



Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho

Seminario de Derecho Procesal

“La Participación de los Niños dentro del Proceso Penal.”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ELISA VÁZQUEZ SÁNCHEZ

ASESORA: LICENCIADA MARGARITA MARÍA GUERRA Y TEJADA.



MÉXICO, D.F

2008



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A todos aquellos que han sido parte fundamental para forjar mi destino.

Mamá, Papá, Enrique. Mi pequeña familia, siempre presentes a lo largo de mi vida y decisiones. Gracias por inspirarme en todo momento.

Doña Minerva y Don Emilio; Doña Nora y Don Tacho. Por la gran inspiración que han representado día a día, ya sea desde el cielo o desde la tierra.

Mis amigos de por vida. Mariana García Guillén, Alberto Bremermann Borraz, Tucheé Gaona Gordillo, Alberto Pérez Mendoza. Por estar siempre presentes en mi vida y permitirme ser parte de la suya.

A Sergio Pérez López de la Cerda. Por ser mi compañero en esta dura travesía y lo que sigue.

A mis compañeros de trabajo. Magistrados, abogados y amigos que han compartido conmigo en el Sexto Tribunal Colegiado en

Materia Penal del Primer Circuito. A la Magistrada Elvia Díaz de León por permitirme ese primer acercamiento a esta área.

A la Universidad Nacional Autónoma de México. Por enseñarme que se debe pelear por las cosas que de verdad se desean, a respetar el universo de opiniones que convergen en sus aulas, por mostrarme el panorama del México en el que vivo.

A mis amigos de la Universidad. Por alentar mi interés tanto en la ciencia jurídica como en la vida misma.

A la Licenciada Carmen Hernández Martínez. Por su gran ayuda para sacar adelante este trabajo.

A la Licenciada Margarita María Guerra y Tejada. Por ser una entusiasta del Derecho y asesorarme en este trabajo, además de haber sido una gran jefa y amiga.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES	1
1.1. Evolución histórica del concepto de niño	2
1.1.1 Los niños en la época medieval	4
1.1.2 Conceptos Renacentistas	8
1.1.3 Los niños y la sociedad moderna	12
1.1.4 Los niños en el Mundo contemporáneo	15
1.2. Instrumentos previos a la Convención de Derechos del niño.	20
1.3. Firma y Ratificación de los instrumentos por nuestro país.	39

CAPÍTULO 2. REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE NUESTRO PAÍS Y SU APLICACIÓN	41
2.1 Entrada en vigor de la Convención	42
2.2 Planteamientos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	47
2.3 Planteamientos en otros ordenamientos	50
2.4 Materia procesal en nuestro país	57

CAPÍTULO 3. INSTITUCIONES ANTE LAS CUALES SE PRESENTAN LOS MENORES	67
3.1 Ministerio Público Investigador	68
3.2 Juez de Primera Instancia	71
3.3 Magistrados	73
3.4 Consejo Tutelar de Menores	75

CAPÍTULO 4. DERECHO COMPARADO	80
4.1 Estados Unidos de Norteamérica	81
4.2 España	88
4.3 Francia	94
4.4 Alemania	97
4.5 Argentina	100

4.6 Colombia	103
--------------	-----

CAPÍTULO 5. ESPECIALISTAS EN ATENCIÓN A NIÑOS EN EL PROCESO PENAL 107

5.1 Especialistas en Psicología	110
---------------------------------	-----

5.1.1 Atención oportuna cuando son víctimas del delito	114
--	-----

5.1.2 Determinación de un perfil psicológico acertado en las Agencias del Ministerio Público.	115
---	-----

5.1.3 Análisis e interpretación de las declaraciones o testimoniales vertidas ante cualquier autoridad.	116
---	-----

5.2 La justificación de abogados especialistas	118
--	-----

5.3 Reformas aplicables al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.	120
---	-----

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

No obstante que hace ya muchos años se firmó y ratificó la Convención de los Derechos de la Niñez, es un hecho que nuestro país, aún teniendo la obligación concreta, no ha logrado implementar un sistema para la participación de los niños en los procedimientos en Materia Penal, tanto a nivel averiguación previa como en el proceso, en su calidad de indiciados, ofendidos o testigos, por lo tanto, cuando existe este necesario acercamiento, es deficiente porque no hay una adecuada conciencia de que la percepción de ellos es distinta a la de los adultos, se asume que su capacidad intelectual es inferior a la de la gente que ya ha alcanzado la madurez cuando en realidad lo que ocurre es que la de ellos está en etapa de desarrollo.

Es una realidad que la forma de percibir de los niños¹ es diferente. Las referencias espacio-temporales que adquieren, poco tienen que ver con las de los adultos, pues aunque sea un poco difícil de admitir, es un hecho que los niños precisan de una especie de traducción para poder compartir realmente sus deseos con las autoridades, a cargo de asuntos relacionados con adultos. Se necesitan identificar ciertos aspectos de sus declaraciones para eliminar los errores de apreciación o perspectiva de los que sí son mentiras.

La trascendencia de este planteamiento es para el procesado, que debe ser juzgado dependiendo en gran parte de la declaración de un niño, la cual deberá ser valorada por el Juez con el fin de poder determinar una u otra cosa; al entender cabalmente lo que el pequeño quiso decir, se puede tomar una firme y convencida decisión respecto del futuro de alguien. De igual forma que si es inocente, será puesto en libertad y no será una mala influencia en un niño la razón de una injusticia.

Otra razón es hacer más simple para los niños esta intervención. Cuando son víctimas se debe tener especial cuidado en el tratamiento que se les da, pues aunque se han implementado exitosamente diversos dispositivos para ello,

¹ Considerados en la Convención como los menores de dieciocho años de edad

sobre todo cuando se trata de delitos sexuales (como son los circuitos cerrados), también es un hecho que si lo que se desprende de un careo no es adecuadamente interpretado, de nada servirá tal dispositivo. En los casos en que son indiciados, con mayor razón hay que ponerles cuidado, pues de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se desprenden una serie de derechos y garantías para los indiciados en general y es realmente condenable que por una inadecuada comprensión de una declaración emitida por un menor de edad, se le condene y con ello, se le marque de por vida.

Los niños merecen especial tratamiento, atención y cuidados, pues hay que crear en ellos confianza en nuestro tan demeritado sistema judicial. De los aciertos que se obtengan, en gran medida, depende el futuro de las instituciones que conforman el sistema legal, situación que de ninguna manera se puede ignorar, pues de hacerlo, sería condenar desde este momento la confianza de las generaciones que están por llegar.

Si se desea una adecuada administración de justicia, es indispensable que los testimonios emanados de los niños sean tomados en cuenta con la seriedad debida, pues de no ser así, la intención de justicia se ve frustrada de manera inevitable, lo cual, sin duda, perjudica de manera directa a quienes tienen que ventilar algún conflicto en materia penal ante los tribunales y demás instituciones relativas.

En el momento concreto que se vive, la delincuencia gana terreno por encima de los órganos de administración de justicia a pasos agigantados, no se puede permitir ningún punto vulnerable dentro del sistema, razón suficiente para implementar soluciones concretas al problema y falta de certeza que da la carente interpretación de las declaraciones, testimoniales y demás intervenciones de los niños ante las instituciones pertinentes.

Este trabajo de investigación pretende, entre otras cosas, demostrar la necesidad de acreditar a personal especializado en el tratamiento de niños para que realicen una labor interpretativa con relación a las declaraciones emitidas por niños, con la finalidad de que los adultos que tienen que

considerarlas para consignar o sentenciar, lo hagan con la total comprensión de lo expresado por ellos y no de acuerdo al criterio de los adultos, sino conociendo las razones precisas por las cuales se expresan de manera diferente a la nuestra y por lo tanto, sus palabras tienen un significado diverso al que se le puede atribuir si se estudia simple y llanamente ateniéndose a la literalidad.

Mediante un tratamiento especial a las declaraciones o demás intervenciones de los niños se podría administrar la justicia que tanta falta hace en tiempos actuales, además de darle completo cumplimiento a la Convención sobre los Derechos de la Niñez, suscrita en la ciudad de Nueva York el 20 de noviembre de 1989, la cual fue firmada y ratificada desde hace ya varios años por nuestro país, para ser precisos, su firma se realizó el 26 de enero de 1990 y su ratificación se llevó a cabo el 10 de agosto del mismo año, publicada finalmente el 25 de enero de 1991.

También será necesario instruir de igual manera al personal público que trata a diario con menores de edad con la finalidad de darles un trato adecuado, pues sólo así se puede realizar la labor conforme a lo signado en la mencionada convención.

Al tener instituciones con las herramientas necesarias (pues de ninguna manera se plantea en este trabajo que es obligación de las mismas ser expertas en los niños, pero sí ser conscientes de que su perspectiva es diversa) para entender la voluntad real de los menores en el caso en que son indiciados y encontrar la verdad histórica cuando así sea necesario, aplicando una real y auténtica justicia.

Definitivamente debe quedar claro que sí es mucho lo que se habla con relación a la niñez, pero destacando que no es precisamente en el Derecho en donde se llevan a cabo estas discusiones, sino dentro de otras disciplinas de las humanidades, tales como la Pedagogía, Psicología, Trabajo Social, entre otras, lo cual deja al descubierto deficiencias que tienen que ser atendidas por los abogados y no por los demás.

Otro punto a mencionar es que en materia internacional sí hay mucho al respecto, pero de nada sirve si no se lleva a la práctica dentro de nuestro territorio, o por lo menos no a nosotros.

Si bien es cierto, hay quienes han abordado temas afines, pero en otras materias, como es, obviamente, en materia familiar, donde la intervención de los menores es más constante, pero no por ello más delicada de lo que lo es en materia penal.

Urge darle solución a los problemas que aquejan a nuestro sistema legal, entre ellos, el que se plantea en el presente trabajo.

Hablando de la prueba testimonial, Romero Coloma habla de dos cualidades esenciales de orden racional, en primer lugar de la conciencia y en segundo de la autocrítica, dice: “la primera es, prácticamente, la única que ha sido conocida y buscada en la práctica judicial, porque ésta se ha preocupado casi exclusivamente del aspecto moral de la crítica del testimonio.”² Mismo planteamiento que se ve reflejado en el artículo 255 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pues de datos simples como el perfil del testigo, determinamos si es o no idóneo para emitir declaraciones, sin tomar en cuenta que para que sus testimoniales sean aceptables, el sujeto además debe contar con un nivel adecuado de autocrítica, para así desprenderse de su pensamiento lo más posible evitando de esta forma, ser demasiado subjetivo, para acercar más su relato al de los hechos tal cual sucedieron. En el caso de los niños, es más difícil lograr esto, por eso, es aún más necesaria la presencia o al menos la revisión de un psicólogo capacitado en el ramo, para interpretar las declaraciones, o bien tener ajustes al principio de la psicología del testigo apreciada por el juzgador.

El desarrollo del presente trabajo pretende encontrar la forma más adecuada de atender la realidad que viven todos los días los menores que se acercan,

² Romero Coloma, Aurora María, “Problemática de la prueba testifical en el proceso penal.” Primera edición. Cuadernos Civitas. Madrid, 2000, página 17.

por una u otra razón a este tipo de instituciones, no en cuanto a tomar las declaraciones se refiere, pues en ese sentido se ha ido avanzando poco a poco para buscar formas menos agresivas y mejores para tomar dichas declaraciones, cosa que no puede ser del todo útil si no se comprenden en su totalidad las palabras que fueron obtenidas por estos medios; propiciando al testigo menor de edad un entorno ad hoc a su status.

Demostrar que sí es diferente la forma de expresión y comprensión de los niños y que eso merma la justicia que se administra a diario en los tribunales en materia penal.

Hacer un estudio de los lugares donde se ha comprendido esta diferencia y que al darle un adecuado tratamiento se ha mejorado la forma de administrar justicia.

También se busca que los niños crean en el sistema legal del cual son parte, con la finalidad de que a futuro lo resguarden o lo mejoren en los puntos en que sea deficiente, esto, por supuesto, en aras de un mejor país para todos.

La razón por la que fue elegido este tema es porque si no se tienen las herramientas suficientes para entender los indicios y pruebas existentes en un asunto, no hay forma de que la verdad histórica a la que se llega sea tan acertada.

Las repercusiones que hay con respecto a solucionar el conflicto planteado son muchas, van desde los casos específicos en los que intervengan los menores hasta una mayor y mejor administración de justicia en general, lo cual indudablemente da más confianza a quienes son administrados bajo dicho sistema legal.

Al final de la presente tesis, se pretende plantear algunos parámetros en busca de que se logre una correcta, confiable y adecuada intervención de los niños ante las diversas instancias en materia penal.

La hipótesis es verificar la factibilidad de la implementación de programas cuya finalidad sea capacitar al personal necesario que pueda auxiliar a la comprensión de las ideas que transmiten los niños con motivo de sus intervenciones ante las autoridades dentro del proceso penal.

CAPÍTULO 1

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES

1.1. Evolución histórica del concepto de niño.

En principio, es necesario destacar que entre más se retroceda en el tiempo, más difícil es encontrar información, puesto que los conceptos respecto a la niñez son relativamente recientes, en virtud de que antaño le daban poca importancia a estos temas y por lo tanto, más vulnerables eran los niños.

Un dato importante es el manifestado por Lloyd deMause¹ respecto al estudio relacionado con los niños y con la historia en general, quien indica que anteriormente se creía que un estudio serio en la materia (historia) debía basarse en las cuestiones públicas, no de la vida privada, asumiendo que las batallas de ayer dan las causas de hoy, sin entender, desde la perspectiva de este autor, que son las relaciones en el hogar las que en realidad pueden dar las razones de hoy. De ahí que cite a San Agustín con su frase de *“dadme otras madres y os daré otro mundo”*.

Conforme ha pasado el tiempo, los conceptos van cambiando, es importante hacer mención de la evolución del concepto de “niño”, la razón fundamental del tema objeto de estudio, resultando importante tener claras las ideas, y más la principal, respecto de las que versa el presente trabajo de investigación.

Esta necesidad surge dada la evolución histórica de los conceptos dentro de la misma sociedad, pues en un principio, los niños eran vistos como adultos de menor tamaño, trayendo aparejado que les fuera exigido un comportamiento similar al de los adultos; es decir, para los adultos, la diferencia entre ellos y los niños radicaba exclusivamente en el desarrollo físico, no así en el intelectual.

¹ deMause Lloyd y otros, *“Historia de la Infancia”*, Capítulo 1: Evolución de la Infancia, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pág. 15.

Es importante hacer notar que el concepto de infancia “no representa lo mismo ni es vivido de la misma manera en todos los grupos humanos”², es decir, la construcción realizada en el devenir de la humanidad del concepto de niño³ tiene una relación directa con la forma en que históricamente cada sociedad ha decidido respecto del ser humano llamado siempre niño o menor de edad, en virtud de una necesidad básicamente económica o por simples construcciones sociales.

Ejemplo claro de lo anterior, se manifestó en las sociedades griegas y romanas donde eran comunes las prácticas de anticoncepción, abortos e infanticidios, justificándose en una selección de los humanos dotados de las mejores características. Aquéllos débiles o anormales, eran ahogados o puestos en la puerta del hogar posteriormente a su nacimiento con la finalidad de que tuvieran una muerte segura, siendo más común que de esta selección fueran perjudicadas las del sexo femenino⁴; no así en otras culturas, se refiere a los egipcios, germanos y judíos, quienes se hacían cargo de todos sus vástagos independientemente de cómo hubiesen nacido.

Al ir evolucionando las ideas, como consecuencia, también la forma de entender a los niños fue cambiando progresivamente hasta llegar a los conceptos actuales, destacando que a pesar de las actitudes muy avanzadas en relación al trato a los menores, se muestra una realidad igual que el resto de las ideas, la situación va muy acorde a la geografía. Así como hay países en vías de desarrollo en el aspecto económico, también se manifiesta en otros aspectos de su vida cotidiana, como es el caso del concepto, trato y perspectiva de los niños, sus ideas guardan un poco esta relación de crecimiento y evolución, por lo tanto, se trata el tema de forma que se vayan entendiendo como una línea del tiempo, hasta llegar al

² Colángelo, María Adelaida, “La mirada antropológica sobre la infancia. Reflexiones y perspectivas de abordaje.” Serie Encuentros y Seminarios, “La formación Docente entre el siglo XIX y el siglo XXI”, Mesa: Infancias y juventudes, pedagogía y formación, Buenos Aires, 2005, página 2.

³ Haciendo notar que al se dirá de manera indistinta “niño”, “niñez” o “infancia”, aún cuando sabemos que para otras materias, existe diferencia entre unos y otros.

⁴ Boto Estela y María Cristina Olivares, “Breve Historia de un niño”, Lugar Editorial, S.A., Diarios Clínicos, Buenos Aires, 1994, sin paginación.

momento actual, tomando en cuenta, por supuesto, la evolución de una y otra cultura, las cuales responden a su propia cronología, por lo que no necesariamente concuerda, como es de esperarse, con la de otras latitudes; así que, como en otras ciencias, se toma la línea más evolucionada en cuanto al tema, pues gracias a esos avances es que se llegó a la construcción internacionalmente aceptada y así plasmada en las convenciones y protocolos que a este tema interesa, además de lo anterior, se revisará lo que tiene que ver con nuestro país.

Es importante mencionar la necesidad de recurrir a otras ciencias para poder obtener la información que interesa, pues en el Derecho, los conceptos y definiciones relacionadas no son tan bastas como se considera necesario para dejar claro el tema.

En este capítulo, se mostrará cómo el concepto de niño, se ha formado con factores que no son intrínsecos a la niñez en sí, sino a la economía, al momento histórico del lugar, al interés dedicado por los grandes pensadores de la época al tema, a las prioridades políticas también, pero igualmente se encontrará la existencia de parámetros muy claros que son de gran utilidad cuando de estas cuestiones se tratan, pues aún cuando el desarrollo de los individuos es diferente; con estos lineamientos, se reducen ciertas dudas que pudieran causar conflicto al hablar de este tema, más de la forma en la que se está planteando. Aún cuando no será fácil la tarea de establecer con precisión cuándo y dónde surge el concepto de niño como tal, de la comparación de los criterios mostrados a lo largo del tiempo, será más lógico determinar las características esenciales de los niños y por lo tanto a los conceptos que se tienen sobre ellos.

1.1.1 Los niños en la época medieval

En cuanto a la investigación de esta etapa, ha sido un proceso complicado para las personas dedicadas a buscar datos relacionados con la infancia y su historia,

puesto que los existentes se refieren preponderantemente a las clases altas o cuando más a las medias altas, ubicándose muy pocos datos relacionados con la gente perteneciente a las mayorías. Además, la información disponible tanto sobre los niños como su relación con los padres e incidencia dentro de la familia, difícilmente se encuentra aislada, son simples referencias dentro de otros temas.

Desde tiempos incluso anteriores a la época medieval, se pueden encontrar como ejemplo que los cristianos le daban una consideración trascendental a los niños al bautizarlos, pues esto es iniciarlos en la religión y los ritos aparejados a ésta, así como con los demás sacramentos, es decir, hacerlos partícipes de una de las circunstancias más trascendentales dentro de la vida en sociedad de la época, es decir, la religión.

En relación con los romanos, se encuentran importantes aportaciones en cuanto a la pediatría, además de que de la lectura de sus grandes obras se aprecia el valor que le daban a sus hijos por cuestiones de conservación del linaje. También vale la pena destacar el entendimiento de dos elementos fundamentales dentro de la vida de los niños: debían tolerar su lento crecimiento y era adecuado que disfrutaran como parte integrante del núcleo familiar.

El Derecho Romano planteaba dentro de la minoridad tres etapas, comprendidas de la siguiente manera: la primera, donde eran llamados *infans*, iba del nacimiento al final de los siete años, donde los niños ya habían desarrollado la capacidad del lenguaje pero aún no entendían los actos jurídicos; encontrándose en etapa de aprendizaje y necesitaban de un tutor. La segunda, llamada la *major infantia*, podían hacerse cargo de su patrimonio pero no culpados de delitos, partiendo de ahí hasta los doce en el caso de las mujeres o catorce años en el de los hombres. La última, llamada *pubertati proximus*, hasta los veinticinco años, momento en el que eran considerados como adultos, haciendo mención de que también se les responsabilizaba de los delitos que pudiesen cometer. No obstante lo anterior,

como bien lo expresa Eugéne Petit⁵, los romanos también reconocían que al llegar a la pubertad, considerando como tal en las mujeres la señalada edad de doce años, y en los hombres cuando el *pater familiae*⁶ ubicara en él que poseía ya los caracteres sexuales propios de esta etapa, podía contraer *justae nuptiae*⁷, por estar en posibilidad de procrear, es decir, les permitían ubicarse en este nivel de responsabilidad. La razón de mencionar este dato, es porque esta sociedad hacía notar la diferencia que hay entre el desarrollo físico y el intelectual, pues conocían que no era simultáneo.

Es curioso pero muy importante hacer notar sobre todo en esta época es más claro que sí hay una cuestión económica marcando la etapa a considerar como infancia, pues mientras en las clases sociales altas era más larga, en las bajas, llegaba sólo a la tierna edad de siete años, es decir, un niño nacido dentro del seno de una familia acomodada, no tenía necesidad de apoyar económicamente al hogar, por lo tanto, podía permanecer con las responsabilidades relacionadas a la niñez más tiempo, en cambio, un niño en circunstancias distintas económicamente hablando, en cuanto tenía un tamaño adecuado para ayudar en las empresas domésticas, era considerado para participar de esta parte de la vida familiar, es decir, el trabajo.

Otra explicación a la mencionada edad, es que durante esta época, el modo de expresión era prácticamente sólo el oral, la lectura, es decir, la comunicación escrita, estaba reservada para algunos privilegiados como sacerdotes y aristócratas, de hecho, ni siquiera era parte de las consideraciones de la población, de tal forma que, en esos siete años, era el tiempo en el que aprendían el elemental lenguaje oral, con lo cual, podían ya incorporarse a la vida de los adultos.

⁵ Petit, Eugéne, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Editorial Nacional, México, D.F., 1971, página 104.

⁶ Dentro de la sociedad romana, siempre existía un "cabeza de familia" que era quien ostentaba la titularidad de los derechos ante las demás familias y como tal, tenía entre otras atribuciones, la de autorizar los matrimonios de los miembros de su familia.

⁷ Del latín, justas nupcias, significa matrimonio.

