reforma al artículo 18 de nuestra carta magna es, indiscutiblemente, oportuna y provechosa.

2. Regulación de la materia en los códigos penales

Para comprender cabalmente la trascendencia del contenido específico de la reforma al artículo 18 constitucional de 2005, hay que tener presentes algunos antecedentes muy significativos, especialmente la regulación de esta materia en los diversos códigos penales federales.

A. Código Penal de 1871

El Código Penal de 1871, orientado por la escuela clásica, distinguía tres etapas de la minoría de edad: *a)* los menores de nueve años estaban exentos de responsabilidad;⁶ *b)* los mayores de nueve años pero menores de 14, también quedaban exentos de responsabilidad siempre que obrasen sin el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción. Si, por el contrario, se probare que el menor obró con discernimiento se le consideraría plena-

⁵ Tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y otros instrumentos.

⁶ El artículo 34, que recoge las “circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal”, incorpora en ese catálogo a los menores de nueve años y a los mayores de nueve años pero menores de 14 que hayan obrado sin discernimiento.

mente responsable, y c) los mayores de 14 años pero menores de 18 son considerados plenamente responsables.

No obstante estas distinciones, a todos se les recluía. A los menores de nueve años se les imponía reclusión preventiva en establecimientos de educación correccional cuando se creía necesaria esa medida; por ejemplo cuando las personas que tenían a su cargo la educación de los menores no eran idóneas o cuando eran graves las infracciones en que incurrían (artículo 157). A los mayores de nueve años pero menores de 14 que sin discernimiento hubieran infringido la ley penal, también se les aplicaba la reclusión preventiva en establecimiento correccional. El tiempo de reclusión lo fijaba el juez, “procurando que sea bastante para que el acusado concluya su educación primaria”, pero no excedía de seis años.

A los mayores de nueve años y menores de catorce, considerados responsables por haber “delinquido” con discernimiento, se les recluía en establecimientos de corrección penal. En estos establecimientos no sólo sufrirían su pena sino recibirían al mismo tiempo educación física y moral (artículo 127). Además, algo sumamente grave y violatorio de la dignidad humana: al inicio de su pena permanecerían en incomunicación absoluta de ocho a veinte días, según la gravedad de su delito, pero una vez transcurrido ese periodo ya podrían trabajar en común con los demás “reclusos”, a no ser que su conducta posterior hiciera necesaria nuevamente la incomunicación (artículo 128). La duración de esa reclusión no debería bajar de la “tercia parte” ni exceder de la mitad del término que debería durar la pena que se le impondría siendo mayor de edad (artículo 224). Procedía la retención y, en caso de buena conducta, la libertad preparatoria.

Las personas mayores de 14 años pero menores de 18 merecían reclusión por un tiempo no menor de la mitad, sin exceder de los dos tercios de la pena que se impondría siendo mayor de edad (artículo 225).

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

B. *Código Penal de 1929*

Este ordenamiento, nutrido del positivismo originado en Italia a finales del siglo XIX y de la ideología de la responsabilidad social, basada en la negación del libre albedrío, consideró al menor como persona socialmente responsable, para así poder sujetarlo a tratamiento educativo, consideración acorde con la ya existente Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal y Territorios Federales, llamada Ley Villa Michel (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de junio de 1928).

La comisión redactora tuvo muy clara la idea de que al menor había que apartarlo por completo del Código Penal y formar el contenido de una “pedagogía correctiva” exclusivamente para él. Se dijo en la exposición de motivos que lo aconsejable era confiarlo, en situación de libertad vigilada, a una familia honrada o internarlo en una escuela; en un establecimiento de educación o en un taller privado. Asimismo, la propia comisión destacó que sólo podría lucharse eficazmente contra la delincuencia juvenil si se realizaban los siguientes postulados: *a)* tribunales especiales para menores delincuentes; *b)* procedimientos esencialmente tutelares y no represivos; *c)* sanciones adecuadas, que deberían aplicarse por un personal competente, especializado y mediante la observación y el estudio científico de la personalidad de cada menor; *d)* establecimientos especiales organizados debidamente para conseguir el fin educativo, el correctivo y el curativo.

La edad límite para la responsabilidad penal se fijó en 16 años. A partir de esta edad, se les daba un tratamiento igual al de los adultos. A los menores de dieciséis años (que se les nombra “delincuentes menores”), se les podrían aplicar diversas sanciones, unas leves y otras que resultaban sumamente graves para personas tan vulnerables como lo son los menores de dieciséis años. Tales sanciones, de acuerdo con el artículo 71, eran: I. Arrestos escola-

res; II. Libertad vigilada;⁷ III) Reclusión en establecimientos de educación correccional;⁸ IV. Reclusión en colonia agrícola para menores,⁹ y V. Reclusión en navío-escuela.¹⁰ Además, podían ser objeto de extrañamiento, apercibimiento, caución de no ofender, y otras procedentes como la amonestación y la pérdida de los instrumentos del delito y de las cosas que son efecto u objeto de él.

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

En el capítulo correspondiente a la “aplicación de sanciones a los menores de dieciséis años” (artículos 181-188)¹¹ se establecían pautas para determinar, de acuerdo con la situación en la que se en-

7 Artículo 121. La libertad vigilada consistirá: en confiar, con obligaciones especiales apropiadas a cada caso, el menor delincuente a su familia, a otra familia, a un establecimiento de educación o a un taller privado, bajo la vigilancia del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social, por una duración no inferior a un año y que no exceda del cumplimiento de los veintiuno por el menor.

8 Artículo 122. La reclusión en establecimiento de educación correccional, se hará efectiva en una escuela destinada exclusivamente para la corrección de delincuentes menores de dieciséis años, con aislamiento nocturno y aprendizaje industrial o agrícola durante el día, con fines de educación física, intelectual, moral y estética. La reclusión no será inferior a un año ni excederá del cumplimiento de los veintiuno por el menor; pues desde que los cumpla, se le trasladará al correspondiente establecimiento para adultos o se le dejará libre a juicio del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social.

9 Artículo 123. La reclusión en colonia agrícola, se hará efectiva en una granja-escuela con trabajo industrial o agrícola durante el día, por un término no inferior a dos años, y sin que pueda exceder del cumplimiento de los veintiuno por el menor.