Viendo a los niños desde el punto de vista de los protestantes, les atribuían la maldad, la muestra de que el pecado original existía, etapa muy complicada para los niños, puesto que, todos sus impulsos eran entendidos como parte de su innata maldad y por lo tanto, habrían de ser castigados, así que todo juego y actividad infantil, debía ser bajo los parámetros de la moralidad que imperaba en la época. Los adultos consideraban que la falta de conocimientos y de capacidad de los niños eran resultados de esta mal atribuida maldad.

Según Ariès, en la Edad Media no existió un concepto definido para niñez, pues dentro de la sociedad de la época, no existía un espacio simbólico reservado a ellos, situación que se evidencia al no existir literatura o juegos diseñados para ellos.⁸

Es pertinente acotar que aun cuando Ariès relata la existencia de pinturas en donde las representaciones que aparentemente se referían a los niños los dibujaban como adultos de pequeño tamaño, también es una realidad que muchas veces esas pinturas representaban otras muchas cosas como querubines, ángeles, almas, monstruos, enanos y otros, por lo que la única representación válida de un niño en la pintura que podemos considerar, es dentro de la Sagrada Familia, al propio niño Jesús.

Por otro lado, Sharar indica además de lo ya expresado, que a finales del siglo XVI, se extiende un poco más ese corto período de infancia dentro de las clases bajas, atribuyendo esto al nacimiento de las clases medias o bien, a las perspectivas del calvinismo y del protestantismo de ver al niño como individuo.⁹

Hay que resaltar que la mortandad tanto materna como de los niños pequeños era altísima, por esa razón no había mucho acercamiento de los padres a los hijos,

⁸ Castillo Troncoso, Alberto del, "Conceptos, Imágenes y Representaciones de la Niñez en la Ciudad de México 1880-1920.", El Colegio de México, Instituto Mora. México, 2006, pág. 17

⁹ Sharar, Shulamith, "Childhood in the middle ages", Routledge, London; 1990, pp

por las altas posibilidades de que no sobrevivieran, razón además por la cual era frecuente que le pusieran el mismo nombre a dos hijos, a quienes distinguían posteriormente como “mayor” y “menor”, situación que afortunadamente ya no se da, pues se reconoce la individualidad de cada pequeño y que por tal circunstancia es irremplazable.

Ahora se estudiarán las circunstancias que imperaban en México en la época y tiempos anteriores, pues para las culturas mesoamericanas, hablando de la Azteca, era muy importante hacer la distinción de cuando terminaba la niñez y empezaba en concreto la pubertad, pues cuando las niñas tenían la menarca¹⁰, se hacía gran fiesta dentro de la sociedad para anunciar que se dejaba de ser niña y se comenzaba a ser mujer, pues la trascendencia en este caso es la posibilidad de ser madre y por tanto, era una mujer casadera, lo que significa también en términos económicos, que se podía unir el poder de una familia con la de otra. Situación, que se debe decir, no era exclusiva de la cultura Azteca, sino de la mayoría de las culturas precolombinas.

Por lo tanto, la mayor parte de los adelantos en cuanto a la evolución de los conceptos asociados con la niñez en esta época, estaban más relacionados con la parte teórica que con la práctica, eran muy pocos los que tenían al alcance dichos conocimientos y por lo tanto, la situación al interior de los hogares era prácticamente igual, independientemente de lo mucho que se fuera descubriendo en cuanto a las ciencias y al nivel de evolución social de la época. No obstante el importante papel de la Iglesia en cuanto a la promoción de los derechos y al trato debido a los niños.

1.1.2 Conceptos Renacentistas

Durante esta época, se consideraba a la infancia como una etapa imperfecta de la edad adulta, era la tarea de los padres y en su caso de los educadores, corregirla.

¹⁰ Primera menstruación

En la época, quien se encargaba de la primera educación que recibían los niños era la nodriza¹¹ y más adelante quien tuviera el papel de sirviente de rango más alto; ellos los preparaban para incorporarse a la vida adulta; lo negativo de esta situación era que los padres pasaban el menor tiempo con los niños, lo generando un gran distanciamiento entre padres e hijos.

Se consideró que para evitar la proliferación de la ya mencionada innata maldad de los niños, lo mejor era poner a los niños a trabajar, pues desde su perspectiva, el trabajo hacía que, al mantenerse ocupados en cosas productivas, pudiera salvarse su alma, aunque en realidad tiene más que ver con el preponderante interés económico que había respecto de las florecientes industrias, como son la del carbón, por citar un ejemplo.

Otro factor que determinó la separación de la niñez y la vida adulta, fue el desarrollo y aceptación de importantes disciplinas de las ciencias, como son la pediatría, la pedagogía, la psicología social y la antropología, aparecidas en Europa durante la segunda mitad del siglo XVIII, las cuales dedicaron mucho tiempo a estos seres humanos, logrando así, mostrar desde otra perspectiva, que en realidad había que distinguir una etapa de otra.

Aún así, si se revisa un poco el arte de la época, en la cual se encuentran grandes pintores que, como parte de su obra, hicieron innumerables retratos, destacando la forma en la que ilustraban a los niños, vestidos como adultos y además de ello, con rostros como si fueran mayores, sólo con las proporciones de alguien de menor estatura, no con cuerpos de niños, lo cual pone de manifiesto que en realidad, aún cuando existiera una evolución en las ciencias, la perspectiva cotidiana que había de los niños continuaba siendo la misma, eran considerados adultos en cuerpos pequeños. Sin embargo, es necesario mencionar que no en todos los casos era así, pues dentro del período renacentista también existieron pinturas que mostraban escenas cotidianas, como la familia en un día de campo,

¹¹ Era la persona encargada de alimentar al niño desde su nacimiento.

los niños corriendo y jugando, también hubieron representaciones más cercanas a la realidad, por lo menos físicamente, tal es el caso de los frescos de la Cámara de los Esposos, donde se ven figuras delgadas y pequeñas con las proporciones correctas de un niño, obra de Mantenga ¹²

Otra razón que expone Ariès¹³ respecto de por qué no se establecía no sólo un concepto de niñez en el siglo XVII sino por qué no se trataba de manera adecuada a los niños, es porque existía una altísima tasa de mortalidad, entonces para evitar ser lastimados por la pérdida del pequeño, no se vinculaban afectivamente con ellos hasta que no pasaran de cierta edad y por lo tanto, pudieran asegurar su supervivencia. Acompañado a esto, se encuentra que también había un alto índice de mortalidad en el parto, así que muchos niños o morían al igual que sus madres o se quedaban huérfanos de madre, produciendo que, si el padre se casaba nuevamente, no era apegado al nuevo vínculo familiar.

Esta situación cambió al momento que por el avance en la pediatría, se pudieron controlar las causas más comunes de mortalidad infantil, permitiendo romper con ese temor a la muerte del pequeño y por lo tanto, podían establecer los vínculos afectivos antes mencionados. Adicionalmente, al disminuir las muertes, se encuentra justo en el periodo previo a la Revolución Francesa, un aumento en la educación que se les proporciona a los niños, esto es porque resulta una inversión, no así cuando morían a corta edad.

Para diferentes autores europeos, como Ariès, Donzelot, Shorter o Meyer, el entendimiento que existe de la naturaleza o esencia de los niños (fragilidad, inocencia, pureza, incompletad), se da como resultado de todo un proceso histórico que no va más allá del siglo XVIII.

¹² Historia del Arte, Tomo XI, Salvat, México 1984, página 1363.

¹³ Op. Cit.

Hay que reconocer también la importancia del papel de la Iglesia en esta época, pues para alentar el acercamiento de las madres a sus hijos a través de la promoción de la lactancia, al suponer que era uno de los factores que ayudarían a la supervivencia de los pequeños, además de acrecentar una relación afectiva, mediante la iconografía cristiana difundían imágenes del nacimiento de Cristo, de Cristo al pecho, en las rodillas de la madre, entre otros, así como escenas de la Matanza de los Inocentes o Noche de San Bartolomé, donde se ven madres angustiadas amparando a sus hijos.¹⁴

Fue durante esta etapa, gracias a las gestantes ideas de la Ilustración, que se entendió al niño como un ser humano con necesidades distintas a las de los adultos y este cambio de pensamiento repercutió con muchos de los que se dieron durante la vida moderna, entre otros, el afecto que le daban los padres a sus hijos.

Es imposible hablar de la Ilustración sin mencionar al gran pensador Jean Jacob Rousseau, pues además de ser filósofo, era un destacado pedagogo, quien con su influencia, contribuyó a que se tuviera una comprensión más humanista de la infancia, además de manifestar lo importante que era la educación en los niños desde los primeros años de vida, situación que alentó a que otros pensadores crearan propuestas de educación dirigidas a este sector de la población.

Rousseau resultó ser un fuerte opositor a las tradiciones de crianza que existían en la época consistentes en minimizar las relaciones afectivas con la finalidad de integrar a los niños a la vida adulta, además de criticar la educación impartida por la Iglesia, por impedir que el niño se formara como un ser libre y con autonomía moral. Otra de sus críticas muy importante, consistía en que la educación de la época se impartía apelando a la capacidad de la razón del niño, cuando según su parecer, lo que debía hacerse era conducir al niño a un estado de razón, asumiendo por supuesto que la niñez era una etapa prerracional; por lo tanto, la

¹⁴ Levín, Raúl E., "El psicoanálisis y su relación con la historia de la infancia.", Psicoanálisis AP de BA- Vol. XVII- Número 3, 1995, página 615.

educación de los niños no tenía que estar matizada con discusiones basadas en la razón, sino que debería ser el resultado de sus propias necesidades.

Otro de sus planteamientos consistía en que los niños al nacer sólo tenían capacidad de aprender a través de la experiencia y que la educación es el mecanismo para desarrollar las demás facultades que poseen con la finalidad de llevarlo a ser una persona racional y moral. La forma de lograrlo es a través de un proceso continuo que va desde el nacimiento y continúa mientras se desarrollan las demás facultades del niño, siendo éstas la sensación, la memoria y finalmente la comprensión, por lo tanto, para poder educar a los niños, era necesario entender su propia naturaleza. Ideas que hacen notar que Rousseau entendía la infancia como etapa diferente a la de la vida adulta y que era necesario un trato diferente, en cuanto a educación se refiere, al que se conocía y empleaba hasta el momento.

Finalmente, se debe decir que fue hasta el siglo XVII que se tomó el término “niño” como es empleado actualmente, pues antes no se sabía distinguir las edades y era común emplear este término incluso para la adolescencia.

1.1.3 Los niños y la sociedad moderna

Aún cuando ha sido poco a poco, la psicología ha aportado mucho en el campo de los niños, pues se sabe que en esta etapa, se crean muchos de los complejos y caracteres que forman la personalidad del sujeto ya como adulto, y que por esta razón es primordial identificarla, para así trabajar sobre ella en el momento adecuado, si es que todavía se es niño, o más adelante, regresar mediante el psicoanálisis a esa etapa y tratar de dar solución a los diversos problemas que se presentan en la vida del adulto.

Durante la modernidad, fue muy importante toda la investigación que se hizo respecto de los niños, pues asumieron que esta etapa era la más trascendental

dentro de la vida del ser humano, pues es cuando se está en desarrollo respecto de la formación de carácter y que determina, de cierta forma, cómo será en su vida adulta. Es en los siglos XVII y XVIII que aparecen palabras que limitan más el sentido de “niño”, como “bambino” o “marmot” y en el siglo XIX aparece “bebé”, así que, como se puede observar, ya hay más racionalidad respecto de las etapas de la vida del hombre desde sus comienzos.

Lo anterior, se refiere sólo a la cuestión científica, pues, si se revisa la cuestión social, se puede encontrar que el niño era entendido como una propiedad más dentro del haber de la casa, que tenía aún, una posición inferior a la de los adultos, pues eran estos últimos quienes decidían su destino, por lo tanto, debían tener una actitud de sumisión a las disposiciones de la gente mayor, su actitud tenía que ser pasiva, de ahí que existió la necesidad de que surgieran leyes que los protegieran, situación que, como se irá leyendo más adelante, fue muy paulatina.

A este respecto, se puede recordar también todo lo que ocurría en relación a los niños durante la revolución industrial, pues aún cuando trabajaban tanto o más que los adultos, eran mal pagados, igual que las mujeres. Además, se les asignaban trabajos donde, por su tamaño, eran indispensables, por ejemplo, en lugar de parar maquinarias que tenían algún error, introducían a niños para que las arreglaran en funcionamiento, haciéndoles correr un gran riesgo.

Ahora bien, también es importante decir, que aún cuando hubo una gran evolución en cuanto al pensamiento, las ideas religiosas persistían en algunas sociedades, pues la necesidad de trabajo en los niños, también atendía a que al ser malos por naturaleza, era necesario que se mantuvieran ocupados, esto con la finalidad de salvar sus almas, al ser el trabajo por sí mismo algo bueno; circunstancia muy aprovechada por la industria.

Se ven también familias con gran número de integrantes, pues entre más hijos se tenían, más manos habían para trabajar, entonces el interés primario de los hijos, independientemente de la corta edad que tuvieran, estaba íntimamente relacionado con el aporte económico que pudieran realizar.

La necesidad de tanto trabajo, responde también a que cuando la población se desplazó del campo a las crecientes urbes, los costos de vida eran muy distintos, razón por la que todos los integrantes tenían que hacer aportaciones, con la finalidad de tener una mejor calidad de vida.

Conforme se fue mejorando la tecnología, cada vez fueron menos necesarios los niños dentro de los ámbitos laborales, situación muy importante, pues al no tener trabajo, eran un problema, por esa razón, empezaron a impartirles estudios, primero los niños que trabajaban iban solamente a la escuela dominical, la cual se sabe está asociada directamente a la Iglesia, posteriormente, al ser más los desempleados, se les impartía educación todos los días, tanto moral como académica.

La gran trascendencia de este cambio dentro del empleo de los niños como trabajadores y todo lo que además tenían que aprender en la escuela, es que se vio la necesidad de regular la edad laboral, es decir, los adultos entendieron que los niños necesitaban adquirir ciertos conocimientos previo a su entrada al trabajo, para ser más capaces, por lo tanto, al tener un parámetro aproximado de cuánto tiempo requerían para aprender las cuestiones elementales, es que los niños tuvieron que tener mayor edad para incorporarse al mundo laboral, situación que forzó la creación de un concepto jurídico de niño.

Como parte del proceso de incorporar la educación elemental a la vida en sociedad, los niños fueron separados de los adultos, situación que hizo más marcada la diferencia entre unos y otros.

Lo escrito en renglones anteriores, es muy importante en el tema que se trata, pues, como fue señalado en la parte introductoria de este trabajo, por un lado se pretende una mejor y más justa impartición de justicia, pero por otro lado, también crear en los niños una noción clara de que las instituciones funcionan y con esto, evitar que el daño que sufren los niños sea mayor, pues además de ser víctimas o haber presenciado algo que seguramente marcará su vida, puede ser, si no se hace la justicia debida, que crezcan también con el rencor de que no hay castigo para quien les hace daño.

1.1.4 Los niños en el mundo contemporáneo.

Después de mucho trabajo, se estudió que es hasta el siglo pasado que se puede hablar del concepto de niño, pues como Alberto del Castillo lo dice, “el concepto mismo de infancia se encontraría a fines del siglo XX estrechamente vinculado a una serie de implícitos culotares, sin los cuales carecería del menor significado”¹⁵, lo cual reitera todo el proceso que se ha observado con el paso del tiempo, es decir, cuando se trata de definir un concepto como éste, tiene mucho que ver con las circunstancias de la sociedad en la que se pretenda definir.

Sin embargo, al leer lo que Carlos Seijas dice, “los niños, y no digamos la adolescencia, son constructores creados por la visión progresista y positivista del siglo XIX y XX”¹⁶, lo cual ayuda a saber que es muy reciente el entendimiento que tiene la sociedad del concepto de niño; hay que destacar que en este trabajo, aún cuando se hace evidente que hay una distinción entre niño y adolescente, lo trascendente es que quede claro que se habla de una persona “no adulta”, es decir, la diferencia existente entre niño y adolescente no es relevante sino la que hay entre éstos y un adulto.

¹⁵ Castillo Troncoso, Alberto del, Op. Cit. pág. 15

¹⁶ Seijas, Carlos, “Mujercitas” Revista D, Prensa Libre, número 46, 22 de mayo de 2006, Guatemala, sección Opinión, página 3.

Recordando lo escrito en párrafos anteriores, aún en la actualidad, existe esa diferenciación dentro de la vida de la mujer entre niña y ya alguien que está en edad de procrear, evidentemente no con los rigores tradicionales que marcaron la vida en toda América Latina, pero aún persisten, como es la fiesta de quince años, pues anteriormente la idea de la fiesta era una especie de presentación en sociedad con la finalidad de que los hombres casaderos vieran a la joven y pactaran con los padres las condiciones del matrimonio, sin embargo, ahora sólo se conserva el festejo, pero ya no con la obligación de obtener una pareja a partir de ella.

En el caso de Costa Rica, en la década de los 70's, se reconoce que hay que distinguir entre los niños, los adolescentes y los adultos jóvenes, situación que favorece el trato y la atención a las necesidades de los mismos.¹⁷

En la actualidad, tras los múltiples estudios que se han hecho a lo largo del tiempo, considerando además que son varias las materias interesadas en el tema¹⁸ y que como cada una tiene una particular visión y perspectiva, es indispensable considerar factores que ordinariamente en el Derecho no serían trascendentes, pero sin perder de vista el objetivo aquí indispensable, que es el de que las normas que se obtengan o se modifiquen como resultado de esta investigación, deben ser, como todas, de carácter general; sin embargo, se debe mencionar que para entender el concepto de infancia, es necesario tener claro que son tres dimensiones de lo social las que convergen, siendo éstas la variabilidad cultural, la desigualdad social y el género, haciendo de la construcción de un concepto de infancia, y por lo tanto de niño, algo que es dinámico y por lo tanto conflictivo.

La trascendencia de definir un concepto más abstracto de "niño" radica en que así se puede proteger de manera más completa a dicho grupo vulnerable, de ahí

¹⁷ Garita Arce, Carlos, "Sexualidad en adolescentes: apuntes para una discusión", Revista Adolescencia y Salud, Volumen 1, número 2, 1999, San José de Costa Rica.

¹⁸ Podemos mencionar la Psicología, Psiquiatría, Biología, Historia, Pedagogía y Antropología.

que, aún cuando se tiene que poner atención al perfil del individuo en cuestión, es importante que debe entenderse dentro de ciertos límites.

Es importante destacar también la opinión que da el Comité de UNICEF en el País Vasco, pues para ellos, es en el siglo XX que se deslinda el concepto de niño como objeto de propiedad para ser entendido como sujeto, circunstancia de trascendencia mayor para poder elaborar el concepto de “derechos del niño”, para así entender que es una persona con “necesidades, aspiraciones, deseos e intereses”, es titular de derechos y deberes, es un ser individual diferente del resto y muy importante, “se rechaza la existencia de un derecho subjetivo del padre sobre el hijo por el mero hecho de la procreación, **y se ubica al niño en su status de ser humano en evolución.**”¹⁹

En la actualidad, se puede decir con alegría que el niño ocupa un lugar privilegiado dentro de sociedad, ya fueron entendidas muchas situaciones con relación a ellos que antes eran desconocidas, pues ahora se tiene que trazar una adecuada línea que haga que se respete su estado vulnerable con la finalidad de augurarles un mejor futuro.

Ahora bien, como lo hace saber María Adelaida Colángelo, “la niñez como grupo no comienza a existir como tal, para sus integrantes y para los demás, hasta que no es distinguida y recortada a través del conocimiento y reconocimiento de ciertas características que, al ser leídas como propias de una clase particular de personas, las transforma en una categoría social”²⁰, ahora bien, ¿a qué grupo social pertenecemos para saber qué vamos a tomar como referencia para establecer un concepto de niño?, difícil cuestionamiento tras investigar a fondo las discrepancias que han existido a lo largo del tiempo para confeccionar y afianzar un concepto, pero siguiendo lo que el Derecho marca, lo más conveniente es considerar el que está incluido dentro de “La convención de los derechos del niño”,

¹⁹ UNICEF- Comité País Vasco, “El concepto de niño: de objeto a sujeto de derechos”, apuntes del XIII Coloquio de Historia de la Educación, Donosita-San Sebastián, 2005.

²⁰ Op. Cit.

esto por ser una norma de carácter internacional ratificada en nuestro país y que por lo tanto tiene la categoría que se necesita para poder usarla como referencia dentro de este trabajo de investigación.

De cualquier manera, es triste que aún cuando la convención ya mencionada privilegia a los niños respecto del trabajo, tanto con su convención como con el protocolo adicional, pues de su texto se desprende que no es su obligación satisfacer las carencias que poseen; la realidad es que muchos de ellos persisten en una situación que los obliga a trabajar.

En cuanto a nuestro país, haciendo una pequeña relación histórica, se puede encontrar más detallado lo que tiene que ver con el tratamiento de menores infractores, lo cual aunque no es el tema de esta tesis, es importante en virtud de que ahí podemos observar que históricamente existen consideraciones trascendentales que deben destacarse en relación a esta investigación que sí es de interés por lo menos en este capítulo: el niño.

En 1881 se plasman conceptos relacionados con la edad criminal de los niños en el Código Penal, en 1906 Porfirio Díaz emite un decreto para que los niños no sean enviados a las Islas Marías y en su lugar se remitan a la correccional de mujeres instalada en ese año en Coyoacán, un año más tarde, se hace conciencia de la necesidad que hay de un espacio en particular para que compurguen las penas los menores. En 1908 se crea la Escuela Correccional para Varones, ubicada en Tlalpan; en 1917 se crean las bases para un sistema asistencial para la niñez en México; en 1921 se lleva a cabo el primer congreso mexicano del niño sobre eugenesia, higiene, pedagogía y legislación, el cual tuvo como consecuencia la creación del primer Tribunal para Menores, que fue fundado dos años después en San Luis Potosí.

En 1926, a través de reformas a la Ley Orgánica del Fuero Común, se propone la creación de un tribunal que vele por los derechos de hogar y de infancia, de

igual forma, al final de ese año, se crea el primer Tribunal para Menores pero con ubicación en la Ciudad de México; 1928 fue un año importante para este tema, pues se crearon el Consejo Supremo para la Defensa y Prevención Social, que además de otorgar asistencia a adultos, lo hacía a menores infractores, así como la Asociación Nacional de Protección de la Infancia. En 1931 se determina que la mayoría de edad es 18 años, donde se da el parámetro que prevalece hasta la actualidad; en 1945, la Ley Mexicana de Eugenesia crea el documento relativo a los derechos del niño; en 1965, se modifica el artículo 18 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con la finalidad de dar independencia al proceso penal de los adultos del que se lleva a los menores; en 1973 se lleva a cabo el primer congreso nacional sobre el régimen jurídico del menor, un año después, por publicación en el Diario Oficial de la Federación se crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal.