10 Artículo 124. La reclusión en navío-escuela se hará en la embarcación que para el efecto destine el gobierno, a fin de corregir al menor y prepararlo a la marina mercante.

11 Artículo 181. Las sanciones que correspondan a los menores delincuentes, tendrán la duración señalada para los mayores; pero desde que cumplan dieciséis años, quedarán al cuidado del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social, el que señalará el establecimiento adecuado al que deban trasladarse.

contraba el menor antes de la realización de su conducta, la institución o el lugar donde debía cumplir la sanción impuesta.

C. Código Penal de 1931

El Código Penal de 1931 reguló la materia relativa a los menores en el título sexto, bajo el rubro simple: “De los menores”. Los artículos 119 a 121 contenían la normatividad correspondiente. Entre las bases generales que se tuvieron para elaborar este ordenamiento había una dedicada a los menores, en la cual se precisa-

Artículo 182. El menor delincuente que no fuere moralmente abandonado ni pervertido, ni en peligro de serlo y cuyo estado no exija un tratamiento especial, será confiado en situación de libertad vigilada a su familia, mediante caución adecuada, a juicio del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social.

Artículo 183. El menor delincuente moralmente abandonado, será confiado en situación de libertad vigilada, a una familia honrada. Si esto no fuere posible, o si no se cumplen las obligaciones especiales a que se refiere el artículo 142, el menor se confiará a una escuela, a un establecimiento de educación o a un taller privado.

Artículo 184. Al menor que hubiere cometido un delito cuya sanción sea la privación de libertad por más de dos años, si está moralmente pervertido o revela persistente tendencia al delito, se le aplicará la sanción correspondiente, que cumplirá en un establecimiento de educación correccional.

Artículo 185. El delincuente mayor de doce años y menor de dieciséis, podrá ser condenado condicionalmente, si el delito cometido no merece sanción mayor de 5 años de segregación; en caso contrario, cumplirá su condena en colonia agrícola.

Artículo 186. Si el delito tuviere una sanción mayor o si el menor revela tendencia persistente al delito, se le destinará desde luego a la colonia agrícola o al navío-escuela.

Artículo 187. En tanto se establecen las colonias agrícolas y el navío-escuela, las sanciones que se impongan a los menores se extinguirán en la escuela de educación correccional.

Artículo 188. Las sanciones con que se conminan los delitos en el libro tercero de este Código, deberán sustituirse, para los menores de dieciséis años, de la siguiente manera: I. Segregación y relegación, por reclusión, en establecimientos de educación correccional, colonias agrícolas o navío-escuela; II. Confinamiento, por libertad vigilada; y III. Multa, por libertad vigilada, arrestos escolares o reclusión en establecimientos de educación correccional, según la temibilidad del menor.

ba: “dejar a los niños completamente al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa”. Se determinó la edad de 18 años como límite máximo de la minoría de edad y se postuló que los menores que cometieran infracciones a las leyes penales serían internados con fines educativos, sin que este internamiento pudiese ser menor (*sic*) a la reclusión que correspondería si fueren mayores de edad (artículo 119).

Se consignó, asimismo, que según las condiciones peculiares del menor y la gravedad del hecho, las medidas aplicables serían de apercibimiento e internamiento en la forma de: *a*) reclusión a domicilio; *b*) reclusión escolar; *c*) reclusión en hogar honrado, patronato o instituciones similares; *d*) reclusión en establecimiento médico; *e*) reclusión en establecimiento especial de educación técnica, y *f*) reclusión en establecimiento de educación correccional (artículo 120).

Con estas formas de reclusión se tenía como fin sacar al menor del sistema represivo penal.

Se dispuso, también, que los jueces podrían, cuando lo estimaren necesario, sustituir la reclusión en establecimiento de educación correccional por vigilancia del menor, siempre y cuando los padres o los encargados de esta vigilancia, otorgaren fianza (artículo 121).

Se dejó muy claro que cuando el menor llegare a la edad de 18 años antes de concluir el período de reclusión al que estaba sujeto, la autoridad encargada de la ejecución de sanciones “decidiría” si debía ser trasladado al establecimiento destinado a las personas mayores.

Nada se dijo sobre la edad frontera que marca el inicio de la responsabilidad del menor. Esta edad límite se estableció, muy posteriormente, en la Ley de la Administración Pública Federal, en el espacio destinado a la Secretaría de Gobernación, que era la que tenía a su cargo la ejecución de sanciones, en la fracción XXVI del artículo 27, que prescribió la edad de seis años.

Cabe tener presente que en las entidades federativas en las que ya existían tribunales de menores, éstos eran competentes para co-

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

3. *Sistemas tutelar y garantista*

La referencia a estos sistemas, aun cuando se haga de manera esquemática, da luces en la valoración de la reforma al artículo 18 constitucional, que por ahora nos ocupa.

A. *Sistema tutelar*

a) Para sustraer al menor del derecho penal —etapa represiva y hasta cruel para el menor— se tuvo que recorrer un camino largo; pero en el último año del siglo XIX y a principios del XX aparecen, en Estados Unidos y en otras partes del mundo, los tribunales de menores con jueces paternales, el primero de ellos en Chicago, Illinois, en 1899. En México, el primer tribunal surgió en San Luis Potosí, en 1923, y el segundo en el Distrito Federal, en 1926.

Con el funcionamiento de estos tribunales y la ideología paternalista reinante, sobreviene una segunda etapa en el tratamiento de los menores, con el modelo o sistema tutelar. Dicho modelo tuvo como finalidad, además de la idea firme de arrancar al menor de las garras de la represión, brindarle la más amplia protección. Dentro de esta corriente, que tuvo un amplio espacio, de más o menos 70 años, a partir de 1919

el Estado no actúa frente al menor infractor como autoridad, sino como padre o tutor sustituto, y puede desempeñarse fuera del control judicial, como lo hacen los encargados originales del menor, que disponen y aplican lo que conviene a éste sin necesidad de acudir a cada momento ante el órgano judicial para que dirima cuestiones domésticas... Esa “paternidad” del Estado, han dicho los críticos del sistema, no sólo sustrajo al menor del derecho penal, sino lo excluyó de todo

derecho. No fue exactamente así, pero tampoco estuvo el menor infractor amparado por un exigente sistema de derechos y garantías —al menos nominales—, como las que tiene el adulto.¹²

Inmersa en esta corriente aparece en México la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de agosto de 1974).

b) Esta Ley (que sustituyó a la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales de 1941) excluye, de manera definitiva del Código Penal a los menores en el ámbito del fuero común del Distrito Federal y los lleva a un régimen estrictamente tutelar. Su artículo 1o. transitorio deroga los artículos 119 a 122 del Código Penal, relativos a la “delincuencia de menores”.

El artículo 1o. destaca la naturaleza tutelar y correccional del Consejo Tutelar, así como la edad límite entre la mayoría y la minoría de edad, al señalar que dicho Consejo tiene por objetivo promover la readaptación social de los menores de 18 años, mediante el estudio de personalidad, la aplicación de medidas correctivas y de protección, así como la vigilancia del tratamiento.

No establece la edad de los menores que por su falta de desarrollo quedan exentos de toda responsabilidad.

En el artículo 2o. se especifican las conductas en las que puede incurrir el menor y que determinan la intervención del Consejo Tutelar. Tales conductas son: *a)* infringir las leyes penales; *b)* infringir los reglamentos de policía y buen gobierno, y *c)* manifestar otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños, a sí mismo, o a su familia, o a la sociedad.

El primer supuesto recoge la conducta que, indiscutiblemente, amerita el sometimiento del menor a un procedimiento ante el Consejo Tutelar. Las otras dos son cuestionables: una por tener ca-

12 García Ramírez, Sergio, “Menores infractores, tema de controversia”, prólogo al libro de Villanueva Castilleja, Ruth, *Los menores infractores en México. Ambito sensible en los derechos de la niñez*, México, Porrúa, 2005, p. XVI.

rácter meramente administrativo, y la otra por ser simplemente una conducta que denota peligro o riesgo para la sociedad o para el propio menor (conductas irregulares de los menores).

Los demás artículos se ocupaban de la organización y atribuciones del Consejo y del procedimiento correspondiente. Se preveía la figura de los promotores que, en algunos aspectos, pudiera parecerse a la del defensor, pero que en estricto sentido no lo era porque en este procedimiento no había contradicción. La función principal del Promotor era vigilar la fiel observancia del procedimiento y la de asistir al menor desde el inicio del procedimiento.

Las medidas que se imponían al menor tenían una duración indeterminada y su finalidad era su readaptación social. Tales medidas eran el internamiento institucional o la libertad vigilada, caso este último en que el menor sería entregado a quien ejerciere la patria potestad o la tutela, o bien, sería colocado en hogar sustituto.

Por otra parte, existía un Consejo Tutelar Auxiliar para conocer exclusivamente de las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno, así como de algunas transgresiones leves de la ley penal (golpes, amenazas, injurias, lesiones que no pongan en peligro la vida y tarden en sanar menos de quince días; además de daño en propiedad ajena culposos hasta por la cantidad de dos mil pesos), ello para simplificar el procedimiento en estos casos y evitar cargas de trabajo a los consejos tutelares.

c) Aunque, seguramente, atrás de este paternalismo legalizado hubieron muy buenas intenciones, la realidad no coincidió con ellas y las críticas que sobrevinieron fueron numerosas y profundas por parte de los especialistas en la materia. Zaffaroni manifestó que un tribunal de menores “no puede ser un tribunal ‘paternal’ y desjudicializado, en el que sólo cuenta la peligrosidad y se pasan por alto las garantías individuales y la cuantía de la lesión al derecho inferida por el menor”; y destaca que debe tenerse presente que la “tutela” ha sido pretexto de casi todos los derechos penales autoritarios idealistas, y el derecho del menor no se ha escapado de esos extremos, pues ha llegado al exceso de privar de la defensa al

menor por no ser necesaria, ya que no pena sino que tutela.¹³ García Méndez denomina este modelo como “doctrina de la situación irregular” del menor, y lo hace por dos razones. La primera, porque hay una “indistinción” entre los menores abandonados y los delincuentes; y la segunda, porque legitima una intervención estatal discrecional, entre otros puntos vulnerables.¹⁴ Además, anota que el modelo tutelar tuvo una “visión seudoprogresista y falsamente compasiva de un paternalismo ingenuo de carácter tutelar”.¹⁵

Se ha afirmado que el modelo o sistema de justicia tutelar se caracteriza, entre otros, por los siguientes rasgos generales y específicos en el procedimiento:¹⁶

1. El menor de edad es considerado inimputable y, por ende, incapaz de responsabilidad penal.
2. Este sistema de justicia opera para dar solución al problema de los menores considerados en “situación irregular” y su fin es resocializarlos.
3. La intervención estatal es ilimitada y discrecional.
4. El juez es la figura central del procedimiento y tiene carácter paternalista. Las funciones jurisdiccional y asistencial, aparecen confundidas en la actuación del juez o autoridad de menores.
5. Se considera que el menor de edad en conflicto con la ley penal, es un ser inadaptado que requiere ayuda para su reincorporación a la vida social.

¹³ *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. I, p. 226.

¹⁴ *Infancia y adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Distribuciones Fontamara, 2001, p. 73.

¹⁵ Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Penal, VII Jornadas sobre Justicia Penal, celebrado del 19 al 23 de junio de 2006, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹⁶ La base de estos datos se encuentra en Tiffer Sotomayor, Carlos, “Los adolescentes y el delito”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Costa Rica, 2003, p. 259.

6. Se somete al menor a un procedimiento por cuestiones de carácter administrativo y hasta por conductas peligrosas.
7. El procedimiento para juzgar al menor es inquisitivo; por tanto, es secreto escrito y no contradictorio, y se puede iniciar sin que exista acusación.
8. No se le reconocen al menor las garantías del derecho penal de adultos. Las reglas procesales son consideradas un obstáculo para el eficaz desarrollo del procedimiento.
9. No se admiten medios probatorios a favor del menor y, por lo mismo, no es necesario el defensor.
10. No existen medios de impugnación o son muy limitados.
11. Las medidas que se aplican son tutelares de tratamiento, de protección, apoyo o asistencia: son medidas benéficas para el menor. Las medidas de internamiento institucionalizado son indeterminadas.