Finalmente, como se verá en los puntos a continuación expresados, en México se tomaron en cuenta los criterios establecidos en la Convención de Derechos del Niño, misma que fue adoptada por nuestra legislación en las condiciones que veremos adelante. Por lo tanto, después de tanto camino recorrido, se entiende en un término muy amplio, por niño, a la persona cuya edad se encuentra comprendida entre su nacimiento y los 18 años, independientemente de que hay que saber, que de acuerdo a la etapa de desarrollo intelectual en la que estén, será que se les puede o no exigir determinadas cosas.

A este respecto, cabe mencionar que la misma Convención hace referencia a que esto va de acuerdo a lo que en cada país, según sus reglas locales, sean causas para dar reconocimiento de adulto antes de los 18 años, lo que significa que en algunos Estados personas de 16 años pueden recibir ese trato de adultos, sin esto alterar los propósitos de la Convención.

1.2. Instrumentos previos a la Convención de Derechos del niño.

Se enunciarán brevemente los instrumentos gracias a los cuales se logró llegar a la Convención de Derechos del Niño, todos aquellos que le dieron forma y antecedente a este importante documento, así como una breve reseña de lo que dio cada precedente que está relacionado con el tema, desde aquéllos que dan un tratamiento muy somero hasta los que están íntimamente relacionados y que culminaron con las ideas que ya se tienen establecidas.

- **Comité de Protección de la Infancia (1919)**

La creación de este comité, por parte de la Sociedad de las Naciones²¹, permite que los Estados no sean los únicos soberanos en materia de Derechos del Niño.

Esta sociedad tuvo como miembros fundadores a Argentina, Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Checoslovaquia, Chile, China, Colombia, Cuba, Dinamarca, El Salvador, España, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, India, Italia, Japón, Liberia, Nicaragua, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Persia, Perú, Portugal, Reino de Yugoslavia, Reino Unido, Rumanía, Siam, Suecia, Suiza, Unión Sudafricana, Uruguay, Venezuela. Entre 1920 y 1930 se incorporaron Abisinia²², Albania, Alemania, Austria, Bulgaria, Costa Rica, Estonia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo y la República Dominicana; y finalmente entre 1930 y 1940 Ecuador, Egipto, Turquía y la desaparecida Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

²¹ Antecedente directo de la Organización de las Naciones Unidas, creada en el año de 1919, con el objetivo de sentar las bases para la paz internacional, después de la Segunda Guerra Mundial tomó la actual denominación.

²² Región que actualmente corresponde a Etiopía.

- **Declaración de Ginebra (1924)**

Adoptada por la Sociedad de las Naciones el 26 de septiembre de 1924, esta declaración fue formulada por Eglantyne Jebb²³ junto con la Unión Internacional de Auxilio al niño; contiene 5 principios que buscaban asegurar a todo niño las condiciones esenciales para su pleno desarrollo.

Aquí hablan de que el niño debe ser protegido sin importar su raza, nacionalidad o religión; debe ser ayudado, respetando la integridad de la familia; debe estar en condiciones de desarrollarse normal desde el punto de vista material, moral y espiritual; que los niños con situaciones especiales (hambre, enfermedad, discapacidad y orfandad) debe ser apoyado para que esas situaciones queden atrás; deben recibir apoyo primordial en casos de calamidad; debe ser cuidado de la explotación laboral, pero teniendo la oportunidad de ganarse la vida; también habla del derecho a la educación.

- **Instituto Interamericano del Niño (1927)²⁴.**

Creado en el contexto del IV Congreso Panamericano del Niño, diez países americanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, Chile, Ecuador, Estados Unidos, Perú, Uruguay y Venezuela) suscriben el acta de fundación de este instituto, cuyo primer director fue el Profesor Doctor Luis Morquio y cuya intención era procurar el bienestar tanto de los niños como de sus madres.

Además de lo anterior, se creó la tabla o decálogo de los derechos del niño, cuyo contenido es el siguiente:

²³ Fundadora de Save the Children. Primera Organización No Gubernamental dedicada a los niños, que fue creada para ayudar a los millones de niños refugiados y desplazados después de la Primera Guerra Mundial. Actualmente con presencia en México. www.savethechildrenmexico.org

²⁴ Fuente de consulta, la página del propio instituto. <http://www.iin.oea.org/>

*“1. **Derecho a la vida.** Suma de todos los derechos por la sola razón de haber nacido. Derecho a la casa para habitar, a la atención materna, al reconocimiento obligatorio por el padre, con todos los deberes que la paternidad impone, a la supervigilancia del Estado para el desarrollo y su prosperidad fisiológica.*

*2. **Derecho a la Educación.** Primera asistencia a los Jardines de Niños, Kindergarten. Segundo ciclo: escuela primaria. Abolición del sistema de escuelas de ciudad. Abolición de la enseñanza verbalista y libresca. Reintegración del niño al seno de la naturaleza, por medio de una escuela de actividad, de trabajo, de alegría, - Parques Escolares, - para lograr las reacciones de cuerpo y alma, - salud, inteligencia y emoción, - y preparar los obreros de su propio destino y de la grandeza social.*

*3. **Derecho a la educación especializada.** Escuelas de salud, al aire libre, de bosque, de pradera, de escuelas al sol, para los anormales, los tarados, los enfermos, los débiles.*

*4. **Derecho a mantener y desarrollar la propia personalidad.** Estudio de las vocaciones, sistemas capaces de la orientación espiritual sin artificios, que sólo puede lograrse en los Parques Escolares, en la vuelta a la naturaleza, por reacción de lo íntimo frente a la vida exterior. Reconocimiento, en la práctica de los sistemas educacionales, del derecho a ser niño, de vivir y sentir como tal, libre de la fría artificialidad de la escuela - claustro y del dogma pedagógico que la informa.*

*5. **Derecho a la nutrición completa.** Derecho de la madre a criar a su hijo. Seguro del Estado para las madres sin recursos. Servicio de gota de leche. Instalación de merenderos escolares. Instalación de Escuelas - Refectorios para menores que trabajan antes del cumplimiento integral de esta tabla de Derechos.*

*6. **Derecho a la asistencia económica completa.** Este derecho significa la obligatoriedad de los padres, o en su defecto del Estado, a asegurar al niño la situación económica sin angustias. Derecho a la vivienda, al vestido, a todas las*

oportunidades de bienestar que el trabajo del hombre pone al servicio del progreso del mundo.

7. **Derecho a la Tierra.** *Tierra para habitar. Reconocimiento del derecho del niño a ocupar su lugar en el mundo, por la sola razón de haber nacido. Tierra para trabajar puesta a su alcance en los Parques Escolares, para el desarrollo de sus energías, de su impulso vital, de su inquietud, de sus facultades de observación, para aprender por sí mismos en el vasto panorama del universo y comprender que la vida es una ley inmutable de solidaridad en el esfuerzo creador.*

8. **Derecho a la consideración social.** *Todo para el niño, Abolición de la distinción jurídica entre hijos legítimos e hijos naturales. El hijo, es solamente hijo. El niño tiene derecho a sus padres. Transformación de los asilos de huérfanos y reformatorios de menores, donde el sistema de "Pabellón" anula la personalidad, en colonias familiares, de educación y de trabajo, organizadas en pequeños núcleos sociales y confiadas a padre y madre que sumen el afecto de sus hijos el de un pequeño grupo de niños sin hogar.*

9. **Derecho a la alegría.** *Reconocimiento sin retaceos de este derecho, en la vida familiar sin angustia económica, en la escuela activa en el seno de la naturaleza, en la educación sin artificios, en la mesa con pan, en el hogar con lumbre. Derecho al aire y la luz, a la tierra en que se siembra, al fuego que calienta y al agua que purifica. Derecho a ser niño para ser hombre, a formar con cuerpo sano y alma limpia los obreros de la libertad, los arquitectos de la conciencia del mundo.*

10. **La suma de estos derechos del niño forma el derecho integral:** *derecho a la vida. De su reconocimiento y su observancia depende la grandeza de los pueblos. En la salud, la alegría, la formación sin trabas de los niños para la cultura,*

para el trabajo, para la libertad y la cooperación reposan los valores del destino del hombre en una etapa nueva de la historia.”²⁵

- **Reforma de 1946**

Posterior a la Segunda Guerra Mundial, el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, decide retomar la Declaración de Ginebra de 1924, con la intención de comprometer a los países del mundo actual (por motivo de la nueva geografía mundial), además, se crea un Fondo Internacional al Auxilio de la Infancia, actualmente UNICEF.

- **Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)**

Proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, no obstante no haber sido creado en particular para los niños, sus derechos estaban implícitos en dicho documento, en cuanto al derecho a la vida, a un trato justo, no discriminatorio, libertades fundamentales como son la de tránsito, derecho a una nacionalidad, libertad de expresión, derechos de salud, entre muchas otras, que afortunadamente han perneado de tal forma, que las disfrutamos cotidianamente.

En este documento, lo importante es además de la mención de los derechos humanos en general, tomando en consideración que por supuesto los niños son seres humanos, habla también de los derechos relacionados a la familia.

En concreto, se puede advertir del artículo 16, la protección que otorga a la libertad que tiene el ser humano a casarse y formar una familia y el punto 3 del citado numeral, hace alusión a la protección que debe tener la familia por parte

²⁵ Idem

tanto de la sociedad como del Estado por ser el elemento natural y fundamental de la misma; esta amplia protección se refiere por supuesto a los niños que de ese enlace surjan.

Asimismo, es importante el texto del artículo 25, mismo que me permito citar:

“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

Por su parte, el artículo 26, se refiere a la educación y las bondades que deberá tener ésta en el desarrollo y formación de la personalidad del ser humano, de donde se puede inferir que la etapa en la que se da esto, corresponde a la niñez, adicionalmente, habla del derecho que tienen los padres para determinar qué tipo de educación habrá de darse a sus hijos, tanto en relación a los sistemas y métodos de enseñanza, como la laicidad o no de ésta.

Por lo tanto no obstante que muchos de los derechos de la niñez están, como se dijo al principio, implícitos, también es correcto señalar que hay muchos que sí están señalados y que son tan importantes que en su momento se hizo un documento específico para cuidarlos y salvaguardarlos.

- **Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de Roma (1948) y sus protocolos adicionales (1953, 1963, 1963, 1963, 1966)**

Aún cuando no se refiere en concreto a los niños, es importante en el sentido de que reconoce que para poder avanzar, se deben garantizar los aspectos más fundamentales dentro de la gama de derechos que se deben tener, partiendo desde la vida misma, así como en otros documentos; pues el hecho de salvaguardar derechos y garantías fundamentales, que se reiteran en esta convención, permite entender de nueva cuenta el compromiso de las naciones, en este caso exclusivamente europeas, con los derechos humanos.

- **Declaración de los Derechos del Niño (1959)**

Este documento también es conocido como el decálogo de los derechos del niño y trata básicamente de que se le debe dar al niño la protección y cuidados especiales buscando que tenga una infancia feliz.

Fue el resultado de múltiples esfuerzos internacionales por hacer un documento de manera formal buscando la protección integral de los niños, pues además de establecer las necesidades básicas, dice los derechos mínimos que se deben proteger.

En su preámbulo pone de manifiesto la situación de desventaja en la que se encuentra, *“por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*, es que se lograron 10 principios (razón por la cual se le conoce también a este documento como el decálogo de los niños, cuyo contenido es el siguiente:

“Principio 1

El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Principio 2

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 3

El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

Principio 4

El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Principio 5

El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

Principio 6

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Principio 7

El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Principio 8

El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Principio 9

El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Principio 10

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.”²⁶

- **La Carta Social Europea (1961)**

La Carta Social Europea fue firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, constituye el texto fundamental del Consejo de Europa.

Desde la parte I, en el punto 7, habla de la protección especial que deberán tener los niños y adolescentes contra los peligros físicos y morales a los que pudieran enfrentarse.

En los puntos 16 y 17, se habla de la protección especial a la familia, reiterando la parte de que constituye la unidad fundamental de la sociedad, y en caso de no existir, se refiere a la protección especial que necesitará la mujer y el niño, como madre e hijo a su situación, en relación a las cuestiones tanto sociales como económicas.

²⁶ Declaración de los Derechos del Niño.

Esta carta se refiere en concreto a aspectos relevantes de la vida laboral de las personas, en el caso de los niños y adolescentes, es indispensable dar lectura al artículo 7:

“Artículo 7.

Derecho de los niños y adolescentes a protección.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección de los niños y adolescentes, las partes contratantes se comprometen:

- 1. A fijar en quince años la edad mínima de admisión al trabajo, sin perjuicio de excepciones para los niños empleados en determinados trabajos ligeros que no pongan en peligro su salud, moralidad o educación.*
- 2. A fijar una edad mínima más elevada para la admisión al trabajo en ciertas ocupaciones consideradas peligrosas e insalubres.*
- 3. A prohibir que los niños en edad escolar obligatoria sean empleados en trabajos que les priven del pleno beneficio de su educación.*
- 4. A limitar la jornada laboral de los trabajadores menores de dieciséis años para adecuarla a las exigencias de su desarrollo y, en particular, a las necesidades de su formación profesional.*
- 5. A reconocer el derecho de los menores y los aprendices a un salario equitativo o, en su caso, otra retribución adecuada.*
- 6. A disponer que las horas que los menores dediquen a su formación profesional durante la jornada normal de trabajo con el consentimiento del empleador se considere que forman parte de dicha jornada.*
- 7. A fijar una duración mínima de tres semanas para las vacaciones pagadas de los trabajadores menores de dieciocho años.*
- 8. A prohibir el trabajo nocturno a los trabajadores menores de dieciocho años, excepto en ciertos empleos determinados por las leyes o reglamentos nacionales.*
- 9. A disponer que los trabajadores menores de dieciocho años ocupados en ciertos empleos determinados por las leyes o reglamentos nacionales sean sometidos a un control médico regular.*

10. A proporcionar una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos los niños y los adolescentes, especialmente contra aquellos que, directa o indirectamente, deriven de su trabajo.”

- **Convención de la Haya concerniente a la Competencia de las Autoridades y la Ley Aplicable con respecto a la Protección de Menores (1961)**

Esta Convención se encarga de establecer la competencia del Estado en donde el menor tenga su residencia habitual, fijando así las normas y medidas de protección necesarias en casos de adopción, secuestro y otros.

De la lectura del documento se advierte que existía una preocupación común para proteger a los menores de edad, por lo cual se creó esta convención, estableciendo en su articulado en un primer momento que el Estado donde el menor tenga residencia habitual será el encargado de adoptar las medidas pertinentes para protegerlo tanto a él como a sus bienes, dentro de su ley interna, misma que tendrá que ser reconocida por todos los Estados contratantes; salvo en los casos en que el menor sea nacional de otro lugar y su Estado dado un interés superior.

Así como diversas disposiciones en caso de controversias suscitadas en relación al tema, pero en todo momento anteponiendo el interés superior del menor.

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)**

Este documento también fue elaborado por la Organización de Naciones Unidas y establece los derechos mínimos que debe tener todo ser humano. Respecto al niño, ofrece una especial protección tanto para él como para su familia, el derecho que tienen a un nombre y una nacionalidad.

Desde el preámbulo de este pacto se observa que en el primer párrafo hace alusión a todos los miembros de la familia humana, es decir, definitivamente incluye a los niños y adolescentes.

Ahora bien, dentro del articulado, se encuentran como datos de relevancia la obligación de los Estados Partes a garantizar que dentro de su territorio tendrá vigencia lo aquí escrito.

En el artículo 6, impone el respeto a la vida, pero da un catálogo de situaciones en las que será aplicable la pena capital, sin embargo, aclara en su punto 5, que no será impuesta dicha pena a personas menores de 18 años ni a mujeres en estado de gravidez, dándoles así protección integral.

El artículo 10 se refiere a las personas privadas de su libertad por motivo de la comisión de hechos delictivos, en cuanto a los menores, refiere que deberán estar separados de los adultos y se les dará prioridad en cuanto a la impartición de justicia que les corresponde. Además, en el artículo 14.4, se indica que se tendrá en cuenta su minoridad y la importancia de estimular su readaptación social.

El artículo 18, retoma las ideas respecto al derecho que tienen los niños de que sus padres elijan las condiciones en que será impartida su educación.

El artículo 23 da total protección a la familia, de nueva cuenta en el entendido de que se trata del elemento natural y fundamental de la sociedad, otorgándole protección a los individuos que deseen fundar una familia, al matrimonio y a los hijos que surjan de dicha unión.

Importantes derechos para los niños están consagrados concretamente en el artículo 24, que dice:

“Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.”

- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)**

En este caso, es muy interesante que se protege a la madre antes y después del parto, a los niños se les debe proveer de medidas especiales de protección y asistencia y evitar la explotación laboral, mediante límites y regulaciones en cuanto a la edad para incorporarse como fuerza de trabajo, como reminiscencia a los abusos que ya se enunciaron, se cometían en su contra durante la Revolución Industrial.

En el artículo 10 se observa de nueva cuenta la protección a la familia, a los cónyuges, a las madres trabajadoras, además de las medidas especiales de protección y asistencia que deben de adoptar con la finalidad de proteger a los niños y adolescentes, en particular contra la explotación económica y social, poniendo de manifiesto que los Estados deberán imponer límites de edad y castigar el irrespeto a este punto.

Por su parte, el artículo 12 expresa entre otras cosas, que se debe buscar en más alto nivel posible de salud física y mental, con la intención de reducir la mortalidad y la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.

En el artículo 13 se reitera la libertad de los padres de elegir la educación que consideren adecuada para sus hijos.

- **Convención Americana de San José de Costa Rica (1969) y su protocolo adicional (1988)**

Es importante hacer mención del Pacto de San José porque es uno de los instrumentos más trascendentes en cuanto a Derechos Humanos se refiere que rige de manera regional, además de que derivado de él se crearon la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ya han resuelto casos que están relacionados con los niños; pues en latinoamérica se han dado abusos que han llegado hasta esta instancia, como el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala; también conocido como el caso de los niños de la calle, en el que varios menores de edad fueron secuestrados, torturados y muertos; y la razón por la que llegó a dicha instancia fue porque se sometió a consideración de la Corte si Guatemala había o no violado diversos artículos de la Convención, en el que se resolvió que efectivamente se habían dado violaciones en perjuicio de los niños muertos.

Dentro de esta convención, del análisis de su texto, se puede decir que es coincidente en otros instrumentos en cuanto al respeto a la vida, a los derechos fundamentales, a la familia, entre otros.

En concreto, se refiere a los niños el artículo 19, que dice:

“Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

- **Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y Bienestar de los Niños (41/85 de la asamblea general de 1986)**

Habla principalmente de tres cosas: bienestar jurídico del niño y la familia, colocación en hogares de guarda y finalmente, la adopción.

- **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (resolución 40/33 de la Asamblea General 1985)**

La trascendencia de este documento es en principio, que se hace mención de que el sistema para impartición de justicia debe ser diferente al de los adultos, definiendo que menor es todo niño o joven que con arreglo al sistema jurídico respectivo puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto.

- **Declaración sobre la Protección de la Mujer y del Niño en estados de emergencia o de conflicto armado (resolución 3318 XXIX de la Asamblea General, 1975)**

Este documento trata de diferentes actos que se llevan a cabo contra niños y mujeres y que son considerados criminales, como la ejecución, destrucción de viviendas, reclusión, tortura, castigos colectivos, detenciones en masa y desalojo forzoso.

- **Convenios de la OIT en relación a trabajo de menores**

La Organización Internacional del Trabajo ha hecho infinidad de convenios con la finalidad de establecer reglas en cuanto al trabajo de menores, sobre todo en lo que tiene que ver con los lugares donde es y no adecuado que trabajen; el establecimiento de una edad mínima y por supuesto que sea respetada; las

jornadas de trabajo que deben establecerse en cuanto a su duración, que siempre debe ser menor a la de los adultos; así como las jornadas en las que pueden y en las que no pueden estar.

Retomando el tema, la redacción de la Convención de los derechos del niño, comenzó mediante una comisión en el año de 1979, año que fue nombrado como el “año internacional del niño”. En esta redacción participaron gran cantidad de Estados, organizaciones no gubernamentales y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, siendo la Defensa Internacional de los Niños la encargada de coordinar dicha labor.

Posteriormente, hasta 1988, casi treinta años después de la Declaración de los Derechos del niño (1959), por fin se llegó a un consenso respecto del texto de la Convención, fue revisada por diversas comisiones y por la misma Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, la cual entraría en vigor al ser ratificada por 20 países.

Como se observa de los instrumentos anteriores a la convención, realmente de una amplia interpretación se puede entender los derechos ahí contenidos como protectores de los niños, sin embargo, al no existir identidad en todos ellos, fue necesario hacer esta “compilación”, además de adaptar algunas situaciones que son muy específicas a los menores y fue el primer instrumento que se creó que tenía una fuerza coercitiva sobre los Estados que la ratificaran.

El proyecto enuncia derechos que se pueden clasificar en tres grupos, que son:

“De provisión: El derecho a poseer, recibir o tener acceso a ciertos bienes o servicios, ejemplo, atención sanitaria, educación, descanso y esparcimiento, atención al niño impedido y al niño privado de su ambiente familiar.

De protección: El derecho a ser protegido contra cualquier perjuicio (como la separación de los padres), la explotación económica o sexual, los malos tratos físicos o mentales, el alistamiento en las fuerzas armadas.

De participación: El derecho a ser escuchado cuando se tomen decisiones que afecten su vida y a medida que se desarrollan sus capacidades, el de tomar parte en las actividades de la sociedad, preparándose a ser adulto responsable.”²⁷

A continuación se hará mención de manera breve de los derechos plasmados en la Convención, que son: el derecho a la vida, al nombre, nacionalidad, a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, a la identidad, a no ser separados de los padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, a salir de cualquier país, a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, a no ser trasladados o detenidos de manera ilícita, a expresar libremente su opinión y a la libertad de expresión, pensamiento, conciencia y religión, de asociación, al respeto de la vida privada, a la información y acceso a diferentes fuentes tanto nacionales como internacionales, a no sufrir perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, derecho a asistencia por parte del Estado en Instituciones adecuadas, a ser adoptado, a ser refugiado, además de asistencia especial en caso de niños impedidos ya sea física o mentalmente, a la salud, también en el caso de los niños internos, pues tienen derecho a revisiones periódicas, a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado y a una pensión alimenticia, muy importante el ya mencionado derecho a la educación, además de un apartado especial que le da derecho a los niños a ser parte de una minoría étnica, religiosa o lingüística, al descanso, esparcimiento, recreación y juego, a la no explotación económica, trascendente también el derecho a ser protegido contra todas las formas de explotación y abuso sexual, a ser protegido contra la trata, venta y secuestro, varios derechos cuando están privados de la libertad, sobre

²⁷ Madrazo, Jorge y otros, “Derechos de la Niñez”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1990, “Los derechos humanos del niño”, Loretta Ortiz Ahlf, pág. 243 y 244

todo en cuanto a imposición de penas se refiere, el derecho que tiene a no participar en conflictos armados, situación muy complicada que se vive a nivel internacional en la actualidad, y finalmente, los diversos derechos que tienen cuando se trata de menores infractores.