B. Sistema garantista

El sistema garantista se proclama corrector de todo lo vulnerable y negativo del sistema tutelar. En él se reconoce que los menores tienen todos los derechos y garantías de la persona adulta, además de algunos específicos que el menor merece por su situación especial. Se considera al menor de edad (con ciertos límites) responsable de sus actos. El procedimiento al que se les somete es muy similar al de los adultos y las medidas que se les aplican se basan en principios educativos.

En México, en 1991, entró en vigor la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, a ella no se hará referencia concreta porque obedece a los principios de orientación garantista, que son comentados en todo el trabajo.

La Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene como objetivo la protección integral de los derechos de los menores, constituye el instrumento jurídico modelo del garantismo. Sin embargo, y a pesar de que todos los países latinoamericanos han

adoptado la Convención, las legislaciones de menores no han recogido la letra y el espíritu de la Convención de manera integral, algunas, se ha dicho, son hasta incompatibles con ella. De ahí que García Méndez señale enfáticamente que ante esta situación las legislaciones pueden adquirir

dos modalidades de naturaleza radicalmente diversa: a) una adecuación formal-eufemística, o b) una adecuación real que signifique la introducción efectiva de aquellos principios generales de derecho que en forma explícita incorpora la Convención con todas las consecuencias jurídicas de política social que ello implica.¹⁷

Con la reforma al artículo 18 constitucional, México ha dado un paso firme hacia la incorporación efectiva de los postulados de la Convención.

4. El problema de la imputabilidad de los menores

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

La doctrina tradicional sostiene, en términos generales, que la imputabilidad es una capacidad de entender y de querer (teoría italiana), o bien, una capacidad de comprender la ilicitud de la conducta y actuar conforme a esa comprensión (teoría alemana). La legislación mexicana, a partir de la reforma penal de 1983, adopta, en el Código Penal Federal, el criterio alemán, mismo que conservan, tanto el ordenamiento federal¹⁸ como el del Distrito Federal y los de diversos códigos penales de las entidades federativas.

¹⁷ *Op. cit.*, nota 14, p. 77.

¹⁸ En el artículo 15, que da cabida a las “causas de exclusión del delito”, en la fracción VII, se prescribe: “Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo

Respecto de los menores, un sector importante de la doctrina afirma que todos los menores, de manera indiscriminada, son inimputables en razón de carecer de la citada capacidad. Se dice, asimismo, que en relación con los menores hay una presunción *juris et de jure* por lo que respecta a la inimputabilidad, lo que hace innecesario entrar al examen particular y concreto de su capacidad individual. Esta consideración es contraria a la naturaleza misma de la imputabilidad. Es absurdo pensar que la capacidad de comprender la ilicitud del hecho (aspecto sicobiológico personal) y de actuar conforme a esa comprensión se adquiera por disposición legal.

Una persona no puede ser inimputable un día antes de cumplir los 18 años, y convertirse al día siguiente, como por arte de magia, en un ser plenamente capaz, es decir, plenamente imputable. Raúl Zaffaroni, llevando hasta el absurdo la tesis, afirma que, de admitirse el criterio dominante en la doctrina, que presume (presunción *juris et de jure*) la inimputabilidad de los menores, ésta no debe entenderse como una presunción, sino como una ficción, ya que la presunción se establece con lo que generalmente acontece, y no sucede que un menor, después de su cumpleaños, amanece con capacidad de culpabilidad.¹⁹

También es importante dejar asentado que, de acuerdo con los conceptos tradicionales sobre la imputabilidad, y aun si se tomaran en cuenta otros conceptos más modernos —y posiblemente más acertados desde el punto de vista sicobiológico—, no se puede concluir que los menores de 18 años sean inimputables.

Por otra parte, no obstante que se acepte que la mayoría de edad penal se adquiere a los 18 años, ello no implica aceptar que las personas menores de esa edad sean incapaces o inimputables. No es racional pensar —vale la pena reiterarlo— que la capacidad de comprender la ilicitud y de actuar conforme a esa comprensión,

intelectual retardado...”. El Código para el Distrito Federal contiene de fondo el mismo concepto.

¹⁹ *Tratado de derecho penal. Parte general, cit.*, nota 13, p. 231.

que depende de las funciones cerebrales, se adquiere o se pierda por decreto o por disposición legislativa. La imputabilidad es algo totalmente independiente del límite que marca la ley para determinar la mayoría y la minoría de edad. Con o sin disposiciones legales, un sujeto es: *a)* imputable; *b)* inimputable, o *c)* todavía no imputable.

En derecho mexicano, no existe norma penal ni jurídica de otra naturaleza que estipulen la inimputabilidad de las personas menores de 18 años. Se trata, pues, de una apreciación doctrinaria.

El universo de las personas mayores de 18 años no es un universo homogéneo, en el que todos, por el simple hecho de tener 18 años o más, son capaces, maduros y sensatos; muy por el contrario, es un universo heterogéneo de personas diferentes en cuanto a la capacidad de comprender la ilicitud y, sobre todo, en lo referente a la capacidad de actuar conforme a esa comprensión.

Lo mismo acontece con los menores de 18 años: ni son todos capaces o imputables, ni son, tampoco, todos incapaces o inimputables. El universo de los menores como el de los mayores es, igualmente, heterogéneo. En consecuencia, será su real desarrollo y estado sicobiológico el decisivo para calificarlos de imputables o todavía no imputables²⁰ en cada caso concreto.

La imputabilidad del menor, al igual que la del mayor, debe ser determinada, en cada caso particular, por médicos especialistas en la materia. Parece lógico pensar que en esta calificación médica, y especialmente en el caso de los menores, es importante la correspondencia entre la edad biológica y la edad mental.