Uno de los puntos más importantes de la Convención y que sirve para dar sustento a este trabajo de investigación, está contenido en el artículo 12.2, que habla del derecho que tienen los niños a ser escuchados en todo procedimiento **judicial** o administrativo, ya sea directamente, por un representante o por un órgano apropiado, y de la interpretación de este precepto, se puede inferir que el ser escuchado, no solamente implica que participe en el proceso en cuestión, sino que efectivamente sea entendida su voluntad o lo que quiere manifestar, es por eso que es necesario, como se verá en las conclusiones, que tras analizar diversos aspectos de nuestro proceso penal y la legislación aplicable, encontremos la vía idónea para escuchar y realmente comprender la intervención de los niños dentro del proceso penal.

Este punto se robustece cuando se lee lo relativo a los menores infractores, en el sentido de “en su caso, contará con asistencia gratuita de un intérprete”, lo cual, de una buena interpretación, podemos entenderlo como que no necesariamente puede comunicarse de la manera más adecuada con los adultos, lo cual haría necesario que alguien que entendiera su problemática y realidad en cuanto a expresión se refiere.

Otra parte del texto a considerar en este caso respecto de la expresión de los niños, es que ésta debe ser tomada en cuenta en los casos que le conciernen, y queda al aire una pregunta que será contestada conforme avance esta investigación ¿se puede tomar en cuenta una opinión o declaración de un niño cuando ésta no es entendida en su integridad y por lo tanto, dar cumplimiento a lo dispuesto por la Convención?

1.3. Firma y Ratificación de los instrumentos por nuestro país.

Para que en nuestro país entren en vigor los instrumentos que se suscriben y ratifican a nivel internacional, se precisan de una serie de pasos a seguir con la finalidad de que pueda, en efecto, adecuarse la ley a la que se impone conforme a los demás Estados.

Primero se debe establecer el proceso que se siguió para que entrara en vigor en nuestro país la Convención de Derechos del Niño, posteriormente, se explicará el sustento teórico de por qué deben de seguirse dichos pasos.

Para que un tratado entre en vigor en nuestro país, tiene que seguir los siguientes pasos, primero es que el Presidente representando a su nación lo firma a nombre de todos, posteriormente, este documento (en nuestro caso la Convención), es analizada y ratificada por el Senado de la República, todo esto con fundamento en los artículos 76 fracción I y 89 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Estos artículos se refieren a que es el Presidente de la República quien dirige la política exterior de México y que puede suscribir tratados, con la condición de que éstos sean aprobados por el Senado.

En México existe una jerarquía en cuanto a las leyes, se debe dejar claro que es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos quien tiene la supremacía, lo que se traduce en que por encima de la Constitución no hay nada, se da con la idea de que se mantenga la legalidad al interior de nuestra nación, como parte trascendente de su soberanía, esto en virtud de que no hay forma de que una ley promulgada en el extranjero, ya sea por otra nación o naciones y firmada por nuestro presidente, que es el encargado de representar a todo el país, pueda establecerse por encima de la normatividad mexicana, menos aún de la Constitución, a menos que pase por el procedimiento arriba mencionado.

Cuando ya el Senado de la República ratificó el documento en cuestión, éste tiene un rango casi a la par de la propia Constitución, no tal alto, por lo ya explicado respecto a la supremacía constitucional, pero está en el escalón siguiente (hablando en términos de la pirámide de Kelsen) por encima de las constituciones locales y leyes federales, lo cual, significa que las normas relacionadas con los niños son más importantes que las propias leyes federales y más aún que las locales.

Hablando de la Ley de los Tratados, artículo 2º fracción I, que explica que *“un tratado es un convenio regido por el derecho internacional público, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.”*

Es importante destacar que dentro de este proceso de entrada en vigor en nuestro país de un Tratado, o en este caso, la Convención, no puede asumirse así tal cual está, sino que existe un compromiso por parte del Estado de “absorber” las ideas ahí contenidas para darles un lugar dentro de las leyes nacionales y así darles su correcta instrumentación, es decir, se tienen que plasmar dentro de nuestras normas para que así se pueda hacer uso o disfrutar de sus beneficios.

No obstante que en el momento que se ratifica y publica un instrumento internacional debe ser respetado conforme al rango que posee, es un hecho que para dársele la instrumentación debida, es necesario que se alimenten las leyes adecuadas que ya se tengan o se creen las pertinentes para así respetar los compromisos internacionales asumidos; sin embargo, por supuesto que deben respetarse los derechos ahí contenidos, independientemente de que haya una ley hecha en México que así lo disponga.

CAPÍTULO 2

CAPÍTULO 2. REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE NUESTRO PAÍS Y SU APLICACIÓN

2.1 Entrada en vigor de la Convención

A partir de la entrada en vigor de la Convención y la adopción por nuestro país de la misma, que fue ratificada con fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa pero publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno; es necesario que se vean los importantes planteamientos que ahí se mencionan, esto con la finalidad de recapacitar de qué es fundamental y por lo tanto, de lógica inclusión en nuestra ley.

En principio, es muy importante analizar desde el preámbulo de tan trascendente documento, donde dice:

“PREÁMBULO

Los Estados Partes en la presente Convención.

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento",

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo..."

De ahí se desprende que lo primero que protege la Convención respecto de los niños es el derecho a la vida, mismo que es protegido tanto por nuestra

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como por nuestras leyes penales, pues como se sabe, es el bien jurídico de más valía.

Si se continúa con el análisis de dicho texto, se advierte la trascendencia que se le da al hecho de que el niño se encuentra en una situación diferente a la de los adultos, pues si ésta fuera la misma, no habría sido necesario crear este ordenamiento, en virtud de que sus garantías ya estarían protegidas por el simple hecho de ser seres humanos, sin embargo, el mismo preámbulo destaca la distinción que existe en el sentido de que le hace falta madurez tanto física como mental, lo que se traduce en que definitivamente son seres humanos en desarrollo y con necesidades especiales.

Dentro de estas necesidades, se encuentra que se habla de la familia y de que todos los niños tienen derecho a estar dentro de un contexto adecuado para así asegurar su debida formación, esto se puede entender en el sentido de que derivado de que crezcan en el mejor de los ambientes, podremos tener adultos mejor preparados para la vida.

Desde esa perspectiva se nota que hace una importante distinción en cuanto a que tienen una “condición” distinta, no la que tiene un adulto, sino una especial, por razón de su falta de madurez física y mental, como bien lo expresaba la declaración de 1959²⁸, y por lo tanto, en muchos aspectos regulados por nuestras normas, es necesario hacer precisiones distintas a las que existen ordinariamente para los adultos, vinculando así, mediante el texto de la misma Convención, a instituciones tanto públicas como privadas, para que de manera integral se le dé protección adecuada a los niños.

Importante es también la redacción en cuanto al interés superior del niño, porque cuando se llegare a presentar un conflicto de intereses o normas, siempre se

²⁸ Nos referimos a la Declaración de los Derechos del Niño adoptada en 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

deberá atender a lo más conveniente para el niño, muy importante en todo momento, puesto que con motivo de su condición, sería más simple para un adulto imponer su razón sobre la de un menor, pero al existir este tipo de disposiciones, siempre será en beneficio del niño, dando equidad en todo momento.

Existe también el derecho de vivir en familia, pues la Convención considera que es el medio idóneo para que el niño se desarrolle adecuadamente, aunque claro, se sabe que en nuestro país, en el caso que no sea lo mejor, atendiendo al interés superior del niño enunciado en párrafos superiores, es indispensable que se busque un contexto más adecuado para su desarrollo, de acuerdo a las normas de cada Estado. Además, trata de lo relacionado con los padres, cuando éstos viven en diferentes Estados parte²⁹, pues los gobiernos deben facilitar la reunión familiar, así como lo relativo a la difícil situación de niños en estado de abandono o que no pueden residir momentáneamente con sus padres.

De la continuación de la lectura, encontramos puntos muy importantes en relación al abuso y explotación de los menores, tanto laboral como sexualmente, además de la cuestión relativa a la milicia, enlistar y reclutar niños, situaciones que son tan delicadas que fue indispensable crear dos protocolos facultativos³⁰ que dieran explicación y se extendiera en la redacción de estos temas y lo mucho que afecta su cabal cumplimiento a los niños, triste es darse cuenta que son muy pocos los países que han ratificado dichos instrumentos. Aunque es bueno mencionar que nuestro país tiene ratificados ambos; por fecha quince de marzo de dos mil dos.

El derecho a la educación también está plasmado en esta Convención, pues como reminiscencia de la Revolución Francesa, quedó la obligación que tiene el Estado de impartir educación pública a su pueblo, y del estudio de algunas

²⁹ Por "Estado Parte" debemos entender a los que suscribieron y ratificaron la Convención en cuestión.

³⁰ Uno es relativo a la participación de los niños en conflictos armados y el otro a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Constituciones, incluyendo la nuestra, por supuesto, se encuentra que existe esa obligación plasmada y que de hecho se lleva a cabo.

2.2 Planteamientos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En primer lugar, y como a absolutamente todos los que nos encontramos en este país, el artículo 1º Constitucional protege a los niños, otorgándoles todas las garantías contenidas en la Carta Magna, es decir, no es necesario mencionar lo relacionado a las víctimas del artículo 20, o debido proceso o todos los demás, puesto que, al estar protegidos, en general, por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, trataremos sólo de los artículos que en específico tienen relación con el tema que estamos tratando.

Por cuestión de orden, debemos decir que el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nos indica el lugar que conforme a la jerarquía que existe en cuanto a las normas en nuestro país, le corresponde a dicha Convención, en este caso, vemos que el artículo textualmente dice:

“ARTÍCULO 133. *Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”*

Es decir, del análisis del artículo anterior encontramos que todo tratado celebrado acorde a las formas establecidas, está reconocido y es aplicable en nuestro país.

Dentro de la Constitución, existe otro precepto relacionado con los niños, en este caso nos referimos al artículo 18 Constitucional, el cual es del siguiente tenor literal:

“Artículo. 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

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

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e

impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. El traslado de los reclusos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.”

Del artículo anterior, resulta relevante lo resaltado en negritas, puesto que es la parte aplicable a los procesos que se le llevan a los menores de edad, y aún cuando el tema de esta tesis no trata de esta parte, sino de la intervención de los menores de edad que emiten declaraciones dentro del proceso que se le instruye a los adultos, es de destacarse que el texto constitucional habla de proteger el interés superior de los menores, cumpliendo así con las prerrogativas que nos indica la Convención de los derechos del niño, además, de que al ser la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la norma suprema de nuestro país, en cualquier momento que sea necesario citarla con la finalidad de hacerla aplicable, es posible.

2.3 Planteamientos en otros ordenamientos

La temática relacionada a los niños no es exclusiva de una ley, afortunadamente, hay varias en las que se hace mención al respecto, para conocerlos, será necesario pasar por varias de ellas, por una parte, para ver si se encuentra algo que pueda ser aprovechado para las propuestas que se tendrán que hacer al término de la investigación y por otra, con la finalidad de revisar que los ordenamientos internacionales que se han adoptado como parte del derecho mexicano, han tenido utilidad.

En principio, es necesario mencionar que en el Código Penal de 1881, se plasmó que los menores de 9 años no tenían responsabilidad alguna, entre 9 y 14 años se

requería de una investigación con la finalidad de encontrar si tenían o no capacidad de discernimiento y a partir de los 14 años ya se le podía atribuir responsabilidad. De este texto, es importante mencionar que aunque aquí se refiere a las cuestiones criminales, es decir, la responsabilidad que se le pudiera fincar en la comisión de un delito, es trascendente que se hace distinción en cuanto a que sí tienen diferencias intelectuales de acuerdo a la etapa que viven y más relevante aún que se requiriera de una investigación entre los 9 y los 14 años para asegurarse del entendimiento que podía haber tenido el niño de los hechos acontecidos, puesto que esto pone de manifiesto que los niños no tienen un desarrollo que se pueda esquematizar dentro de una línea del tiempo, sino, depende del contexto individual, situación que, aún ahora, sigue siendo una idea vigente.

Sin embargo, de la revisión de este ordenamiento, es decir, del Código Penal Federal, se advierte que antes se encontraba contemplado lo relacionado a la justicia de menores en los artículos que van del 119 al 122, pero que por publicación en el Diario Oficial de la Federación de fecha dos de agosto de mil novecientos setenta y cuatro, éstos fueron derogados por la creación de los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales; es decir, por la visión de los legisladores de la época, fue necesario buscar la especialización dentro de la justicia, distinguiendo por lo tanto, a los adultos de los niños, lo cual representó mucha trascendencia en la forma en la que se impartía justicia y que se sigue buscando, es decir, es necesario destacar que en la actualidad, en aras de esa consolidación de justicia ad hoc, se han hecho las reformas pertinentes necesarias para tal efecto.

Como ya se refirió en el artículo 18 Constitucional, hay importantes consideraciones ahí hechas, mismas que existen gracias a la reforma que por una parte modificó y por otra adicionó este numeral, en fecha doce de diciembre de dos mil cinco, es decir, es relativamente reciente, y partiendo de este cambio se ha buscado continuar con esta labor, con la finalidad de hacer aún más

especializado el sistema de impartición de justicia para menores; esto es de gran relevancia, pues se pone una vez más de manifiesto que efectivamente es necesario, como se expresará en las conclusiones, que exista todo un aparato burocrático así como privado que pueda relacionarse de manera aún más satisfactoria entre las autoridades y los niños, haciendo referencia en este caso, a aquéllas que tienen conocimiento en un proceso penal.

Dentro de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, encontramos muchas consideraciones importantes para proteger el interés superior de los niños, siendo destacables que existe una unidad para su defensa, una de prevención y tratamiento, que dentro de la forma que establece para llevar el procedimiento, habla de que el trato que se le dará al menor será conforme a las necesidades inherentes a su edad y condiciones personales, el diagnóstico biopsicosocial que se hace de los menores con la finalidad de conocer qué los orilló a delinquir y por lo tanto cuál es el tratamiento más adecuado de los considerados dentro del propio ordenamiento, para su reintegración a la sociedad.

No obstante todas las bondades expresadas en la legislación antes referida, respecto de las pruebas en general y en particular de la testimonial o la confesional, que son las que podrían interesarnos, no hace referencia adicional, para ser precisos, en su artículo 57 establece cómo deberán valorarse las mismas y por la redacción del artículo 55, se advierte que habrá de aplicarse de manera supletoria lo dispuesto por el Código Federal de Procedimientos Penales, por lo tanto, se debe atender a las reglas ahí dispuestas en relación a cada prueba; estudio que se hará más adelante.

Respecto a la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, se encuentra en relación a los niños que exige que las Entidades Federativas con población que se comunique en lengua indígena, tenga educación básica bilingüe, atendiendo a las necesidades de cada comunidad, lo cual es una excelente

decisión, porque el rezago que hay en algunas comunidades sólo terminará partiendo de la educación que se le dé a los mexicanos, lo cual los podrá poner en un mejor status para competir en el mundo al que nos enfrentamos.

Dentro de la Ley de Asistencia Social, se encuentra que se busca dar todo el apoyo posible para modificar y mejorar sus condiciones de vida, haciendo un especial énfasis en las cuestiones que atañen a los niños, más aún a aquéllos que se encuentran en circunstancias que los hacen más vulnerables, como son los que se encuentren en situación de riesgo o afectados por desnutrición; deficiencias en su desarrollo físico o mental, dentro de una familia con una situación adversa; maltrato o abuso; abandono, o que tienen padres ausentes o irresponsables; viven en la calle; son víctimas del tráfico de personas, de la pornografía o el comercio sexual; Infractores y **víctimas del delito**; ser hijos de padres con enfermedades terminales o en condiciones de extrema pobreza; migrantes y repatriados; sufrir explotación de cualquier tipo; ser víctimas de conflictos armados y persecuciones étnicas o religiosas. Esta ley además hace una distinción respecto de las edades, mencionando que son niños hasta antes de cumplir doce años de edad y son considerados adolescentes cuando su edad va de los doce hasta antes de cumplir los dieciocho años; distinción que no se hace en la Convención, pero que para el caso es irrelevante en función de que el hecho es que no son considerados como adultos.

Dentro de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del delito para el Distrito Federal, se advierte dentro de los derechos de las víctimas, en uno de los incisos, a recibir asesoría jurídica gratuita por parte de la Subprocuraduría, respecto de sus denuncias o querellas y, en su caso, ser auxiliados por intérpretes traductores cuando pertenezcan a un grupo étnico o pueblos indígenas, no conozcan **o no comprendan bien el idioma español**, o padezcan alguna discapacidad que les impida oír o hablar; se resalta la parte de falta de capacidad para comprender el idioma español, porque como se irá explicando en los capítulos siguientes en esta investigación, los niños, por ser seres humanos en desarrollo, se encuentran

dentro de un proceso intelectual que aún no ha concluido, lo que les impide entender adecuadamente todo el contexto en el que se aplica el idioma español, no obstante hablarlo, además de tampoco estar preparados para dar a entender sus ideas de la mejor forma; partiendo de las carencias que aún poseen por estar en etapa de formación.

En la Ley de Desarrollo Social para el Distrito Federal, se encuentra plasmado que el desarrollo social es el proceso de realización de los derechos de la población mediante el cual se fomenta el mejoramiento integral de **las condiciones y calidad de vida**³¹, además de plasmar una serie de principios que deberían ser aplicables en todos los ámbitos en nuestro país, siendo destacable el principio de **equidad social**, que implica la superación de toda forma de desigualdad, exclusión o subordinación social basada en roles de género, **edad**, características físicas, pertenencia étnica, preferencia sexual, origen nacional, práctica religiosa o cualquier otra³²; se hace relieve en estas dos fracciones, porque si se interpretan, se puede entender que una mejor calidad de vida por supuesto que implica vivir en una sociedad en la cual se imparte adecuada justicia, que como ya quedó expresado en la introducción, no se trata solamente que se encuentren culpables, sino que quienes sean nombrados como tales, sean sentenciados de manera justa, logrando así una sociedad más sana.

La Ley de Educación del Distrito Federal, nos indica cuáles son los valores que deberán desarrollarse en cada etapa formativa, además de dar un parámetro de la edad a la que en principio, va dirigida cada una de estas etapas, además, es un texto que también hace distinción entre niños y adolescentes, aunque no precisa exactamente de qué edad a qué edad va cada una, como se vio que hace alguna otra ley mencionada con anterioridad.

³¹ Artículo 3, fracción VI, del ordenamiento en cita

³² Artículo 4, fracción IV, de dicha ley

Tanto la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, como la de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, establecen dentro de sus procedimientos que incluso los menores de edad podrán acudir ante ellas a denunciar presuntas violaciones a los derechos humanos, ya sea por alguna violación contra ellos o contra alguno de sus familiares que por estar privado de su libertad no pueda concurrir personalmente, además de que en caso de que las violaciones sean en contra de ellos (menores de edad), podrán ser denunciadas, ya sea por sus tutores o por ellos mismos, diciendo dichas normatividades, que por quien esté facultado según la ley.

La Ley de las y los Jóvenes del Distrito Federal, divide este grupo en dos, por un lado, los que son considerados jóvenes que son mayores de edad, cuyo rango va desde los dieciocho hasta los veintinueve años y por otra parte, a los menores de edad, que van desde los catorce años hasta antes de cumplir los dieciocho años. En este instrumento jurídico se busca contribuir al desarrollo integral de este sector de la población así como regular su respectivo instituto, el cual será el promotor del desarrollo antes mencionado. Además observamos que dan un tratamiento distinto a la Convención en cuanto a nomenclatura a cierta parte de los niños, que son justamente los que van de los catorce a antes de cumplir los dieciocho años.

La anterior ley tiene mucha relación con la Ley de los Derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal, en el sentido de que hay una parte de la población menor de edad que está considerada en ambos casos, pues la ley que ahora nombramos define a los niños como todos los menores de dieciocho años. Esta ley habla de la protección que se le debe dar a los niños dentro de esta ciudad y de las obligaciones de las autoridades al respecto. Es interesante destacar que este instrumento legal en efecto considera lo que quedó asentado en la Convención, es decir, la definición de niño fue retomada de la norma internacional, y de hecho, varios de los ordenamientos que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal ha promulgado y que están relacionados con los niños, toman por

definición la que aquí se establece, circunstancia muy importante porque hace notar de forma muy clara cómo efectivamente se ha incluido en el derecho positivo mexicano lo que se firmó internacionalmente.

La Ley del Deporte para el Distrito Federal considera a la niñez un sector poblacional vulnerable y en función de ello tiene obligación de establecer sus planes dándoles prioridad, con la finalidad de fomentar y desarrollar el deporte, además de que sea una opción recreativa que forme valores dentro de la población.

En conclusión, no hay legislación alguna que dé datos adicionales que puedan ser de utilidad al tema que se trata, simplemente la edad en la que se distingue si son mayores o menores de edad, así como marcar, en el caso de cuestiones procesales, como mero parámetro, como edad mínima la de 8 años³³, sin aclarar que es por razones psicobiológicas se debe hacer esta distinción, en función a que es cuando se puede determinar que los niños tienen la capacidad de entendimiento necesario.

Además, no obstante que las leyes anteriormente citadas, no se refieren exactamente al proceso penal, lo que en ellas está plasmado y más aún a favor del tema que se desarrolla, es digno de ser mencionado, pues quiere decir que las ideas ya están legisladas, sólo falta darles la salida correcta para que sean funcionales en todos los aspectos en los que interviene la sociedad que sean necesarios.

Es decir, las leyes que ya existen en nuestro país tratan de la protección de los niños y el fomento que debe hacerse para proteger sus derechos y garantías, pero no hay planteamientos adicionales relativos al proceso penal o a sus características de niños, salvo la cuestión de que son vulnerables y por tal motivo

³³ Aunque sabemos que la legislación en materia de menores infractores no es homogénea en todo el país, situación que se ha pugnado por eliminar en diferentes congresos nacionales.

sus derechos necesitan más atención y vigilancia por parte de las autoridades y el exhorto que existe a la sociedad mexicana de así pretenderlo.