Al decir de Maurach, a los menores les falta madurez ético-intelectual. Esta carencia es propia de la etapa del crecimiento natural y fisiológico, por ello —afirma—, debe evitarse la expresión “inimputabilidad” respecto de los menores, en virtud de que se re-

²⁰ Rodríguez Manzanera también afirma que “los menores pueden ser imputables o inimputables, según reúnan o no los requisitos de capacidad de comprensión del ilícito y la facultad de adecuar su conducta a dicha comprensión”, *Criminalidad de menores*, México, Porrúa, 2000, p. 328.

fiere a perturbaciones de índole patológica.²¹ En este mismo sentido García Ramírez afirma que

en rigor, la exclusión penal de los menores... no obedece a una inimputabilidad real. Afirmar la existencia de inimputabilidad en estos sujetos exigiría, exactamente como en el caso de quienes han sufrido un trastorno mental transitorio o se hallan privados de razón, un juicio individual acerca de una condición personal no colectiva: capacidad de conocer y querer, en el sentido en que lo definen las legislaciones italianas y alemanas y otras muchas —también mexicanas— en pos de aquéllos.²²

Por otra parte, debe apuntarse que los menores que no han alcanzado aún su desarrollo sicobiológico, por su corta edad (todavía no imputables), sin discusión alguna deben estar exentos de toda responsabilidad. Estos menores quedan, de plano, fuera del ámbito penal.

Finalmente, ha de quedar claro que el sostener que los menores de edad, que han cumplido 12 años pero no 18, son imputables, no implica que se les deba juzgar por los mismos jueces o autoridades que juzgan a los mayores de edad (deben quedar en el ámbito del sistema de justicia para menores); tampoco implica que se les apliquen las mismas sanciones penales que a los mayores; eso sería irracional.

II. POSTULADOS QUE SE DESPRENDEN DEL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL

1) La obligación de la Federación, los estados y el Distrito Federal de establecer, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para adolescentes.

21 *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1962, t. II, p. 124.

22 “Menores infractores, tema de controversia”, prólogo al libro de Villanueva Castilleja, Ruth, *op. cit.*, nota 12, p. XV.

Construir este sistema integral no será tarea fácil —pero es tarea absolutamente indispensable— dado que existen 31 entidades federativas y un Distrito Federal con sistemas diferentes, unos tutelares y otros garantistas, y con instituciones y normatividad muy diversas.

La Convención sobre los Derechos del Niño claramente postula que

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes...

Un sistema integral de justicia para “adolescentes” debe comprender forzosamente los siguientes ámbitos: *a)* el preventivo; es decir, la prevención de la antisocialidad de los menores; *b)* el legislativo; *c)* el judicial, que implica, de manera inevitable, la procuración de justicia, que debe llevar a cabo un órgano acusador (Ministerio Público) y un órgano de defensa (defensoría pública o privada), y *d)* el ejecutivo.

A) Por lo que respecta a la prevención, es necesario instrumentar una integral, consistente y bien planificada política de prevención de las conductas antisociales cometidas por los menores. Esto implica, en primer término, el despliegue de medidas que fortalezcan los programas de prevención no penal, para lo cual habrá que coordinarse con las autoridades de educación, del sector salud, del sector de desarrollo social y de desarrollo integral de la familia.

No hay que olvidar que las conductas antisociales de los menores (como las de los adultos) guardan relación directa con múltiples factores que las propician, por ejemplo, la disfuncionalidad familiar, la “situación de calle” de los niños, el desempleo, la pobreza extrema (cada vez más extendida), la marginación, la proliferación de las drogas y la facilidad para obtenerlas; la deficiente prestación de los servicios públicos y todo esto relacionado con la

corrupción y la impunidad. Todos estos factores deben combatirse de manera decidida con las medidas correspondientes a cada uno de ellos.

La política de prevención no penal hace necesaria la creación de instancias dedicadas a estudiar la realidad social para: *a)* detectar las formas como operan las personas menores (en lo individual y en bandas) que cometen conductas antisociales; *b)* conocer y regionalizar los factores que propician la antisocialidad, y *c)* estructurar y poner en juego las medidas idóneas para, primero, combatir esos factores y, segundo, inhibir a los menores (mediante medidas) a fin de que no caigan en antisocialidad.

Esta instancia o etapa, en un integral sistema de justicia, es de especial importancia porque cumple, a la vez, con los principios de racionalidad y de *ultima ratio* del derecho penal.

B) En la instancia legislativa se debe atender puntualmente a los postulados constitucionales, especialmente los contenidos en el artículo 18, y a los instrumentos internacionales ratificados por México, anteriormente señalados. En todos los ámbitos (legislativo, judicial y ejecutivo) se debe tener presente, de manera prioritaria, “el interés superior del niño”.

Por otro lado, el legislador no debe olvidar que, antes de elaborar la normatividad que ha de conformar el sistema integral de justicia, debe conocer perfectamente la realidad subyacente, lo cual es muy difícil, como ya se anotó, pero no imposible.

La normatividad actual es claramente heterogénea en cuanto al sistema que adopta (tutelar o garantista); la edad frontera (superior) entre la mayoría y la minoría de edad, para efectos de responsabilidad penal; la edad frontera (inferior) para deslindar de toda responsabilidad a los niños; los organismos dedicados a la atención de los menores infractores; el procedimiento al que se les somete; las medidas que les son aplicables y la ejecución de tales medidas.

C) En el ámbito de la procuración de justicia se requiere personal profesional en la función que desempeña, es decir, especializado en menores (adolescentes).

La profesionalización del Ministerio Público y de la defensoría es insoslayable, así como el establecimiento del servicio civil de carrera. Los menores no pueden quedar en manos de los agentes del Ministerio Público con los que ahora cuentan las procuradurías: agentes cuyo funcionamiento está lleno de vicios y que ha merecido el temor de la sociedad por sus prácticas de abuso de poder, de extorsión y hasta de tortura. Por tanto, debe crearse una Procuraduría para atender, de manera exclusiva y especializada, los problemas de los menores o adolescentes.

D) En la instancia judicial, tanto los jueces como los magistrados deberán ser profesionales altamente calificados e integrados en un tribunal especial. (A este tema se hará referencia más adelante).

E) En el área de ejecución, como se desprende del artículo 18, se deberá contar con los lugares adecuados para el tratamiento en internamiento, que siempre deberá tener como finalidad “la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades”. Como puede verse, no se trata de cualquier lugar que se destine para esos efectos, como suele suceder, sino del lugar que cuente con las instalaciones necesarias y adecuadas para el fin propuesto. Un verdadero centro de internamiento, idóneo para proporcionar las medidas de tratamiento que amerite el menor. (La Ley Federal de Justicia para Adolescentes, todavía no aprobada, habla de un juez de ejecución para adolescentes).