2.4 Materia procesal en nuestro país

Dentro de este tema, es necesario delimitar qué se refiere por *materia procesal*, que en el caso concreto lo será al proceso penal federal y al proceso penal para el Distrito Federal, los cuales serán analizados para conocer así sus diferencias y similitudes y de qué forma considerando uno y otro se pueden complementar, así como conocer las necesidades legislativas que se tendrán que hacer a modo de conclusiones en ambos casos.

Los temas importantes a analizar en este punto son en principio lo referente a las pruebas en general, la testimonial en especial y además las disposiciones específicamente aplicables a los niños.

En principio, el artículo 9 del Código de Procedimientos Penales Distrito Federal, habla del tratamiento que se le debe dar a las víctimas u ofendidos por algún delito, es decir, de los derechos que tienen dentro del proceso penal en el Distrito Federal.

Tratándose de niños, o bien, de menores de edad como ahí se les considera, en el caso de ser víctimas, al igual que cuando se trata de los adultos, tienen una serie de garantías que deben serles informadas por el Agente del Ministerio Público.

Por otro lado, es importante mencionar que la fracción VI del artículo 9 dice *“VI. A recibir asesoría jurídica por parte de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal respecto de sus denuncias o querellas y, en su caso, a recibir servicio de intérpretes traductores cuando pertenezcan a un grupo étnico o pueblo indígenas, no conozcan o no comprendan bien el idioma español, o padezcan*

alguna incapacidad que les impida oír o hablar;”, sin embargo, esta legislación en ningún momento considera que los niños no conocen o comprenden bien el idioma español, no los están tomando en cuenta para este punto, situación con la que no estamos de acuerdo.

Cuando se habla de los testigos, que es la prueba que interesa en razón del tema que se está tratando, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal indica que toda persona que pueda aportar algún dato para esclarecer los hechos **sin importar su edad** deberá ser examinada como testigo, abriendo de esta forma la posibilidad de la intervención de los niños.

Además, es muy importante, que dentro del artículo 191, en el segundo párrafo, habla de cómo proteger a los menores de edad cuando sean motivo de interrogatorio, siendo el texto del citado numeral, el siguiente: *“Cuando se examine a un menor de edad las preguntas deberán ser concretas, en lenguaje sencillo y de forma tal que al abordar el tema se haga de manera que no impacte en su conciencia y estabilidad emocional, respetando siempre el interés superior del mismo.”*

Del análisis de dicho precepto, se infiere que en principio existe la intención de proteger sobre todo su estabilidad emocional en virtud del interés superior que prevalece en todo momento cuando se trata de menores de edad, sin embargo, el texto resulta un tanto incompleto, pues si bien es cierto que a los niños debe hablárseles con lenguaje sencillo y no demasiado elaborado para que así puedan ellos entenderlo, la redacción sólo deja ver que se hará de esta forma en virtud de que así no se impactará su conciencia y estabilidad emocional, sin tomar en cuenta que la razón real por la que debe hacerse así es porque al ser los niños seres humanos en desarrollo, aún no comprenden cabalmente el alcance de las palabras en el idioma, esto es, aún cuando puedan comprender que el idioma en el que se les está preguntando es el mismo que escuchan cotidianamente, la realidad es que no necesariamente significa para ellos lo que para quien interroga,

motivo que debería ser una preocupación dentro del proceso penal, como lo es para quien escribe; de ahí que se eligiera como tema el presente, por los motivos que se expresarán más adelante.

En el artículo 203 destaca otro punto en pro de los testigos menores de edad, pues en la fracción IV. se lee lo siguiente *“Artículo 203.- Los testigos deben ser examinados separadamente por el Ministerio Público o por el juez, en presencia del secretario. Sólo las partes podrán asistir a la diligencia, salvo en los casos siguientes: [...] IV. Cuando el testigo sea menor de edad, el cual deberá estar en todo caso acompañado de quien legalmente lo represente.”*, sin dar mayor explicación de por qué debe hacerse así, entendiéndose, claro, que es en virtud del interés superior, además, el mismo código reitera cómo en todo momento el menor debe estar acompañado de su representante sin que éste pueda intervenir en la diligencia para comunicarse con el niño respecto a las preguntas que se le hagan, esto para hacerlo más veraz y fidedigno; pero no por esto, se hace que el niño exprese lo que en realidad se necesita para conocer los hechos, pues la problemática del tema va mucho más allá de la simple compañía de una persona de confianza.

Con lo anterior se pretende decir que, basado en estudios que han sido desarrollados en otras materias, como son la psicología y la pedagogía, hay muchos más factores que se deberían tomar en cuenta cuando se está tratando con menores de edad, esos puntos serán explicados en el capítulo correspondiente.

El artículo 208 indica que las declaraciones deben ser redactadas hasta donde sea posible las palabras empleadas por el testigo, pero también dice que deberán ser redactadas con claridad, lo cual deja ver que es labor de la persona que las está transcribiendo por un lado, hacerlas entendibles, y por otro, que éstas sean lo más apegadas a lo que el testigo dijo, pero qué pasa cuando se trata de niños, que aún cuando ellos hablen el mismo idioma que los adultos, para ellos, como se

ha venido reiterando, las palabras no tienen el significado que les damos; aunado a que la forma en la que estructuran las ideas y las referencias que tienen de los hechos son muy distintas a las de los adultos, por lo que, si una declaración emitida por un menor de edad es redactada del modo más literal que fue emitida, tal vez pueda no ser entendida adecuadamente o bien, si se decide “editarla” con la finalidad de darle claridad, lo más probable es que se pierda parte del sentido en el que fue emitida.

Aún con todas las medidas que se están tomando en pro de las garantías de los niños, el artículo 212 habla de que tratándose de la declaración de un menor de edad, es sospechosa de falta de veracidad o de exactitud, pero lo único que ponen para salvar esta circunstancia es que se hará constar en el acta respectiva, es decir, que pondrán que por ser menor de edad quien declara, se tilda de falto de veracidad su dicho, sin resolver en su caso, dicho inconveniente.

En el subsecuente artículo hablan de exhortar al menor de edad para que se conduzca con verdad y el alcance y objetivo de la diligencia a desarrollar.

Aunado a los anteriores artículos, el 214 habla de indicios bastantes para sospechar que un testigo se ha producido con falsedad o existen muchas contradicciones en su declaración y las consecuencias de este actuar, que independientemente de las repercusiones jurídicas que puedan existir contra esta persona, la realidad es que hablando de tratar de esclarecer ciertos hechos, una circunstancia así, invalidaría o le restaría validez a este tipo de diligencias; sin embargo, que es donde se tiene que ser reiterativo, en el caso de las declaraciones de niños, es indispensable hacer hincapié en que ellos expresan sus ideas de manera distinta, en virtud de tener referencias tanto espacio temporales como de los hechos distintas a las que ordinariamente expresan y comprenden los adultos, traduciéndose esta circunstancia en una desventaja al tratar de analizar lisa y llanamente los depósitos de los menores de edad, pues si no se entienden de fondo, por un especialista que tenga los conocimientos

necesarios para identificar factores de fantasía, falsedad o contradicción, un adulto con los conocimientos convencionales respecto del lenguaje que expresan los niños, no tendrá la capacidad de observarlos de una primera lectura y muy probablemente tampoco de ulteriores.

Para la valoración de las pruebas, tanto la testimonial como el resto que regula el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, proporciona un capítulo, siendo que el artículo 255 señala las reglas cuando se trata de la prueba de nuestro interés, revisemos el texto:

“Artículo 255. Para apreciar la declaración de un testigo, el Ministerio Público o el tribunal o el juez tendrán en consideración:

I. Que el testigo no sea inhábil por cualquiera de las causas señaladas en este Código;

II. Que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar el acto;

III. Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad;

IV. Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro;

V. Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la substancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales, y

VI. Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio no se reputará fuerza.

Tratándose de menores de edad, deberán tomar en cuenta su edad, el delito que se trate, su situación física y mental y los resultados de los estudios que en su caso se le hayan practicado al respecto.”

Resultando interesante que en la fracción V habla de que debe ser clara y precisa, sin dudas ni reticencias, pues así será más sencillo desentrañar los hechos para encontrar la verdad que se busca, como el mismo código lo expresa, sin embargo, en el caso de las declaraciones de los menores de edad, por las razones que se ha venido expresando, lo más probable es que se encuentre que no cumplen con esta circunstancia, pero no porque en sí no lo hagan, sino porque la manera en que está expresada hace que así lo parezca; afortunadamente, subsanando un poco este punto, el párrafo último dice que en el caso de menores de edad debe considerarse sus circunstancias, pero no hay ordenamiento alguno que exprese cómo deben de valorarse las mismas; es decir, es indispensable que el Ministerio Público o el Juez tome en cuenta la situación mental del menor de edad, pero no dice cómo deberá hacerlo, pues aún cuando el Juez es considerado el perito de peritos, la realidad es que no tiene por qué poseer los conocimientos especializados para valorar la situación mental de una persona, sea o no menor de edad y menos aún cuando se trata de un niño.

En muchas ocasiones, se cuenta con estudios hechos en los niños, mismos que sirven de sustento a las autoridades que conocen del caso para respaldar las decisiones que toman, sin embargo, éstos no se practican de oficio sino de acuerdo a la necesidad que haya de ellos, en función del delito del que se trate y de la circunstancia en la que concurran ante la autoridad; es decir, si el menor de edad es parte en el proceso penal por ser víctima, si se trata de un delito sexual, de corrupción de menores o violencia, lo más probable es que exista una pericial en psicología como parte del arsenal probatorio; sin embargo, si simplemente son testigos dentro de la indagatoria o de la causa, según corresponda, no habrá justificación para realizar dicha prueba y probablemente ésta no se desahogue en ningún momento, además de que generalmente la pericial en psicología, lo que

pretende probar es la consecuencia psicológica y la afectación que tuvo la persona sobre la que se practica, en este caso al referirse al niño, el delito en comento, y no así su estado mental, propiamente.

Aunado a lo anterior, se desconoce a qué se refiere el legislador con “estado mental”, pudiendo inferir, desde luego, que alude a las circunstancias emocionales o de afectación en las que se encuentra. Sin embargo, esto es solo una suposición.

Además, la existencia de un dictamen pericial en psicología infantil, no da credibilidad o certeza a lo que dice el niño en declaración, simplemente constituye un indicio más que habrá de enlazar la autoridad, tal como dice el artículo 261, no así un sustento a una prueba distinta; es decir, el hecho de que la experticia concluya con determinados puntos, no le da mayor o menor entendimiento a la testimonial *per se*, solamente ayuda al juez a justificar por qué le dio determinado valor dentro del capítulo correspondiente.

Por lo tanto, aún cuando existan factores que puedan hacer suponer que lo que el niño trató de expresar en su declaración se refería a determinada cosa relacionada con los hechos, en realidad no es una interpretación que de exactitud y por lo tanto veracidad a dicha diligencia, sino solamente, como ya se dijo, una más de las piezas del rompecabezas probatorio, cuando en realidad, si existiera una forma de entender directamente la declaración del menor, se podría considerar su deposado de manera más firme y categórica como prueba y esto sería indispensable para lograr conocer la verdad que tanto se busca.

Aún así, en un buen momento legislativo, se creó el último párrafo del artículo 264 de la legislación adjetiva local, donde se considera que el menor de edad tiene la salvedad de no poder determinar el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del hecho, obviamente con el requisito de que su dicho se encuentre acreditado por algún otro elemento de prueba y que además se encuentren acreditados el cuerpo

del delito y la probable responsabilidad, en los términos del mismo ordenamiento legal en cita.

Así, del análisis de la norma anterior, se tiene que si bien hay muchas bondades para con los menores de edad, también encontramos muchas deficiencias que propician que prácticamente se dejen fuera las declaraciones de los niños, las cuales son muy importantes para encontrar la verdad que se busca, pues si se considera que para garantizar la impartición de justicia, tanto en el caso de que se determine que no existe un delito o que no fue cometido por la persona a quien se le imputa, o bien, cuando se sentencie. Esto en virtud de que existen una serie de requisitos indispensables para cumplir con las garantías individuales, que dada la falta de disposiciones expresas, en ocasiones no permiten que las declaraciones impartidas por menores de edad, consigan esta calificación.

En relación al Código Federal de Procedimientos Penales, aún cuando aparentemente tiene muchas similitudes con el ordenamiento local, la realidad es que al no ser idénticos, es necesario analizar las disposiciones que expresa.

En principio, igual que la legislación local, habla del uso de un traductor en el caso de que el testigo o el ofendido no entiendan **suficientemente** el idioma castellano.

Relativo a las pruebas, en concreto a la prueba testimonial, que es la que en este texto interesa, sólo el artículo 247 señala el exhorto que debe hacerse cuando se trate de menores de edad para que se conduzcan con verdad.

El artículo 250 habla de la manera en la que deben redactarse las declaraciones, que igual que en la ley para el Distrito Federal, debe ser con claridad y lo más apegado a lo que expresa el testigo.

Del análisis anterior, destaca que el Código Federal de Procedimientos Penales, en la parte ya estudiada, no tiene las mismas disposiciones que se tiene a bien

encontrar en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es decir, todas esas consideraciones relativas a los menores de edad en cuanto a la protección a su integridad y el interés superior del mismo.

En relación a la valoración de la prueba testimonial, este ordenamiento lo expresa en el artículo 289, transcrito a continuación.

ARTÍCULO 289. Para apreciar la declaración de un testigo el tribunal tendrá en consideración:

I. Que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar del acto;

II. Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad;

III. Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro;

IV. Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales; y

V. Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza.”

Por tales razones, es necesario que se trate más el tema, con la finalidad de ir un poco más allá de lo que el legislador ya ha llegado, es decir, continuar con las ideas ya planteadas buscando que se creen leyes más afines y por lo mismo más útiles a la impartición de justicia en materia penal.

Pues si bien es cierto que dentro de la legislación local hay muchos y muy valiosos avances, la realidad es que faltan muchos más que podrían ser de gran utilidad en estos casos, dejando por un momento de lado lo relativo a la legislación federal, pues hace falta mucho trabajo por hacer en dicho ordenamiento, tal vez derivado de la poca incidencia de menores en el proceso federal.

CAPÍTULO 3

CAPÍTULO 3. INSTITUCIONES ANTE LAS CUALES SE PRESENTAN LOS MENORES

3.1 Ministerio Público Investigador

Es muy importante mencionar la trascendencia del Agente del Ministerio Público en este tema, pues es el primero en conocer de un asunto y por lo tanto, el primero también con quien trata el menor de edad, posiblemente.

Esta trascendencia está relacionada con el hecho de que de los primeros tratos que tenga el niño, dependerá gran parte de su desenvolvimiento en diligencias posteriores.

Para cualquier persona y más aún para un niño, siempre es difícil comparecer ante las autoridades, en este caso, hay un factor que le da un poco más de complejidad al asunto, el hecho de que se trata del proceso penal, porque necesariamente el menor está relacionado con un hecho posiblemente constitutivo de un delito, ya sea en el que él fue víctima o solamente testigo, pero las consecuencias de un proceso penal, siempre es o una persona que es encontrada culpable o que es absuelta, situación de gran importancia.

Para un niño que ha sufrido un hecho traumático y que es el mismo que dio origen a esta intervención del Ministerio Público (cabe mencionar que no necesariamente tiene que haber sido víctima o testigo de delitos sexuales o de violencia), es muy difícil encarar las responsabilidades que se derivan de esta comparecencia, puesto que para él una oficina así siempre es un lugar hostil, con personas desconocidas que de una u otra forma esperan determinada forma de actuar de él.

La forma de reacción que tiene un menor de edad cuando se encuentra en estas circunstancias es muy diversa, puede ir desde bloquearse y no querer participar o

cooperar, hasta decir lo que considera correcto, o dicho de otro modo, al momento de ser interrogado, responderá lo que él cree que esperan que diga.

Pues cuando un niño se siente inseguro, busca de una u otra forma complacer a los adultos, más aún cuando se siente asustado o amenazado, entonces en lugar de emitir una declaración en los términos adecuados o más apegados a la verdad, en realidad lo hará aspirando complacer a quien le pregunta, emitiendo juicios y argumentos buscando no meterse en un problema, en todo momento pretendiendo que lo que dice sea aceptado por quien pregunta o interroga.

De ahí que, se ha visto que la legislación procesal vigente para el Distrito Federal, ha establecido que cuando sea interrogado un menor de edad, éste se haga acompañar por su padre o tutor, con la finalidad de hacer menos complicada su intervención.

Sin embargo, aún así, es muy difícil que lo haga de manera adecuada, en virtud de que para un niño, el estar en esas condiciones tan poco amigables, donde hay alguien tras una reja, es motivo de temor y orillado por ese miedo, puede derivar una declaración falaz en busca de no ser encontrado culpable por las autoridades, aún cuando no sea el niño quien esté sujeto a proceso.

Eso por una parte, por otro lado y muy importante, es el hecho de que de acuerdo al delito del que se trate, puede existir un conflicto de intereses, pues qué pasa cuando por un lado está el padre y por otro la madre, poniendo en medio al niño, quien se verá obligado a declarar a favor o en contra de alguno de los dos, cuando sus afectos pueden ser para ambos progenitores, o de la influencia de uno de ellos, existe una opinión desacertada respecto de los hechos o de la persona que está en proceso.

Otro problema a considerar, tanto ante el Ministerio Público, como ante el Juez de Primera Instancia, siendo más importante lo que respecta al representante social,

en virtud de que esa primera declaración siempre es más cercana a los hechos y de su inmediatez se advierte su mayor confiabilidad, es que, como ya se había mencionado, al ser facultad del Ministerio Público redactar las declaraciones de manera clara y congruente, aún cuando tenga que hacer algunos cambios que aparentemente no sean trascendentales pero que al momento de una ampliación de declaración, un careo o preguntas formuladas por las partes, sí resultan trascendentes, pues entre lo que el niño quiso decir y la manera en la que lo redactaron, pueden existir algunas diferencias que por sencillas que parezcan, pueden aparentar ser contradicciones o falsedades que desvirtúen los hechos ahí contenidos.

En el caso de los niños, es importante destacar que su forma de pensar y entender las circunstancias que los rodean se ven afectadas por varios factores que muchas veces nosotros los que nos dedicamos a una disciplina que no trata en sí de las estructuras mentales de los niños, no somos capaces de comprender en su totalidad, esto es, solamente aquéllos que han dedicado sus estudios al entendimiento de la mente del ser humano, más en concreto de los niños, sabrán dilucidar y distinguir. En este caso, se hace referencia a la imaginación que hay de por medio dentro de lo que los niños expresan, puesto que, cuando ellos, dada su falta de experiencia, no conocen todo lo que sucede a su alrededor en su totalidad, se dan una explicación basada en conjeturas que pueden no tener un significado para los adultos, o bien, pueden ser falsas y tratarse de simples explicaciones que se dan ellos mismos para tratar de entender su contexto.

De ahí que, es muy importante esta primera declaración, puesto que, de una acertada técnica para obtenerla, no refiriéndome única y exclusivamente a lo que actualmente se ha ido haciendo para facilitar el proceso, expresado ya en el código adjetivo para el Distrito Federal, en cuanto a aislarlo junto con su tutor, hacerle preguntas en lenguaje simple de comprender y demás, sino además a la posibilidad concreta que exista de entender cabalmente lo ahí expuesto, pues, como ya se dijo, éstas pueden estar plasmadas de distorsiones derivadas del

miedo o de la gran capacidad de imaginar que poseen los niños, o bien, pueden no estarlo pero que, al no poderlas leer y comprender en su totalidad, así parezcan. Lo cual se traduce en una declaración que podría bien ayudar a obtener la verdad que se busca, que viene viciada de origen, dada nuestra falta de capacidad para entender lo que ahí está planteado.

La relevancia que existe en esto es que si alguna o algunas de las pruebas de origen tienen vicios, cuando lleguen a la primera instancia, al Juez le será más difícil encontrar esa famosa verdad que se busca, pues aún cuando comparezca de nuevo ante dicha autoridad, siempre la inmediatez procesal es un punto de relevancia dentro del derecho penal con la finalidad de salvaguardar las garantías de los gobernados.

Por estas razones, es que resulta necesario que las declaraciones emitidas ante la Representación Social sean en realidad lo más fidedignas y en el caso de los menores de edad, en verdad hay muchos otros puntos que considerar, como se verá más adelante.

3.2 Juez de Primera Instancia

El Juez de Primera Instancia conoce del asunto posterior a que el Ministerio Público encontró elementos suficientes para elaborar el pliego de consignación, en el cual le pedirá al Juez, según sea el caso, una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.

El Juez, con un término de por medio, deberá determinar, en el caso de que esté ya a disposición el sujeto a quien se le sigue el proceso penal, si se debe decretar dicho auto de formal prisión o bien, su libertad.

La importancia de este momento procesal, que es conocido como *preinstrucción*, es que se deben respetar una gran serie de garantías individuales consagradas en

la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que de su violación o falta de apego a ellas, se puede obtener un Amparo que haga que por una parte se tenga que subsanar esta parte procesal, haciendo más lenta la substanciación del proceso, o bien, que se tenga que dejar en libertad. Esto depende de qué tanto se haya faltado al orden constitucional.

La relación que tienen los anteriores párrafos con el tema que aquí se expresa es que el Juez en un primer momento, además de la declaración preparatoria y las pruebas que se puedan ofrecer dentro del término constitucional, que es justo ese tiempo del cual se habla antes que tiene el Juez para determinar si se decreta auto de formal prisión o bien de libertad, son las pruebas que ya habían sido recabadas en la Averiguación Previa, es decir, una parte de la decisión que tiene que emitir el Juez en este primer momento depende enteramente de la correcta labor que haya o no desarrollado la Representación Social en su momento.

Ahora bien, suponiendo que la decisión del Juez fue encaminada a que se substanciara el proceso penal, es decir, existe un auto de formal prisión y posterior a ello, las partes ofrecen las pruebas que deberán desahogarse mientras se desarrolla el proceso, entre ellas, de nueva cuenta, la declaración del menor o menores de edad que deban intervenir en el asunto en cuestión, en este caso, se trata de una ampliación de declaración, en la cual el menor de edad aclarará los hechos sobre los que ya expuso o será interrogado por las partes o el Juez, con la finalidad de dar claridad a los hechos que se investigan.

El interrogatorio puede ser un momento muy complicado tanto para el niño como para las partes que intervienen, puesto que tendrá que responder uno a uno los cuestionamientos que se le hagan, los cuales de acuerdo al Código de Procedimientos Penales, tanto Federal como para el Distrito Federal, deben de tener determinada estructura para poder ser tomadas como válidas, además de estar en el vocabulario sencillo del que ya se había hablado y que las circunstancias en que sea interrogado el niño sean las adecuadas que faciliten

que se lleve a cabo la diligencia de manera exitosa. Pues, como ya está expresado, estas situaciones ponen en un lugar complicado al menor de edad, dada su inexperiencia en virtud de su corta edad.

La anterior, no es la única diligencia que puede ser desahogada con menores de edad, también puede existir que de otras declaraciones se derive la necesidad de que sea llamado por primera vez como testigo, en este caso, así como se relató en cuanto a la intervención del Ministerio Público, se deben tomar las adecuadas providencias para desahogar acertadamente esta declaración.

Otro momento en el que puede participar un niño ante el Juez instructor, es cuando se debe llevar a cabo un careo constitucional o procesal o bien, supletorio, pues como se sabe, en principio el careo constitucional es una garantía que consagra a favor del inculcado nuestra Carta Magna, por lo tanto, es muy importante su realización, pero es necesario destacar que un niño se encuentra en desventaja cuando es atacado en esas condiciones por un adulto que ya ha sido previamente aleccionado; siendo necesario considerar de igual forma la edad y circunstancias que tenga cada niño y así qué tanto podría de verdad enfrentar una diligencia así, pues aunque existen salvedades en la legislación vigente en cuanto al careo por medios electrónicos, la realidad es que la presión existe de cualquier manera y que sólo entendiendo en su totalidad lo que el menor de edad expresa dentro de dichas actuaciones es que el Juez podrá saber quién es el que miente dentro del careo; situación de suma importancia para poder resolver adecuadamente dentro de la sentencia que resulte de todo el proceso.

3.3 Magistrados

La labor de los Magistrados del Fuero Común dentro del proceso penal en relación con los niños es muy escasa, pues al ser una instancia revisora, en realidad se limitará a verificar la legalidad de las actuaciones que en la primera instancia se hayan desarrollado, es decir, en lo que a ellos concierne, ya no se desahogan más

diligencias en las que tengan que participar los menores de edad, sino que solamente serán revisadas las que ya se llevaron a cabo y no solamente en cuanto a la forma en que se desarrollaron, sino también que de su contenido se desprenda lo que efectivamente el Juez instructor consideró o dejó de considerar y que las razones que haya expuesto no contravengan disposición alguna.

Es decir, del acertado trabajo hecho tanto en la Averiguación Previa como en la instrucción, será que los Magistrados que revisen la resolución ahí emitida, ya sea una orden de aprehensión, un auto de formal prisión o bien, ya tratándose de la sentencia, es que sea considerado como correcto o no lo hasta entonces actuado.

Los Magistrados tienen de alguna forma la desventaja en cuanto a que no vivieron en el momento las actuaciones que se llevaron a cabo y tienen que basar su juicio en las constancias que integran el proceso penal, así que si en todo momento las declaraciones de los niños fueron viciadas por las autoridades que conocieron de ellas en cuanto a que interpretaron y redactaron de acuerdo a su entendimiento, cuando llegan a manos de la segunda instancia, es poco lo que se puede subsanar o comprender adicional a lo ya mal o bien entendido dentro de lo ya actuado.

Para subsanar la anterior desventaja, la Sala tiene dentro de sus facultades, la posibilidad de solicitar diligencias para mejor proveer, las cuales tienen la finalidad de dar claridad a los Magistrados respecto de los hechos que constan en la resolución que tienen a bien revisar, para así formar su propio criterio basado en más pruebas que las que fueron consideradas dentro de la instrucción, buscando en todo momento llegar a esa verdad que tanto se busca.

Las repercusiones en este momento procesal son muy importantes en virtud de ser la última instancia ante la cual puede el procesado concurrir para tener en definitiva una sentencia, ya sea favorable o desfavorable a sus intereses y a los de

los gobernados, pues es importante destacar que a todos interesa la correcta y adecuada impartición de justicia.

3.4 Consejo de Menores

En este punto se tratará de manera un poco superficial lo relacionado al Consejo de Menores, pues el motivo de esta tesis, aún cuando habla de los menores de edad que acuden al proceso, éste se refiere exclusivamente a cuando se trata de los adultos, es decir, no el proceso especial que se les sigue a los menores cuando éstos cometen alguna infracción o delito, sino cuando por alguna circunstancia, ya sea su presencia al momento de la comisión de un hecho considerado como delictivo o por ser en sí mismos víctimas, tienen que concurrir ante las autoridades.

Sin embargo, es importante mencionar que muchas de las ideas que surjan de esta investigación muy probablemente sean también aplicables dentro de los procesos que se llevan ante el Consejo de Menores así como las ideas y proyectos que han surgido de ahí, dan luz a la tesis que aquí se desarrolla.

Desde tiempo atrás ha sido importante para los legisladores establecer que existen diferencias entre los menores de edad y los adultos, tan es así que efectivamente se les sigue procesos ante autoridades distintas aún cuando hubiesen participado en los mismos hechos. Esto es porque derivado de la experiencia que se ha tenido a lo largo de los años, queda claro que no se pueden tratar en los mismos términos a mayores y menores de edad.

La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, indica en un primer momento, en su artículo 6, que se sujetarán a este proceso a los niños que sean mayores de once años pero menores de dieciocho, aclarando que aquéllos menores de once, serán sujetos de asistencia social.

Entre las diferencias más importantes que se suscitan entre un proceso y otro, son que en primer lugar, el órgano que atiende los procesos de menores infractores es dependiente de la Secretaría de Gobernación, no así del poder judicial, aún cuando existe ya un proyecto claro que se ha ido desarrollando en el que se están creando tanto jueces como Salas especializadas en la materia, con la finalidad de establecer una justicia más adecuada a los casos que se plantean.

Otra de las diferencias más importantes que se advierten es que las sanciones que se imponen a los menores de edad son más benéficas, esto en virtud de que se busca con más fervor que exista una rehabilitación y reintegración a la vida en sociedad; siendo claro que incluso existen sanciones tan benéficas como ser entregados a los padres para que sean ellos quienes custodien el comportamiento del menor de edad.

Propiamente en lo que se refiere al procedimiento, su sustanciación sí es muy diferente, pues dentro del relativo a menores, el artículo 7 de la ley aplicable³⁴, nos explica con claridad las etapas de las que consta, que son:

“Artículo 7 El procedimiento ante el Consejo de Menores, comprende las siguientes etapas:

I. Integración de la investigación de infracciones;

II. Resolución inicial;

III. Instrucción y diagnóstico;

IV. Dictamen técnico;

³⁴ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

V. Resolución definitiva;

VI. Aplicación de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento;

VII. Evaluación de la aplicación de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento;

VIII. Conclusión del tratamiento; y

IX. Seguimiento técnico ulterior.”

Por lo tanto, las prerrogativas dentro de este proceso son distintas a las establecidas dentro del proceso penal, en principio está mucho más enfocado al sujeto que a la conducta en sí, a que el tratamiento que necesita para reincorporarse a la sociedad sea el más adecuado por sus condiciones sociales, económicas y culturales, así como darle seguimiento al mismo en busca de comprobar que haya resultado efectivo.

En cuanto a las pruebas, no dicen nada que se pueda destacar y que sea de utilidad para este tema, pues solamente indican que se recibirán todas las que no sean contrarias a la ley, sin dar mayor claridad de cómo se deberán desahogar ni nada similar, mucho menos respecto de la testimonial, que es en este caso, la que resulta de nuestro interés.

3.5 Procuraduría General de Justicia (Peritos en Materia de Psicología)

Es momento de tratar la relación que hay entre los niños, la materia de psicología y el proceso penal, pues su intervención ha resultado muy importante con el paso del tiempo, sobre todo en determinados delitos, siendo más constante su intervención en el caso de que los niños sean las víctimas.

Los delitos en los que existe más comúnmente la participación de estos especialistas son los delitos sexuales y los que implican violencia dentro del hogar, pues el desahogo de dicha pericial puede poner de manifiesto si se ubican o no dentro del niño las características habituales en aquéllos que han pasado por un hecho considerado como delictivo.

Es decir, la labor de los especialistas en psicología dentro del proceso penal en la actualidad, consiste en emitir dictámenes que evalúen si el niño pudo haber sido expuesto o no a la conducta que se le imputa al procesado, si muestra o no señales dentro de su estructura psicológica que puedan ayudar a determinar si en verdad fueron víctimas del delito que se investiga.

Lo importante de esto es que la labor de los psicólogos es encontrar la existencia de estos indicios en la conducta o en la mente de los niños, no así quién tiene responsabilidad dentro de los hechos o si corresponde o no quien refiere el niño que realizó la conducta con quien efectivamente la realizó. Es decir, estos dictámenes tienen por objeto determinar si el niño fue o no víctima del hecho que se consigna, para así integrar el cuerpo del delito, pero no tiene relación alguna con la responsabilidad penal que en su caso pudiera derivarse.

Dentro de la labor de los peritos en esta materia, descansa acreditar la magnitud del daño generado al niño víctima y las consecuencias que existen o podrán existir a futuro, así como determinar el tratamiento necesario para reestablecer en la medida de lo posible, el adecuado desarrollo psicológico o psicosexual según sea el caso, en el menor de edad.

Además de lo ya planteado, es necesario decir que el valor que se le da a un peritaje queda enteramente al arbitrio del Juez, lo que significa que puede o no tener valor al administrarse todas y cada una de las pruebas que obran en la causa penal, lo que se traduce en que la importante labor de la que hablamos puede ser descartada en el momento procesal del dictado de la sentencia.

Otro problema es que aún cuando en cualquier delito podría ser solicitada la testimonial de un niño y junto con ello el respectivo peritaje en psicología forense, muchas de las veces esto no se hace, pues no es necesario en virtud de que lo que se pretende acreditar con este tipo de documentos es la afectación del bien jurídico tutelado del menor de edad y no la posibilidad de declarar que éste tiene, como también podría ser.

Por lo tanto, actualmente, de la intervención del perito en psicología, que bien podría nutrir mucho de información a la causa, en realidad queda como mero indicio que en realidad da poca claridad o aporta poco o como cualquier otra prueba, pues no se le puede dar mayor relevancia en virtud de que no dice más de lo que debería para encontrar la verdad que se busca.

CAPÍTULO 4

CAPÍTULO 4. DERECHO COMPARADO

Es importante mencionar que al hacer un estudio respecto de la legislación y el tratamiento que se le da a la prueba testimonial en otras naciones, es indispensable dar una pequeña semblanza de cómo son los sistemas jurídicos que se va a revisar, pues aún cuando algunos de ellos son muy similares al nuestro, al ser de la misma familia jurídica, romano canónica, también se estudiará respecto de aquéllos que pertenecen al common law e incluso de algunos otros que han tenido influencia tanto de uno como de otro sistema además de la propia herencia que tienen al ser culturas milenarias.

Adicionalmente, se reconocerán las semejanzas que existen con respecto a otros sistemas jurídicos con tradición afín a la nuestra, y que es mucho más factible su aplicación dentro de nuestro derecho, además de que podremos ver qué tan funcional les ha resultado para obtener el fin último, que consiste por un lado, en velar el interés superior del niño y por otro, una mejor impartición de justicia.

Por lo tanto, es necesario hacer hincapié en la trascendencia que existe de revisar estos datos preliminares, pues sólo así se podrá dilucidar cuál fue el camino que tuvieron que recorrer para llegar a las consideraciones actuales que tal vez puedan servir, así como ver en aquellos casos en los que están tan avanzados o incluso menos que nosotros y algunas de las posibles causas de esta falta de desarrollo.

4.1 Estados Unidos de Norteamérica

Los Estados Unidos de Norteamérica es parte de la familia del common law, que fue heredado cuando los primeros pobladores, que llegaron para formar territorios en nombre de la corona británica se establecieron en la parte noreste del territorio

americano, trayendo con ellos entre otros usos y costumbres, el derecho anglosajón.

Las principales características del sistema anglosajón son que se trata de un sistema de naturaleza jurisprudencial, es decir, se trata de un derecho que está en constante replanteamiento y evolución, pues conforme se van dando las necesidades jurídicas dentro de estas naciones, va siendo más o menos necesario la modificación de los criterios que han de aplicarse.

La imposición de sentencias y sanciones se da a través de un jurado y un Juez, quienes determinan en primer lugar la culpabilidad de quien es juzgado y por otro, la pena a aplicar en el caso concreto. Este sistema jurídico cree que las normas existen sin necesidad de ser codificadas, y que solamente se encuentran en espera de ser aplicadas.

En el caso de Estados Unidos, no obstante ser de la misma familia que la Gran Bretaña, tienen algunas diferencias respecto de la forma en la que aplican el common law, pues a partir de su independencia y creación de su propia constitución, hubo un distanciamiento de las reglas originales del common law, como fueron *“en primer lugar, la existencia, junto al derecho de origen jurisprudencial, del statute law o derecho escrito (leyes y reglamentos), en segundo lugar, la sistematización y codificación del derecho, y, en tercer lugar, la existencia de Constituciones escritas en la Federación y en todos los Estados Federados y la existencia de un control de constitucionalidad”*³⁵, pero conservando el pragmatismo, las instituciones *ad hoc*, entre otras.

Es importante mencionar en este punto que en los Estados Unidos de Norteamérica, gran parte de los casos de derecho penal, se resuelven basados en jurisprudencia, es decir, en casos previos, además de que la legislación que

³⁵ Salvado Martínez, María, *“Autoridades Independientes”*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pág. 88.

aplican puede ser muy distinta de Estado a Estado, entonces, lo que se permite en uno, en otro es inaceptable y situaciones de ese tipo.

Por lo tanto, al ser muy complicado revisar absolutamente todos y cada uno de los Estados que componen esta nación, se ejemplificará solamente respecto de aspectos relevantes que puedan brindar datos de utilidad que puedan ser comparados y sirvan de ejemplo para formar una mejor legislación dentro de nuestro país.

Hablando un poco de la historia de este país en relación a los menores, es menester mencionar que en 1874, se ganó en este país el primer caso dentro de un proceso judicial en el que una niña era víctima de los constantes maltratos de su madre, la institución que inició el proceso fue la Sociedad Protectora de Animales, pues hasta ese momento no existía ley alguna que protegiera a los niños, de hecho, el maltrato infantil no era considerado un delito, el argumento contundente de la defensa fue el siguiente: *“Puesto que la niña es parte del reino animal, merece al menos tanta protección como un perro común”*³⁶, situación que aún cuando suene terrible a los ojos de una sociedad actual, en realidad, viéndola dentro del contexto y su momento, fue un gran logro al avanzar en dos aspectos, en principio, la terrible realidad de que no había a quién recurrir para buscar el amparo cuando se trataba de niños y por otro, que derivado de esa aseveración, era indispensable crear los mecanismos necesarios para protegerlos.

El proceso penal en este país se lleva en resumen, de la siguiente manera, en principio, cuando el ofendido o víctima se ve involucrado en un delito, lo reporta a la policía, quien recaba las pruebas, investiga y finalmente aprehende al sospechoso, quien es puesto a disposición de un Juez que le lee sus derechos y le asigna un abogado estatal o si él decide, puede contratar uno, posteriormente, El Fiscal de Distrito, si tiene suficientes pruebas, de ser éste el caso, hace un

³⁶ Caso citado en el proyecto “¿Cómo abordar las significaciones de una práctica? Los psicólogos y a niñez institucionalizada.”

examen preliminar, que es cuando revisan si se debe llevar o no ante un Juez; dependiendo del tipo de caso, se lleva ante un Juez y un jurado, éste último está conformado por gente de la población en la que se lleve a cabo el juicio, es importante mencionar que la mayoría de los casos se llevan sólo ante el juez, pues no hay necesidad de llevarlo ante la Corte y el jurado.

La forma en la que se ofrecen las pruebas, que prácticamente son todas admitidas, generalmente parte de los testigos que se ofrecen y sus declaraciones, se van haciendo preguntas y de sus respuestas se hace notar la necesidad de presentar algunas otras pruebas, pues todo parte de que el testigo ha jurado decir “toda la verdad y nada más que la verdad” ante la Constitución; por lo tanto, ya existe una gran profesionalización en los procesos criminales que se llevan en este país, existen muchos científicos, médicos, psicólogos, psiquiatras y demás, que ayudarán a resolver todas las dudas que tengan tanto el jurado, como el Juez o las partes. Las pruebas que se ofrezcan, en todo momento deben tener relevancia para el caso y su admisión dependerá de la decisión del Juez en cuanto a su utilidad.

Es importante mencionar que en Estados Unidos de Norteamérica, no se puede hablar de un proceso unificado, sino de características generales, esto es en virtud de que cada Estado tiene libertad para establecer dentro de su procedimiento lo que considere mas funcional o útil, adicionalmente es de destacarse, que las diferencias no se limitan a la parte procesal, sino también al catálogo de conductas que constituyen un delito, además, por supuesto, de las penas a imponer en cada uno de los casos.

La situación anterior no es de sorprendernos, pues no es una actitud privativa del vecino del norte, pues si se revisan los códigos estatales, se descubrirían que existen cuantiosas diferencias de uno a otro y no se ha logrado una unificación, esto por supuesto que responde a las diferentes necesidades que imperan en cada lugar, sin embargo, los objetivos en nuestro país, aparentemente son

comunes, a diferencia de Estados Unidos, donde realmente se habla de situaciones muy distintas.

En Estados Unidos, existe una importante distinción entre los delitos y las contravenciones a la ley; los delitos son de extraordinaria trascendencia social y por lo tanto precisa un procedimiento especial, mientras que a las contravenciones se les da un tratamiento sumario para imponerles la sanción correspondiente, situación que hace una impartición de justicia más rápida por lo que respecta a asuntos de poca relevancia.

El proceso penal en este país inicia formalmente cuando el Fiscal ha establecido una acusación formal llamada "information" o "indictment".

En materia de pruebas, en concreto la que es de nuestro interés, la testimonial, se encuentran similitudes con respecto de la forma en que se desarrolla en México, en principio se puede decir que se les denomina depositados, no testimonios, lo cual indiscutiblemente carece de trascendencia, pues en realidad solamente constituye un sinónimo. Adicionalmente es de mencionarse que cuando una persona es citada a declarar, de igual forma que en nuestro país, tienen una serie de privilegios constitucionales en cuanto a no poder declarar en su contra, pero es importante decir que si tienen obligación de enfrentarse con la persona a la que acusan, pues es un derecho que tienen los acusados, el de poderse defender de quien les finca responsabilidad, por lo tanto, cuando es el caso de presentarse en un juicio, de un menor de edad, encontramos que para que se pueda cumplir con las prerrogativas constitucionales impuestas a favor de los acusados, así deberá de ser, con la ventaja de que en este país, no obstante su constante negativa a la firma de tratados internacionales que apoyen los derechos humanos, es una realidad que tienen y entienden el interés superior del menor.

Al respecto hay que mencionar también, que es diferente como se lleva en cada Estado esta parte del proceso, pues aunque en su mayoría es así, en algunos

consiste en que se puede hacer un depurado y después la confrontación, mientras que en otros se pasa directamente a dicha confrontación.

Como ya se ha mencionado, los juicios del orden criminal se pueden llevar de dos formas, ante el Juez o ante un jurado; en cualquiera de los dos casos, la impresión que causa es que parece un duelo de intereses, es decir, por un lado está el acusado y su defensa que pretenden desvirtuar la acusación que se encuentra por el otro, que es la del fiscal y por lo tanto el interés que hay de la sociedad de que se castiguen los delitos, de tal manera que, ambas partes están en aptitud de ofrecer cualquier prueba que le sea necesaria con la finalidad de lograr demostrar que su verdad es mucho más cercana a la realidad que la de la contraparte.

No obstante que se ha hablado que se reciben prácticamente cualquier tipo de pruebas, es importante decir que tienen reglas para recibir pruebas y que depende de si son objetadas por la contraparte y la decisión del Juez, si en realidad éstas son o no admitidas para ser desahogadas y consideradas dentro del juicio.

En definitiva el principal medio de prueba en ese país, es la testimonial, la cual se desarrolla de forma oral, a través de preguntas y respuestas, que pueden ser formuladas tanto por el oferente como por su contraparte, así como por el jurado o el Juez, según sea el caso; por lo que se debe entender que el testigo en este proceso, no es libre de contar su versión de los hechos, sino que tendrá que responder a través de las preguntas el interés que hay detrás de su comparecencia.

Dentro del interrogatorio que se efectúa a los testigos, existe la figura del “cross-examination”, que consiste en exhibir a los testigos cuando de sus respuestas se advierten incongruencias de las que se pueda desprender que mienten, situación que genera temor en la población cuando es citada a declarar en un juicio criminal. Y lo único que se puede hacer para evitar los abusos dada esta forma de

interrogar, es la discreción del Juez para impedir que estas situaciones salgan de control, más aún en lo que se refiere a la intervención de niños dentro de un juicio.

Adicionalmente, existe la figura de testigo experto, que consiste en citar a un especialista en determinada ciencia o arte, con la finalidad de que explique, basado en sus conocimientos, situaciones relacionadas con la controversia a dirimir, lo cual hace notar que por supuesto está abierta la posibilidad a que un menor de edad de cuya veracidad se duda, sea examinado y en su momento dicho experto exprese de acuerdo a su opinión, que es lo que en realidad pasa con el niño, es decir, mientras las pruebas sean de utilidad al caso, como ya se dijo, se pueden llevar a cabo.

De acuerdo a la doctrina norteamericana, un niño menor de 7 años carece de capacidad, entre los 7 y los 14 años, no es capaz de comprender la ilicitud de los hechos, siempre y cuando así se compruebe de acuerdo a las pruebas que se le practiquen, que distinga entre el bien y el mal, mientras que los mayores de 14 años son considerados con las mismas capacidades que los adultos, al menos en lo que a delinquir se refiere.

Cuando es necesario que declaren en juicio, al no poderseles pedir que juren ante la Constitución de ese país, como ordinariamente se hace con los adultos, el Juez tiene obligación de preguntarle algunas cosas, como si entienden la diferencia entre decir la verdad y mentir, que si saben las razones por las que se encuentran ahí y los exhorta a conducirse con verdad.

Toda la información ahí vertida es transcrita de manera literal por el secretario de la Sala, así que además de que se tiene que al ser un juicio oral, el Juez está conociendo por sí mismo toda la información que el menor está proporcionando al juicio, y adicionalmente cuenta con los datos que están siendo transcritos de manera simultánea y que en el caso de los juicios que se llevan ante la presencia

de un jurado, también ellos escucharán el resultado del interrogatorio que se le realice.