En cuanto a los recursos humanos, los custodios y demás personal de cierto nivel deben ser especialistas en problemas y trato de menores.

2) El sistema tiene como objetivo: “que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo,²³ así como aquellos derechos específicos que por su con-

23 Este señalamiento es acorde con el artículo 1o. de la Constitución, que postula: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garan-

dición de personas en desarrollo les han sido reconocidas” a quienes tienen entre 12 años cumplidos y menos de 18 años, que han cometido una conducta tipificada como delito por las leyes penales.

Los derechos específicos de las personas en desarrollo son, sin lugar a dudas, los derechos dispuestos en leyes nacionales, como la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y en instrumentos internacionales de los cuales México es parte, muy especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño que, como su nombre lo indica, es un verdadero catálogo de estos derechos. En las Reglas de Beijing se puntualiza que “el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos”. Por su parte, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad destaca: “El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental”.

Cabe señalar que la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal señala que “En la aplicación de esta Ley se deberá garantizar el irrestricto respeto a los derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales” (artículo 2o.).

3) El sistema se aplicará, únicamente, a quienes se “atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales”, postulado de especial trascendencia porque, a partir de esta reforma, ningún estado de la república podrá procesar a los menores (o “adolescentes”) por la realización de conductas peligrosas para la sociedad o para ellos mismos o por situaciones de “riesgo”, o simplemente por mal comportamiento. Con el sistema tutelar se privaba de la libertad a los menores en instituciones correccionales para “protegerlos” de influencias negativas. Con este postulado se le da vigencia plena al principio de legalidad, ya que

tías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

se delimita, con toda precisión, el ámbito de lo punible y, como consecuencia, se conoce, con certeza, lo que no es punible.

En las Reglas de Beijing se dice que menor delincuente es “todo niño o joven al que se le ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito” (2.3.c.).

La Convención sobre los Derechos del Niño, al respecto, previene que “no se alegue, acuse o declare culpable a ningún niño... por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron” (artículo 40, punto 2, inciso a).

La Ley para la Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes prescribe que la privación de la libertad sólo se aplicará “cuando se haya comprobado que se infringió gravemente la ley penal” (artículo 45-c).

4) La edad de las personas comprendidas en este sistema será de “entre 12 años cumplidos y menos de 18 años”, señalamiento claro que termina con la tentación de las autoridades y de algunos grupos sociales que, sin conocer la realidad de este problema, pretenden, de manera reiterada, la disminución de la edad para la responsabilidad penal de los adultos. Esta disposición trae como consecuencia que las diversas entidades federativas tengan que uniformar la edad de los menores, tanto en su límite inferior como en su límite superior, para la responsabilidad minoril. En tanto no hagan esta reforma legislativa, deben acatar de inmediato la disposición establecida en el artículo 18 constitucional.

La legislación mexicana hasta este momento no ha sido homogénea. Las diferencias son profundas. Hasta antes de la reforma al artículo 18 constitucional, doce estados establecían una edad de dieciséis años, uno (Tabasco) la de diecisiete años y, con una correcta orientación, el Distrito Federal y 18 entidades federativas adoptaban como límite el de la mayoría de edad civil: 18 años. Los partidarios de la disminución de la edad hablan de la necesidad de “bajar la imputabilidad a dieciséis años”; esta expresión revela que no se ha logrado superar la confusión de dos materias diferentes: la

imputabilidad y la edad frontera entre mayoría y minoría de edad para la responsabilidad penal (límite superior).

El límite superior de 18 años de edad ya estaba previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, que postula en su artículo 1o.: “Se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad”. Por su parte, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad anota: “Se entiende por menor una persona de menos de 18 años de edad” (11. a). La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes anota, puntualmente, que son niñas y niños “las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos”.

El establecimiento de la edad frontera entre los menores que pueden ser legalmente responsables y los menores que, por su corta edad no deben ser objeto de ninguna responsabilidad, ha sido motivo de polémica por los especialistas; sin embargo, la doctrina, en forma unánime, acepta que hay un sector de menores que, por no haber alcanzado aún su desarrollo sicobiológico, indiscutiblemente debe quedar exento de toda responsabilidad. La determinación legal de la edad que limita este sector ha ido variando a través del tiempo. El Código Penal de 1931 no la fijó, tampoco la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores. Curiosamente, fue la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de 1976, la que estipuló seis años (artículo 27 fracción XXVI). La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, adoptó la edad de once años y, actualmente, la Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes determina 12 años.

La precisión de esta edad en el artículo 18 constitucional, responde, en mucho, a la obligación, consignada en la Convención para los Estados partes, de establecer “una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales” (artículo 40, punto 3, inciso a).

5) Las personas menores de 12 años que realicen una conducta prevista como delito en la ley, únicamente serán sujetos a rehabili-

tación y asistencia social. La especificación constitucional de este límite inferior de 12 años es sumamente trascendente, porque pone fin a la especulación sobre cuáles personas deben quedar sometidas a un procedimiento por atribuírseles responsabilidad y cuáles quedan al margen de ella. Debe subrayarse que, a partir del día en que entró en vigor esta adición constitucional, las autoridades correspondientes, independientemente de la actitud pasiva del legislador, deben descartar cualquier otra disposición que aparezca en sus leyes y proceder a proporcionar la asistencia social a estas personas de corto desarrollo considerados niños. Obviamente la rehabilitación y asistencia social debe proporcionarse en absoluta libertad del niño.

Este señalamiento relativo a la edad del menor es acorde a lo previsto en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

6) 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. Esto quiere decir que los tribunales serán especiales, como lo es, por ejemplo, el Tribunal Agrario y el Tribunal Federal Electoral, y no un conjunto de jueces y magistrados incorporados al Poder Judicial mediante una simple división por materia.

La creación de nuevos tribunales conlleva múltiples problemas que hay que resolver, como: contar con el edificio que los albergue y con el equipo necesario para el cumplimiento de la función, la preparación y selección del personal idóneo para el trato que debe darse a los menores. De ninguna manera se puede pensar en dos o tres meses de capacitación del personal, porque eso sería una farsa. No cabe la improvisación. Estos mismos problemas van a gravitar sobre los órganos que tendrán a su cargo la custodia y defensa de los adolescentes. En resumen, son necesarios nuevos recursos humanos capaces para el desempeño de la función y conscientes de la responsabilidad que van a asumir; asimismo, son indispensables los recursos materiales necesarios y suficientes para el caso. De no ser así, la reforma constitucional va a quedar en un buen deseo.

Los criterios en el ámbito internacional se han manifestado en la forma siguiente:

Las Reglas de Beijing puntualizan que el personal encargado de administrar la justicia de menores debe tener “siquiera una formación mínima en materia de derecho, sociología, sicología, criminología y ciencias del comportamiento”. Además, subrayan que “para garantizar la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción” (artículo 22.1). La Convención también prevé la especialidad de leyes, procedimientos y autoridades para atención de los niños (artículo 40-3).

7) Se prescribe que

en todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal. Esto significa, en un sentido muy amplio, que se actuará, en todo momento, con respeto absoluto a las garantías constitucionales que deben regir el enjuiciamiento al que se les someta, que en realidad debe ser, sin lugar a dudas, un enjuiciamiento penal acusatorio. Fix-Zamudio entiende por debido proceso legal el conjunto de requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados.²⁴

En todos los instrumentos internacionales signados por México se da pleno reconocimiento a la garantía del “debido proceso legal”, insoslayable en un juicio imparcial y justo.

En las Reglas de Beijing se consigna:

En todas las etapas del proceso se respetarán las garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al ase-

²⁴ *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 820.

soramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho a la apelación ante una autoridad superior (7.1).

Todos estos principios están consagrados, de manera más explícita, en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual agrega otros referentes a los niños que no comprenden o hablan el idioma utilizado por las autoridades en el procedimiento (artículo 40).²⁵ Además, en su artículo 37, prescribe la obligación que tienen los Estados de velar por que se protejan los derechos fundamentales de los niños privados de su libertad.

8) Deberá haber independencia entre las autoridades que efectúan la remisión y las que impongan las medidas.

25 Artículo 40, parte 2, inciso b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él, y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considere que ha infringido en efecto las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

Este postulado marca, con toda exactitud, la separación que debe establecerse entre la autoridad que realiza la investigación y la autoridad judicial como órgano de decisión. Su fundamento se encuentra en el artículo 21 constitucional en el cual se dispone que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, en tanto que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público.

9) A los adolescentes se les “podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento²⁶ que amerite el caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente”.

Aquí es oportuno recordar que, a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, surge la “doctrina de protección integral de los derechos de la infancia”, que entraña un conjunto de principios y directrices destinados precisamente a ga-

26 La Ley para el tratamiento de menores infractores establece las siguientes medidas de orientación (artículo 97):

- I. La amonestación;
- II. El apercibimiento;
- III. La terapia ocupacional;
- IV. La formación ética, educativa y cultural; y
- V. La recreación y el deporte.

Artículo 103. Son medidas de protección, las siguientes:

- I. El arraigo familiar;
- II. El traslado al lugar donde se encuentre el domicilio familiar;
- III. La inducción para asistir a instituciones especializadas;
- IV. La prohibición de asistir a determinados lugares y de conducir vehículos; y
- V. La aplicación de los instrumentos, objetos y productos de la infracción, en los términos que determine la legislación penal, para los casos de comisión de delitos.

Artículo 112. El tratamiento se aplicará de acuerdo a las siguientes modalidades:

- I. En el medio sociofamiliar del menor o en hogares sustitutos, cuando se aplique el tratamiento externo; o
- II. En los centros que para tal efecto señale el Consejo de Menores, cuando se apliquen las medidas de tratamiento interno.

rantizar la protección integral de la infancia. Se busca la satisfacción plena de sus derechos.

La Convención indica: “Todas la medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas o de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deberán tomar como consideración primordial el interés superior del niño” (artículo 3o.).

Las Reglas de Beijing también subrayan que el tratamiento de menores tiene como objeto “garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad” (26.1). Asimismo anota que los menores confinados en establecimientos penitenciarios “recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria —social, educacional, profesional, psicológica, médica y física— que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano” (26.2).

Esto significa que en la aplicación de cualquier medida debe tenerse presente el interés superior del niño y el respeto pleno de los derechos humanos.

El interés superior del niño, de acuerdo con Cillero Bruñol, es una garantía, en virtud de la cual, en toda decisión concerniente al niño se deben considerar, primordialmente, sus derechos; dicha garantía no sólo obliga al legislador sino, también, a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y hasta a los padres del menor; es, también, una directriz política para la formulación de políticas públicas.²⁷ De acuerdo con la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre condición jurídica y derechos humanos del niño (a la que ya se refirió con amplitud el doctor Carbonell), implica que el desarrollo

27 “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en García Méndez, Emilio y Beloff, M. (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá, Temis-DePalma, 1998, p. 84.

del menor y el ejercicio pleno de sus derechos, deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y aplicación de éstas en todos los ordenes relativos a la vida del niño.

10. Se dice que las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación del sistema siempre que resulte procedente.

Esto es así, en razón de que con el nuevo sistema de justicia, se pretende que los adolescentes padezcan sólo los daños o sufrimientos necesarios para el caso.

En las Reglas de Beijing se dispone que para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una diversidad de medidas, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente. Entre otras, figuran: *a)* órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; *b)* libertad vigilada; *c)* órdenes de prestación de servicios a la comunidad; *d)* sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; *e)* órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; *f)* órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; *g)* órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; *h)* otras órdenes pertinentes (artículo 18.1). Por su parte, la Convención postula que siempre debe preferirse la adopción de medidas (alternas) para evitar procedimientos judiciales y anota las siguientes: “el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional...” (artículo 40 punto 4).

11. Las medidas deberán ser proporcionales a la conducta realizada.

Este es un principio fundamental para la vigencia de la justicia en cualquier sistema, ya sea para adultos o para menores. La sanción, o la medida, debe ser acorde a la gravedad del delito cometido; de otra forma, será una medida arbitraria e irracional. (A este principio ya se refirió Miguel Carbonell en el ensayo previo).