4.2 España

El caso español, es interesante para los mexicanos, en principio por ser una de las naciones con quienes más intercambio ha existido en el Derecho, académicamente, además de que fue de ellos de quienes, en origen, recibimos la tradición romano germánica del Derecho que nos rige.

Como ya se mencionó, el derecho español es parte del romano-germánico, por lo tanto, sus instituciones y la forma en la que llevan el proceso es similar a la que se tiene en México, sin embargo, siempre es necesario revisar de nueva cuenta cómo ha evolucionado en ese país lo relativo a las pruebas y por supuesto a los menores de edad.

Es menester mencionar que ellos, igual que nosotros, tienen normas aplicables al proceso penal de los adultos y otras al de los niños, contenidas con sus propias distinciones y aclaraciones, mismas que se revisarán en este punto.

El primer punto que se va a revisar es lo que dice el Código Penal Español respecto de los menores de edad, el cual se encuentra contenido en el artículo 19, que dice:

“Artículo 19. Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código.

Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.”

Otro artículo interesante de este código, es el 69, pues extiende la edad del menor, en cierto sentido, al determinar que las disposiciones contenidas en la Ley de Orgánica reguladora de la Responsabilidad penal de los menores, pueden ser también aplicadas a las personas cuyo rango de edad se encuentre contenido entre los dieciocho y los veintiún años.

*“**Artículo 69.** Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga.”*

Dentro de los artículos que protegen a los niños, dentro de este código se encuentra en el 130, algo muy interesante respecto a la extinción de la responsabilidad criminal; mencionando, entre otras, el perdón, pero teniendo algunas salvedades en relación a cuando el perdón es entregado a nombre de los menores de edad por sus representantes y la posibilidad que tiene el ministerio fiscal de rechazarlo y continuar con el procedimiento, para rechazarlo definitivamente, el Juez está facultado a escuchar de nueva cuenta a los representantes del menor que está otorgando el perdón.

Este artículo es sumamente interesante en virtud de que le da total protección a que se ejerza justicia cuando un menor de edad es víctima de una conducta delictiva, esto es porque en nuestro país, sólo hay algunos delitos en los que opera una cuestión similar, pues tratándose de violencia dentro de la familia, se sigue de oficio y por lo tanto, no hay opción a otorgar perdón, cuando muchas veces se puede dar el caso de que el menor es coaccionado por los mismos representantes, que ordinariamente son los padres, a que otorguen el perdón por razones que van más allá de los intereses propios del niño.

Otro artículo muy interesante aquí, es el 132, que habla de la prescripción y cómo opera en ese país, relatando que de forma similar a como se hace en México, de acuerdo a las penas que se imponen a cada delito, es el tiempo que se tiene para ejercer acción penal, pero tratándose de delitos en que son los niños víctimas, el término empieza a correr a partir de que alcanza la mayoría de edad, respecto de los delitos más graves, esto es muy importante porque muchas veces para que algunas conductas ilícitas salgan a la luz, el niño tiene que enfrentar un proceso interior y madurar lo suficiente como para poder manifestar que fue víctima en cierto momento y denunciar ante las autoridades, o bien, al estar el agresor al interior del núcleo familiar y ser necesaria la comparecencia de los padres o tutores, no existe la posibilidad concreta de formular la acusación; por lo que este artículo le da la oportunidad de ser mayor de edad y denunciar los delitos de los que fue víctima cuando pequeño.

En el tercer punto del artículo 148, que habla de las lesiones, pone como agravante que el niño sea menor de doce años, dándole así protección adicional a los más vulnerables.

El artículo 153, considera como agravante a la comisión de los ilícitos, el hecho de que éste se haya perpetrado en presencia de menores de edad. Además, en varios de los artículos, donde hay penas atenuadas cuando hay consentimiento de por medio, cuando éste es otorgado por menores de edad, no es válido.

En otros casos encontramos que cuando las víctimas son menores de edad, también se impondrán sanciones más severas. Adicionalmente se encuentran consideraciones especiales cuando el sentenciado tiene a su cargo a menores de edad.

Aunado a lo anterior, tienen todo un título relativo a las relaciones familiares, en donde existen varios delitos que sancionan conductas que puedan afectar a los niños, como son la alteración de la paternidad, estado o condición del menor; la

sustracción, el incumplimiento de deberes y derechos familiares, su abandono, su tráfico, abuso, entre otros.

Por lo que respecta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, encontramos un artículo muy interesante cuyo texto transcribo a continuación:

“380. Si el procesado fuere mayor de nueve años y menor de quince, el Juez recibirá información acerca del criterio del mismo, y especialmente de su aptitud para apreciar la criminalidad del hecho que hubiese dado motivo a la causa.

En esta información serán oídas las personas que puedan deponer con acierto por sus circunstancias personales y por las relaciones que hayan tenido con el procesado antes y después de haberse ejecutado el hecho. En su defecto se nombrarán dos Profesores de instrucción primaria para que en unión del Médico forense o del que haga sus veces examinen al procesado y emitan su dictamen.”

Siendo muy importante dicho punto, porque de la información que reciba el juez respecto del criterio del niño, parten muchas cosas en cuanto al entendimiento que se le puede dar a lo que exprese en las diligencias que se realicen, ya sean testimoniales o careos, suponiendo que se hace referencia al niño no como procesado, sino como testigo en el proceso penal.

Dentro del capítulo de los testigos, que hacen mención a los menores de edad al referir que no tiene por qué confrontarse a la cara con el procesado, por lo que se deberá utilizar cualquier medio técnico que haga posible la práctica de dicha prueba. Respecto de los careos, éstos no se practicarán a menos que el Juez lo considere imprescindible y que no afecte el interés del testigo menor de edad.

Ahora bien, con relación en concreto a lo que interesa, es decir, a la testimonial de los niños dentro del proceso penal, se consideran las precisiones hechas en el siguiente artículo:

“433. Al presentarse a declarar, los testigos entregarán al secretario la copia de la cédula de citación.

Los testigos mayores de edad penal prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal.

Toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración.”

Así que, agradablemente podemos leer que en la legislación española, aún cuando sea una facultad discrecional del Juez, existe la gran posibilidad de que la declaración del niño, además de ser tomada textual, tan es así que puede ser grabada incluso, al ser realizada ante expertos, es más factible que sea entendida en su totalidad, a diferencia de cuando simplemente se lee en papel la redacción que pudiera o no ser apegada a la diligencia original.

En cuanto a la legislación especialmente aplicable a los menores de edad, se tiene que la Ley Orgánica Reguladora de la responsabilidad penal de los menores, donde está redactado en las consideraciones previas, que España ha atravesado por diversos periodos dentro del derecho penal de menores, que son: *“uno de*

corte netamente tutelar, otro de transición o transformación y el tercero de resguardo y respeto a los derechos y garantías.”

Además de lo anterior, menciona el artículo 19 del Código Penal Español, mismo que fue transcrito en párrafos superiores, haciendo notar que sus legisladores tuvieron a bien distinguir la responsabilidad penal que tiene un adulto de la que tiene un menor de edad.

Por lo tanto, la idea de crear un modelo de responsabilidad penal para menores de edad, fue que ellos tienen la capacidad de entender y por lo tanto responder por sus faltas, pero cuya responsabilidad debe ser valorada de forma distinta a la de los adultos. Aunado a lo anterior, existe lo que se ve reflejado en el artículo 69, donde crea una figura denominada *semiadultos*, que se debe comprender como las personas entre dieciocho y veintiún años de edad.

Esta ley, así como la equivalente nuestra, además de las penas, posee gran cantidad de medidas educativas en beneficio de los infractores.

Otra cuestión importantísima en esta ley es la clasificación que hace de las edades de los menores de edad, tomando un primer grupo que son los menores de catorce años, después los que van de catorce a dieciocho años y finalmente, los *semiadultos* que mencionábamos, entre dieciocho y veintiún años. Adicionalmente, hacen una distinción en cuanto a terminología se refiere, señalando como menores a aquéllos que no han alcanzado los dieciocho años y a jóvenes como equivalente de *semiadultos*. Esta ley sólo será aplicable a los dos segundos grupos. En el caso de los menores de catorce años, se prevé aplicar las disposiciones relativas del Código Civil. Con relación a los jóvenes, debe resaltarse que para que les sea aplicable esta ley, es necesario que cumplan con los lineamientos establecidos en el artículo 4, relativos a las formas de ejecución del hecho.

Este procedimiento exige que se haga un informe técnico por un grupo especializado, el cual deberá contener el status psicoemocional, educativo y cultural del niño.

Para la substanciación del proceso, se le deben informar las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones como los hechos y la causa, diciendo la ley que el Juez deberá emplear *un lenguaje comprensible y adaptado a su edad*³⁷, siendo importante mencionar que este modo de emplear el lenguaje deberá prevalecer en la redacción de la sentencia.

Por lo que se advierte, que aún cuando podría estar un poco más perfeccionada la redacción de los artículos transcritos dentro de este apartado para así darle mayor claridad; en España ya se ha legislado mucho en pocas y trascendentales palabras, con la finalidad de que la declaración de los niños sea entendida en su totalidad o al menos, pueda ser revisada de nueva cuenta por el Juez antes de emitir su sentencia. Esta legislación nos aporta mucho para el trabajo que aquí se realiza, ya que al tener sistemas jurídicos perfectamente afines, sólo es necesario analizar la procedencia de un artículo que incluya estas disposiciones en nuestro país.

4.3 Francia

Respecto del Sistema Jurídico Francés, es parte de los llamados sistemas jurídicos continentales, que son aquéllos que poseen la tradición romano-germánica. Dentro de las características que destacan de este país, fue que ellos hicieron el gran movimiento codificador del siglo XVIII que influyó a todas las naciones con este mismo sistema. Además hicieron importantes distinciones dentro del Derecho Público y el Privado.

³⁷ Artículo 36 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores

Ahora bien, al analizar la legislación vigente en la nación gala, con la finalidad de conocer qué es lo que se ha legislado que pueda ser aplicable en nuestro país.

En principio, el artículo 122-8 del Código Penal Francés, dice:

“Artículo 122-8.- (Ley nº 2002-1138 de 9 de septiembre de 2002, art. 11, Diario Oficial de 10 de septiembre de 2002) Los menores capaces de discernimiento son penalmente responsables de los crímenes, delitos o faltas de los que sean declarados culpables, en las condiciones establecidas por una ley especial que determine las medidas de protección, asistencia, vigilancia y educación aplicables. Esta ley determinará las sanciones educativas aplicables a menores de diez a dieciocho años, así como las penas a las que podrán ser condenados los menores de trece a dieciocho años, sin perjuicio de la atenuación de responsabilidad de la que se benefician por razón de su edad.”

Artículo en el que destaca el hecho de que los menores tienen que ser capaces de discernir entre si era o no correcta la conducta realizada, además de que consideran el rango de edad penal entre los trece y los dieciocho años. Hasta este punto, se presenta la duda de cómo determinan si son o no capaces de discernimiento.

A lo largo del presente ordenamiento, se encuentra que una de las sanciones que se le imponen al procesado, consiste en evitar acudir a los lugares donde haya menores de edad, otorgando así una protección adicional contra la reincidencia. Además de lo anterior, existe una elevación de las penas cuando los delitos hayan sido cometidos en contra de menores de edad, igual que en el caso español.

Dentro del Código de Procedimientos Penales francés, en relación con las audiencias de los testigos, respecto de los menores de edad, que los niños menores de dieciséis años serán oídos sin prestar juramento, mostrando así que para la legislación francesa, un niño de más de dieciséis años, sí tiene la

capacidad de prestar juramento por entender las consecuencias de lo que está haciendo.

Ahora bien, relacionado con las declaraciones emitidas por los menores de edad, para los tribunales franceses es importante que se tenga constancia de esta diligencia mediante una grabación, la cual a criterio del Juez se efectuará y el Fiscal puede solicitar que no se lleve a cabo motivando debidamente las razones; se hará una copia de dicha grabación, misma que podrá ser consultada en el curso del procedimiento.

Este sistema de conservar tal cual la declaración del niño, es importantísimo en el sentido de que en caso de que pudiera quedar una duda respecto de en qué sentido o en qué contexto declaró determinada cosa, al poder revivir la diligencia, puede ser más fácil que quede claro el punto que genera duda.

En relación con los interrogatorios y careos, hablando en específico de los debates públicos, el Juez tiene la facultad de pedir al menor de edad que se retire, si es que el resultado de dicha diligencia puede afectar su integridad, cuando se trata de acusaciones de violación, tortura o actos de barbarie.

Aunado a lo anterior, como las sentencias deben dictarse también en audiencia pública, tratándose de menores de edad, pueden solicitar que sea a puerta cerrada.

Los careos en Francia, se realizan a petición del niño o su representante, siempre que se lleven a cabo deberá hacerse en presencia de un psicólogo o médico especialista en la infancia

En cuanto a otras consideraciones que hace este código respecto a los niños, se advierte que cuando son víctimas, se debe ordenar la realización de un informe

médico-psicológico para determinar la afectación sufrida y por lo tanto el tratamiento que habrá de necesitar, igual que como se hace en nuestro país.

Además de los datos anteriores, la pena corporal por la responsabilidad de un delito no podrá serle exigida a un menor de edad. También existen beneficios para los menores de edad en cuanto a la conservación de antecedentes penales, en cuanto a que si se logra la rehabilitación del niño y pasan tres años a partir de que se considera esto, se le pueden borrar dichos antecedentes.

En conclusión, respecto de la legislación francesa se puede decir que hay importantes avances dentro de su metodología que abre posibilidades a encontrar la verdad que se busca con mayor facilidad al tener estudios, grabaciones y especialistas a la disposición, que cuando solamente se confía en la transcripción que se hizo de la declaración en un primer momento, como sucede en nuestro país; circunstancias que han resultado de gran utilidad lo mismo tratándose de menores de edad como de cualquier otro testigo que pudiera intervenir dentro de un asunto de carácter penal.

4.4 Alemania

En el caso de Alemania, su tradición es la romano-germánica, que es la misma que tenemos nosotros, igual que otras de las naciones que hemos ya analizado en este capítulo.

Entre los puntos más destacados respecto del Derecho y Alemania, es que tienen gran tradición como investigadores y doctrinarios, por lo que es de advertirse que sus leyes, que nosotros revisaremos lo relativo a la materia penal, están plagadas de fundamentos teóricos que en otros países sólo se ven en aulas, por lo que, sobre todo en cuanto se refiere al Derecho Penal, han servido de inspiración en varias ocasiones para el resto de los países que pertenecemos a la misma tradición.

Ahora bien, se procederá a la lectura del Código Penal Alemán.

En primer lugar en el artículo 19 de dicho ordenamiento, que la edad mínima en que pueden culpar al menor de edad es de catorce años.

Dentro de algunos delitos, encontramos que por ser menores de edad, tienen penas atenuadas, tal es el caso del incesto, por un lado; y por otro, le dan mayor protección cuando son víctimas de determinados tipos penales, como tratándose de abuso sexual, estímulo a acciones sexuales, abuso sexual, maltrato en custodia, y trata de niños; donde entre menor edad tenga el niño, más dura es la sanción, al ser personas más vulnerables.

Adicionalmente, aquí se indica que el Código Penal sólo rige en la medida que no haya nada expreso en la Ley de los Tribunales de Menores.

Es interesante lo que respecta al tráfico de personas, pues la ley dice que es una conducta agravada cuando se actúe sobre una persona menor de 21 años, extendiendo así la protección que brinda.

Por lo tanto, existe muy poco en relación a los menores de edad, que no sea respecto de agravar penas cuando resultan víctimas.

Dentro del proceso penal en Alemania, en lo que respecta a las pruebas, el Juez basa su criterio en las pruebas materiales, esto se conoce como el principio de investigación³⁸ o principio de la verdad material³⁹, por lo tanto, aún cuando presta atención a las declaraciones emitidas por las partes, en realidad su criterio se basará en las constancias que obran en la causa que se sigue.

³⁸ Das instruktionsprinzip

³⁹ Das Prinzip der materiellen Wahrheit

El testigo puede ser oído, o bien puede presentar un escrito; puede ser testigo cualquier persona que posea información que sea de relevancia para el caso, refiriéndonos a menores de edad, deben brindar su consentimiento, así como su representante legal⁴⁰.

En lo que respecta al Código de Procedimientos Penales de esta nación, en concreto en relación a la declaración de los menores de edad como testigos dentro de un juicio penal, se debe decir que es en el artículo 52, que refiere a quiénes están excusados de declarar, párrafo segundo, donde expresa que no son los más deseables como testigos, pues dada su edad, es probable que sean incapaces de comprender los hechos sobre los que declaran, sin embargo, sus padres o tutores pueden dar autorización para que emitan su deposado y será a criterio del juzgador si éste es o no tomado en consideración como prueba dentro del proceso.

Para la conservación de los testimonios, en Alemania se procura grabarlos, con la finalidad de que persista la actuación y pueda ser revisada en ocasiones posteriores, si así se necesita; en el caso de menores de dieciséis años, cuando declaran ya sea como testigos o como ofendidos, es muy importante que se lleve a cabo este registro.

En cuanto al juramento, el código procesal alemán indica que cuando se trate de menores de dieciséis años y que no sean capaces de entender el significado de prestar juramento, no es necesario que así se lleve a cabo, sino que se les explique el alcance de su declaración y las consecuencias de ésta, esto por supuesto, a discreción del Tribunal.

⁴⁰ Delmas-marty, mireille, procesos penales de europa (Alemania, Inglaterra y Pais de Gales, Belgica, Francia, Italia), Editorial Edijus, Zaragoza, 2000, pags. 117 a 119.

En conclusión, dentro del derecho penal alemán, aún cuando están preocupados por la intervención de los menores de edad, en realidad, lo que les preocupa es la correcta impartición de justicia en su nación.

4.5 Argentina

Ahora es el turno de hablar de Argentina; este país es muy interesante porque no solamente tienen la misma tradición que nosotros, sino que además vivieron un proceso similar al haber sido colonizados por españoles, sin embargo, al tener ellos una migración distinta, en realidad, no obstante las similitudes, también se advierte una evolución diferente en cuanto a su Derecho. Además, los argentinos son reconocidos por ser grandes estudiosos del tema y tener una basta producción de elementos teóricos que siempre deben de ser consultados por quienes quieren saber más de la materia.

Respecto a la legislación aplicable en dicho país sudamericano es necesario decir que desde 1994 en que hicieron reformas constitucionales, incorporaron la convención a su legislación, haciendo mención de la protección necesaria a los niños, lo cual nos puede quedar un poco más claro leyendo el artículo de referencia.

Argentina, en 1990, por medio de la sanción de la Ley 23.849, incorpora su Constitución con la reforma de 1994, en el artículo 75, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, instaurando así un modelo de protección integral de la infancia en el que se reconoce al niño como sujeto de pleno derecho.

A continuación, se estudiará el Código Penal Argentino, el cual, como se verá, al igual que el Código de Procedimientos Penales de esta nación, tiene cosas muy interesantes.

De su artículo 8 vemos que hay condenas especiales establecidas tanto para los niños como para las mujeres.

Al igual que en códigos que ya se han revisado, la legislación argentina es más dura cuando las víctimas son menores de edad, tratándose de delitos como abuso sexual, corrupción de menores, prostitución, ya sea en el interior de la República Argentina por menores nacionales o que faciliten la entrada de extranjeros con esos fines, o bien, faciliten la salida de niños argentinos a otros países; pornografía infantil, sustracción de menores. Un delito interesante en relación a los menores, es el consistente en inducir a un menor a dejar la casa que comparte con sus padres, guardadores o encargados.

En relación con el Código de Procedimientos Penales argentino, en el apartado relativo a la competencia del Tribunal de Menores, señala que conocerán de los delitos cometidos por menores que no hayan cumplido dieciocho años, e independientemente de que me parece un tanto redundante, en virtud de que los que ya cumplieron dieciocho son mayores; lo significativo aquí es que no fija una edad mínima.

Independientemente de esta parte, es muy interesante el texto del artículo 78, pues en él expresa que a todos los imputados cuando se trate de un delito con pena mayor a diez años de prisión, o en el caso de tratarse de menores de edad, sordomudos o mayores de setenta años, se les realizará de manera obligatoria un examen mental.

Respecto de los testigos de actuación, la legislación de este país determina que los menores de dieciocho años no pueden participar como tales. En cuanto a los testigos, el código adjetivo penal argentino no señala como incapaces de atestiguar a los menores de edad, quienes solamente están exentos de presentar juramento, adicionalmente, tratándose de menores de dieciséis años, se lleva un tratamiento especial previsto en el artículo 250 bis de dicho ordenamiento, el cual

consiste en: “a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes; b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriban; d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.”

Tratándose de menores de edad en el rango de dieciséis a antes de cumplir dieciocho años, la ley dispone en el artículo 250 ter, que el tribunal debe pedir un informe para saber qué riesgo existe para su salud psicofísica, en cuyo caso, se procederá conforme a lo estipulado en el artículo analizado en el párrafo anterior; es muy interesante el hecho de que los argentinos están concientes de que tener uno o dos años más no necesariamente significa que los niños ya sean plenamente maduros, por lo consiguiente, es necesario que los especialistas en psicología analicen en qué punto de desarrollo intelectual se encuentran y cuál es la manera más adecuada de tomar su declaración de acuerdo a sus circunstancias personales, y no por lo que pudiera estar estipulado de manera impersonal en una norma.

El proceso penal que se le sigue a los menores, también está previsto en esta legislación bajo el rubro de *Juicio de menores*, con las siguientes particularidades:

el menor de edad solamente estará presente en las diligencias en las que sea indispensable su participación, sin embargo, su asesor deberá estar presente en todas y cada una de las diligencias. Fuera de estas disposiciones, la mayoría de las que se revisan, no tienen gran trascendencia o apoyo al tema que se estudia.

En consecuencia, resulta que aunque hay algunas disposiciones interesantes dentro de la legislación penal de Argentina, en realidad no son grandes adelantos con respecto a la que poseemos nosotros, salvo lo relacionado al estudio mental que es obligatorio pero solamente en el caso de los imputados, además de algunas consideraciones especiales que se tienen en cuanto al análisis psicológico de los menores de edad y la división que existe entre los que son menores de dieciséis y los que lo son de dieciocho, sin que hagan planteamientos adicionales que puedan funcionar para el tema que aquí se está realizando.