Las Reglas de Beijing puntualizan que “La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad” (artículo 17.1.a). En el mismo sentido la Convención (artículo 40-4).

12. Las medidas que se impongan a los menores tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades.

La Convención destaca “la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (artículo 40-1). Las Reglas de Beijing, por su parte, establecen como objetivos del tratamiento garantizar el cuidado y protección del menor, así como su educación y formación profesional, para permitirle que desempeñe un papel constructivo y productivo en la sociedad.

13. “El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda”.

Con esta disposición se pretende proteger a los menores de las influencias negativas que se pueden dar en el internamiento en razón de su vulnerabilidad, por la “temprana etapa de desarrollo en que se encuentran”.

La Convención postula que “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley, y se utilizará sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda” (artículo 37, punto b). Las Reglas de Beijing prevén este principio y, además, anotan que “la pérdida de la libertad como estar aislados de su contexto social habitual agudiza los efectos negativos” del confinamiento (artículo 19, parte 1).

14. El internamiento podrá aplicarse a los adolescentes mayores de 14 años de edad únicamente por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

A propósito de este postulado, las Reglas de Beijing prescriben que “sólo se impondrá la privación de la libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que con-

curra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada”.

La determinación de que los menores de 14 años no puedan ser sometidos a internamiento va a crear problemas serios en las entidades federativas que han reducido la edad límite para la responsabilidad penal.

Por otra parte, es lamentable que en este sistema de justicia para menores se haga referencia a la clasificación de delitos graves y no graves (institucionalizada en la reforma constitucional de 1993 a propósito de la procedencia de la libertad provisional), misma que ha sido sumamente criticada por los especialistas. La especificación de los delitos graves se dejó a las leyes procesales, las que, con la máxima facilidad, incrementan el catálogo de tales delitos, lo cual va a repercutir sensiblemente en la privación de la libertad de los adolescentes.

Cabe destacar que la reforma guardó silencio respecto al límite superior de la sanción o la medida en internamiento. En esta forma, dicho límite se puede disparar —como ya está aconteciendo— en algunas leyes de los estados, situación que va a dar margen a inconsistencias en lo que debe ser el sistema integral de justicia. Ya se empieza a ver que algunas entidades proponen más de cinco años: unas, 7 años, otras, 9 años y alguna hasta de 15 años.

15. Artículos transitorios. En el artículo segundo transitorio se prevé un plazo de seis meses, a partir de la entrada en vigor del decreto (12 de marzo de 2006), para que los estados de la Federación y el Distrito Federal creen “las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del mismo decreto”; lo cual significa que el sistema integral de justicia para adolescentes debió empezar a operar el 12 de septiembre de 2006. Sin embargo, no fue así y, en este momento, la reforma ha quedado sólo en el texto del artículo 18 constitucional. Las leyes de los estados de la República, además de haberse elaborado con premura y sin la reflexión suficiente, duermen el sueño de los justos: algunas de ellas no han si-

do aprobadas por sus legislaturas, otras ya fueron aprobadas pero no se han publicado, y otras más no han entrado en vigor.

El plazo constitucional (de seis meses) debió haber sido lo suficientemente amplio, posiblemente de dos años, para poder cumplir a cabalidad con la integración de un verdadero sistema integral de justicia para adolescentes. En la fijación de ese plazo se debieron prever, básicamente, los tiempos necesarios y suficientes para: *a)* la elaboración de las leyes correspondientes de cada entidad federativa y del Distrito Federal; *b)* la construcción de edificios o de espacios adecuados para albergar a cada una de las áreas especializadas de procuración, impartición y ejecución de la justicia de menores, y *c)* la formación de un personal altamente calificado para integrar las diferentes áreas del sistema de justicia que —valga la aclaración— no se logra en pocos meses.

En cuanto a la elaboración de las leyes reglamentarias, en cada entidad federativa hubiera sido conveniente la creación de un grupo de especialistas que de manera conjunta analizaran la viabilidad y las implicaciones de la instauración del sistema de justicia de menores, así como la posibilidad de crear un proyecto modelo de ley para evitar contradicciones al interior y al exterior del sistema.

Todo esto ha motivado que diversas entidades de la república estén considerando la posibilidad de un nuevo plazo de un año que haga factible la operatividad del sistema.

III. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, “Adolescentes y responsabilidad penal: una perspectiva de derechos humanos”, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Penal, VII Jornadas sobre Justicia Penal, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 23 de junio de 2006.

———, *Infancia y adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, UNICEF, Distribuciones Fontamara, 2001.

- y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá, Buenos Aires, Temis-Depalma, 1999, tt. I y II.
- y CARRANZA, Elías, *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1962, t. II.
- RAMÍREZ ESPAZA BEGUERISSE, Paula, “Reforma del artículo 18 constitucional en materia de justicia para adolescentes”, *Criminalia*, México, año LXXI, núm. 3, septiembre-diciembre de 2005.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminalidad de menores*, México, Porrúa, 2000.
- SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, “La restauración y la mediación en la justicia de menores”, *Criminalia*, México, año LXXI, núm. 3, septiembre-diciembre de 2005.
- Varios autores, *Memoria del curso de actualización en materia de impartición de justicia de menores infractores*, México, Secretaría de Gobernación, Subsecretaría de Protección Civil y de Prevención y Readaptación Social, Consejo de Menores-Academia Mexicana de Ciencias Penales, 1997.
- Varios autores, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Comisión Europea, 2006.
- Varios autores, *Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990.
- Varios autores, “Reforma al artículo 18 constitucional, retos y perspectivas”, *El Ombudsman, Revista Especializada en Derechos Humanos*, núm. 1, Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Aguascalientes, 2006.
- VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, *Menores infractores y menores víctimas*, México, Porrúa, 2004.
- , *Los menores infractores en México. Ámbito sensible en los derechos de la niñez*, México, Porrúa, 2005.

- *et al.*, *En defensa de la razón. La justicia de menores infractores en la reforma al artículo 18 constitucional*, México, Comisión del Sistema Integral de Justicia para Menores Infractores-Anfeami y Reintegra, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. I.