4.6 Colombia

Ahora es el momento de analizar qué es lo que ocurre en cuanto al Derecho Penal en Colombia. Se debe empezar por puntualizar que las tradiciones en cuanto a sistemas jurídicos principales, son dos, el common law o derecho anglosajón y la tradición romano-germánica, de nueva cuenta se está ante un país con esta última tradición. Colombia heredó dicho sistema, al igual que nosotros, pues éste fue traído durante la colonia española y se preservó hasta formar el sistema jurídico actual de esa nación.

Actualmente, Colombia es una de las naciones que más doctrina jurídica produce, tienen importantes investigadores y académicos además de excelentes universidades que imparten el Derecho; con relación a su legislación penal, los artículos importantes que pueden servir de referencia para poder concluir este trabajo, serán analizados a continuación.

Dentro del Código Penal colombiano, en principio en el artículo 33 se señala que los menores de dieciocho años se regirán por un proceso distinto, llevado dentro del Sistema de Responsabilidad Juvenil.

Asimismo, como en otros códigos ya revisados, podemos apreciar que existen varios delitos que buscan proteger a los niños, entre ellos, el abandono y los actos sexuales abusivos.

Ahora bien, respecto del Código de Procedimientos Penales, los artículos que más atraen la atención, son los relacionados con la prueba testimonial; al respecto la legislación es clara en decir que todos los testigos deben rendir juramento, salvo cuando se trata de menores de doce años, lo cual resulta muy interesante en virtud de que eso significa que, a diferencia de otras legislaciones, a los mayores de doce años se les considera perfectamente capaces de entender la trascendencia de declarar y por lo tanto les hacen rendir juramento cual adultos, texto que no se había visto en ninguna otra legislación revisada con anterioridad.

Por otra parte, también resulta interesante el artículo 275, el cual señala que los testimonios *“serán recogidos y conservados por el medio más idóneo, de tal manera que facilite su examen cuantas veces sea necesario”*, pues esto abre la posibilidad que habíamos leído ya en la legislación francesa en cuanto a utilizar medios de grabación para dejar prueba fiel de la diligencia que se llevó a cabo, y no la cierra simplemente a la transcripción que ordinariamente se efectúa en este tipo de actuaciones.

Adicionalmente, en el siguiente artículo se enumeran las reglas que deben seguirse para llevar a cabo un interrogatorio, resaltando que las respuestas a las preguntas debe escribirse como textualmente las está emitiendo el interrogado, no así hacerse una interpretación con la finalidad de darle claridad a lo que se declara, sino *textualmente*.

El artículo 277 señala los criterios para la apreciación de un testimonio, destacando que se debe considerar, por supuesto, la personalidad del declarante, así como las singularidades del testimonio.

En cuanto al Código de Procedimiento Penal colombiano, encontramos dentro de sus artículos, que para ellos es muy importante la publicidad en los procesos, es decir, puede concurrir quien esté interesado, incluyendo medios de comunicación; sin embargo, en cuanto puede existir daño psicológico a algún menor de edad, se puede limitar esta publicidad. Adicionalmente, no obstante que ya existe esa aclaración en relación a cuando los niños deben participar en el proceso penal, el artículo 151 dispone que cuando un menor de edad sea víctima, el juez puede limitar e incluso no permitir el acceso al público o prensa para evitar lesionar más a los niños.

Respecto a los delitos de querrela, se cuenta con un amplio catálogo, pero también a la lectura apreciamos que en caso de que sea víctima un menor, éstos serán de oficio, salvaguardando así el interés superior del niño.

Otro punto a considerar que pone de manifiesto el cuidado que existe en Colombia de ese interés superior, es que el Ministerio Público en los casos en que se trate de víctimas menores de edad, puede pedir al Juez el embargo o secuestro de bienes para garantizar la reparación del daño correspondiente.

Cuando se trata de recabar pruebas, en el caso de que sea necesario hacer un estudio en un menor de edad, que implique tomar muestras, ya sea de sangre, semen u otros fluidos, éste sólo se podrá realizar cuando exista de por medio la autorización de los representantes del niño, de no ser factible, entonces se le explicará al menor en qué consiste dicha diligencia y la trascendencia de ésta para la investigación, para así respetar sus derechos.

Respecto de la prueba testimonial, los colombianos refieren que a todos se les deberá de tomar juramento, en el caso de los menores, el artículo 383 señala que a los menores de 12 años no se les recibirá juramento, sino que se le tomará la declaración en todo momento asistido por su representante y además, en otra sala, con las restricciones de publicidad de las que ya se ha hablado. Circunstancia muy interesante, en el sentido de que si entendemos *a contrario sensu* lo que aquí se dice, debe entenderse que sí se le recibirá juramento al niño cuyo rango de edad vaya a partir de los doce años y hasta cumplir la mayoría de edad, lo que significa que para esa legislación, una persona mayor de doce años ya tiene la capacidad suficiente para entender la trascendencia de la diligencia en la que está por intervenir.

Retomando toda la información encontrada respecto al proceso penal en Colombia, se tiene que por un lado, tienen interés en que se desahoguen las pruebas de la mejor manera posible y que puedan ser revisadas cada vez que sea necesario y por otro, que sí hay varios aspectos en los que le dan prioridad al interés superior del niño, respetando así los compromisos internacionales que existen a este respecto.

CAPÍTULO 5

CAPÍTULO 5. ESPECIALISTAS EN ATENCIÓN A NIÑOS EN EL PROCESO PENAL

En el desarrollo de este capítulo, se demostrará no sólo la importancia, sino la necesidad de especialistas en psicología infantil, ya que aún cuando se cuente con gente muy profesional y capacitada en cuanto al derecho e impartición de justicia, es una realidad que los alcances en materia de psicología infantil no son tales como para que se pueda desentrañar lo que el niño expresa al intervenir en alguna o en varias de las etapas que conforman el proceso penal. Esto es una situación compleja, puesto que al expresarse los niños con exactamente los mismos vocablos que lo hacen los adultos, aparentemente no hay diferencia entre lo que unos y otros dicen, sin embargo, la realidad es que el significado que le otorgan ellos a las palabras empleadas por los adultos, es muy distinto, no solo atendiendo a la gramaticalidad, sino también a la percepción que tienen ellos de una situación determinada en relación a la realidad.

Es un hecho que el juzgador constantemente debe enfrentarse a declaraciones falaces, así que no deben ser las declaraciones de los menores, otro punto que disminuya la posibilidad de impartir justicia. Además de esto, es necesario tener en cuenta que aún cuando se le denomina al Juez, perito de peritos, la realidad es que esta alusión tiene más que ver con que ellos valoran lo que los peritos expresan que con que tengan conocimientos técnicos y profesionales en todas las ramas de conocimiento que pueden verse implicadas en un asunto de materia penal, y ahí hay aún más justificación de por qué debe tenerse en cuenta en todo momento lo que un psicólogo o psiquiatra puede decir en relación a un testigo o su testimonial, pues a los declarantes, se les debe valorar en su totalidad, de modo integral y de acuerdo a su contexto, pues es justo de estas precisiones y la manera en que se lleve a cabo esta valoración que se obtendrán o no resultados favorables para la impartición de justicia.

Los niños se encuentran en período formativo por lo menos hasta los 12 años, tan es así que definen la constancia de la forma hasta esta edad, aproximadamente. Esto significa que para un menor no es tan simple identificar objetos si no le son presentados en su forma y posición habitual. A manera de ejemplo, si un niño conoce una pistola, sabe cómo es, para qué sirve y demás características asociadas al objeto, podrá señalar si alguien la portaba o no al momento de ocurrir un hecho determinado, pero si esa pistola es mostrada dentro del bolsillo de quien la porta, es decir, un adulto sabe que se trata de una pistola (o al menos de la posibilidad de que así sea), pero un niño, al no verla tal cual, no estará conciente de si es o no una pistola.

Se debe ser conciente que por valoración del testimonio, Romero dice que hay que entender que es la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido⁴¹, y ¿qué pasa si en principio no se comprende lo que dice una declaración? ¿De qué modo se puede desentrañar su contenido?, y esto definitivamente trasciende en el resultado de la sentencia.

Un niño no es sino hasta los nueve o diez años que empieza a ubicar en un plano referencias y direcciones, lo que significa que es hasta entonces que pueden separar las ilusiones o deformaciones, cosa que alguien menor no es capaz, es decir, la ilusión persiste, sólo que el menor no puede discriminarla hasta tener cierta edad. Un ejemplo de esto es cuando en la noche los niños ven fantasmas, monstruos y demás cuestiones fantásticas, derivado de la perspectiva que se tiene de ciertos objetos domésticos con la poca luz y las sombras, un niño de seis años creerá realmente que se trata de un fantasma mientras que uno de once sabrá que la silueta de fantasma que percibe es en realidad una sábana extendida sobre una silla.

⁴¹Romero Coloma, Aurora María, “Problemática de la prueba testifical en el proceso penal.” Primera edición. Cuadernos Civitas. Madrid, 2000, página 26-27.

5.1 Especialistas en Psicología

Cuando se habla de testigos, siempre es necesario tener nociones que puedan ayudar a entender de mejor manera todas las variantes que influyen para que se pronuncien de determinada forma. La necesidad de especialistas en el área de psicología tiene su justificación en la justicia misma, ¿por qué?, pues porque de una adecuada valoración de pruebas e indicios, se llega a una determinación más o menos justa, es decir, en principio de cuentas y como ya se había mencionado, es importante que las testimoniales sean revisadas adecuadamente para impartir justicia en el caso específico, situación que evidentemente se refleja en la sociedad, al tener ésta la justicia que le corresponde, por una parte, por otra, mayor confianza y seguridad en sus instituciones.

En términos generales, es complicado entender a los niños, de igual forma comprender en su cabalidad una declaración, ahora bien, si se unen ambos factores, resulta mucho muy complicado, aunque a simple vista no lo parezca, desentrañar el significado real de las palabras plasmadas en este tipo de intervenciones, de ahí la trascendencia de un peritaje en materia de psicología infantil, pues de nada sirve una interpretación o valoración por persona que no entiende cabalmente lo que en la declaración se expone. Esta situación, sin duda, merma la correcta impartición de justicia, lo cual repercute no sólo en la vida del sentenciado (o en su caso el menor afectado), sino en la sociedad misma.

Aunque en apariencia sea el medio de prueba más fácilmente interpretable, la realidad es que así como cuando se trata de testigos que deponen en idioma extranjero, el tratamiento que debe darse a las declaraciones de los niños debe ser especial, por las razones ya expuestas.

Hablando de la testimonial en general, es necesario tomar en cuenta que no basta la exactitud o fiabilidad de la memoria del testigo⁴², sino también el contexto que lo afecta y por el cual emite su testimonio en uno u otro sentido, pues así como la típica frase de Ortega y Gasset dice, “yo soy yo y mi circunstancia”, debe entenderse desde esa perspectiva que no se expresan las cosas tal cual ocurren, sino matizadas por los elementos que han influido a lo largo de la vida de cada individuo o, en el mejor de los casos, en la situación en la que se encuentra cada quien en ese momento.

De acuerdo a Romero Coloma⁴³, la prueba testimonial enfrenta tres problemas, 1) Memoria del testigo, 2) Calidad del recuerdo y 3) Credibilidad del recuerdo. Hablando de los niños, al ser sus estructuras mentales tan distintas a las de los adultos, en virtud de encontrarse en desarrollo, la manera en que entiende y comunica el recuerdo (que es la información que al momento de declarar se espera dé) es distinta, esto no es porque los niños carezcan de capacidad, sino que su forma de concepción y expresión de ideas no es la misma, esto se puede entender mejor, de acuerdo a las enseñanzas que dejó Jean Piaget⁴⁴, pues explicándolo de la forma más simple, el niño no tiene clara noción de muchas cosas, en principio por la manera en que recibe la información, de acuerdo a la edad que tenga, la forma en que la comprende y por último cómo es que la guarda en su memoria para posteriormente reproducirla, así que, de modo simple, un niño no tiene experiencia suficiente para entender todos los acontecimientos que se desarrollan a su alrededor, de manera que, todas esas lagunas que le quedan, las llena con fantasía, con lo que él imagina que sucede en realidad y conforme pasa el tiempo, y recurre a estos recuerdos, muchos de ellos carecen ya de sentido, al menos en una parte de ellos y para el niño es muy difícil de explicar qué es lo que pasa con eso.

⁴² Romero Coloma, Aurora María, “Problemática de la prueba testifical en el proceso penal.” Primera edición. Cuadernos Civitas. Madrid, 2000, página 22.

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Piaget J. y B. Inhelder. “Psicología del Niño.” Décimo Sexta Edición. Ediciones Morata, S.L. Madrid, España. 158 páginas.

Se puede concluir que los niños no dicen cosas de mala fe, simplemente la percepción que tienen de la realidad es distinta, no alterada, simplemente distinta.

Actualmente, dentro del proceso penal, existen psicólogos que auxilian dentro del proceso penal, así que tal vez al lector le surja la duda, de por qué tendría que haber más psicólogos o en qué sentido va la propuesta dentro de esta tesis, veamos, actualmente, al psicólogo sólo pasan los niños que son víctimas del delito, por ejemplo, un niño que ha sido maltratado, lesionado, abusado sexualmente o violado, pasa con el psicólogo con la finalidad de determinar su estado mental, darle apoyo y además averiguar la fiabilidad de ellos como testigos, pero qué pasa con estas periciales, pues tienen solamente el valor de indicios porque se le sigue dando más valor a la testimonial, así que, si tuviéramos además de este apoyo indispensable, una pericial que dijera o “tradujera” lo que el niño quiso decir, sería más fácil desentrañar la verdad que se busca.

Se encuentra lo siguiente, la declaración emitida por un niño, no está establecida con los mismos parámetros que los adultos tienen, entonces lo que ocurre es que a la simple lectura, ésta seguramente estará plagada de incongruencias, inconsistencias y situaciones que al ojo inexperto denotan falsedad, sin embargo, a los ojos del experto, muestra una gran cantidad de información que es fundamental dentro del proceso penal.

Otra de las razones por las que se considera necesario que exista un especialista en psicología que esté al tanto de lo que un niño declara, es que no es solamente la maduración biológica sino las relaciones que el niño establece dentro de su contexto social y familiar, las que influyen en los cambios dentro del ciclo de vida, debiendo entender lo anterior de la siguiente manera, que del contexto del niño depende también lo que se puede esperar de una declaración emitida por él, es decir, no están en igualdad de circunstancias dos niños de 5 años cuando uno no tuvo educación preescolar y otro tuvo desde estimulación temprana, pues la

capacidad de respuesta de uno y de otro es distinta y por lo tanto, al estar mejor estructuradas sus conexiones neuronales, sus referencias y demás, lo que puede expresar dentro de un proceso penal puede ser entendido de forma distinta a las expresiones del otro pequeño.

Es indispensable también que se tenga conciencia de la forma en la que funciona la mente de un niño, en el sentido de que para ellos es sumamente complicado tomar parte dentro de un proceso penal, pues muy a menudo esa intervención está derivada de un acontecimiento traumático en su vida, por lo tanto, hay que poner especial cuidado por una parte, en cómo se lleva a cabo la diligencia, pero más aún en entender que las circunstancias hacen que la información que da el niño pueda ser distorsionada sin que una persona que carece de conocimientos relacionados a los procesos mentales de los niños, se percate; constituyendo esto una razón adicional para poner en claro que es necesario que alguien con estos conocimientos sea parte de esta etapa del proceso, se refiere con esto a que para que sea entendida cabalmente, es trascendental que sea un especialista quien interprete la declaración.

Otro punto a destacar dentro de este tema, es el hecho de que no todos los niños se comportan de igual forma, es decir, el desarrollo intelectual de un niño depende de tres aspectos fundamentalmente, el intelectual, el afectivo y el social, por lo tanto, un niño que ha sido tratado adecuadamente en cuanto a lo que se refiere a los campos afectivo y social, tendrá mejor desarrollo en cuanto al psicológico que uno que no ha corrido con la misma suerte; resultando de esto que no se puede considerar que van a comprender los hechos en los mismos términos, situación de la que difícilmente se pueden percatar los abogados, a diferencia de los psicólogos, quienes mediante un examen, pueden determinar qué alcance tiene la capacidad de un menor y por lo tanto, qué se puede esperar de su dicho.

Por lo tanto, no obstante el magnífico esfuerzo y la enseñanza que dejó Jean Piaget respecto de las etapas del desarrollo de los niños, éstas deben ser

entendidas más ampliamente, es decir, en otro momento podríamos creer sin discusión lo que se expresaba en cuanto a que los niños en las diferentes etapas de su vida, han desarrollado diferentes capacidades intelectuales, pues estos lapsos han variado considerablemente en función de la estimulación para este desarrollo que hayan tenido por parte de su entorno.

5.1.1 Atención oportuna cuando son víctimas del delito

En este apartado corresponde explicar por qué es indispensable que los niños sean atendidos oportunamente cuando son víctimas de un delito, las razones que pueden venir a la mente son muchas que hasta podría parecer inoportuno expresarlo en este trabajo, sin embargo, justo por lo importante que resulta es que es necesario que se haga mención de ellos.

Primero, es importante porque dado el concepto de salud que ha dado la Organización Mundial de la Salud, que dice “La salud es un estado de completo bienestar físico, **mental** y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”⁴⁵; por lo tanto, se debe entender que independientemente de que se tomen las medidas necesarias para salvaguardar la integridad física de un menor de edad o de cualquier persona que ha sido víctima del delito, la necesidad de un tratamiento oportuno de carácter psicológico, es muy clara, pues si la idea es reestablecer la salud, es indispensable que se haga en todos los aspectos posibles.

El oportuno reestablecimiento de la salud en el aspecto psicológico, traerá como consecuencia positiva que no se siga lacerando la psique del niño y con ello impida su normal desarrollo psicológico que puede repercutir en muchos aspectos de su vida, tanto a corto como a largo plazo.

⁴⁵ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, texto tomado del preámbulo, entró en vigor el 7 de abril de 1948, Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica.

En cuanto a los daños que se pueden encontrar a corto plazo, están la pérdida de atención, depresión, reacciones y conductas agresivas que no corresponden a los estímulos externos, incapacidad de reintegrarse a la sociedad, rencor, inseguridad, trastornos del sueño, entre muchos otros, y que como consecuencia, a largo plazo se estará ante un sujeto con muchas carencias e incapacidades derivadas de los eventos traumáticos, frustraciones, poca tolerancia, temores, la exacerbación de las características descritas en el caso de las afectaciones a corto plazo, además de existir el riesgo de que repita la conducta, en cuyo caso, el hecho de no brindar un tratamiento adecuado y oportuno, sería tanto como fomentar esta problemática.

5.1.2 Determinación de un perfil psicológico acertado en las Agencias del Ministerio Público.

En la actualidad, en México, es usual la participación de los médicos en las Agencias del Ministerio Público para determinar el estado que guarda una persona al momento de comparecer ante dicha autoridad, pero hablamos de médicos forenses, especialistas facultados para auxiliar en todo momento, pero no estamos hablando de especialistas en psicología, sino de profesionales con nociones que le permiten identificar los problemas más notorios y visibles en ese instante y por lo tanto determinar su estado físico e indicar cuando es claro la imposibilidad de alguien para declarar o llevar a cabo alguna diligencia ante esta instancia.

Los especialistas en psicología, aparecen posteriormente en el proceso, al hacer un perfil psicológico para quien está sujeto a proceso, donde determina su capacidad criminal, índice de estado peligroso y adaptabilidad social, con la finalidad de darle al juzgador una noción más acertada de quién se está juzgando.

En este caso, sería muy importante que en las agencias del Ministerio Público existiera así como un especialista en medicina, uno en psicología, esto con la finalidad de que desde la primera declaración, se pudiera saber con qué se están

enfrentando, más en el caso de los niños, pues al tener ellos una memoria distinta a la de los adultos, las perspectivas de tiempo, lugar, modo y ocasión y la forma en que lo entienden, es también diversa, la oportunidad que se tiene con los niños en ese momento es realmente única, es donde se puede ver con más facilidad todos los detalles que ayudarán posteriormente a emitir una resolución con el sentido más adecuado.

Recapitulando un poco lo ya mencionado a lo largo de este trabajo, en naciones como la Argentina, en efecto se aplica esto, es decir, para saber si alguien está o no facultado para emitir su declaración, antes es revisado por un especialista en psicología o psiquiatría, de esta forma el profesional indica a través de un mapa mental el estado real que guarda la psique del sujeto en cuestión.

Pues así como se le hace un pequeño examen médico al testigo, también se debe hacer una crítica de sus condiciones mentales, tanto al momento en que vivió los hechos, para así entender su percepción, como al de declarar, pues estos dos datos, pueden influir de manera importante en el contenido de su declaración y por lo tanto, en la utilidad que tendrá como prueba aportada dentro del proceso que se ventila.

5.1.3 Análisis e interpretación de las declaraciones o testimoniales vertidas ante cualquier autoridad.

Ante todo lo vertido en este trabajo, no sería sorprendente entender que es un hecho que sea indispensable, o al menos bastante necesario, el análisis con seriedad todo lo dicho dentro de un testimonio y más en el caso de los menores, pues los niños son malos testigos, esto se debe a que ellos son egocéntricos, según indica el propio Piaget en su obra, es decir, creen que todo pasa alrededor y en razón de su existir, esto por no tener desarrollada la habilidad de entender a las demás personas como independientes de ellos; además de que como ya ha sido expresado, llenan todos los huecos de circunstancias que no entienden con la

imaginación, es decir, cuando dentro de un hecho, les quedan dudas, es usual encontrar que para resolverse a sí mismos dichas interrogantes, las llenan con los datos que ellos suponen, y dada su corta experiencia, suelen ser falsos, pero no con un afán mendaz, sino para tener un panorama completo para sí. Los niños antes de los seis años, e incluso un poco después, de acuerdo a su propio desarrollo, mienten porque crean fantasía alrededor de su mundo, conforme van creciendo, van encontrando el uso que le damos los adultos a las mentiras.

Aunado a esto, tienden a relacionar vivencias ajenas como si fueran propias, es decir, circunstancias de las que tienen conocimiento, ya sea por la televisión o porque lo vivieron, pero sólo como testigos, son adoptadas por ellos como propias, esto se debe a que los menores tienden a recrear para recordar, es decir, emulan situaciones para revivirlas, pero las hacen como hechos propios, Jean Piaget junto con Barbel Inhelder⁴⁶, en su libro de Psicología del niño, describen cómo una niña no come, no responde a estímulos, da la apariencia de estar enferma y todo porque vio un conejo muerto y está fingiendo ser él, hasta llegar a un grado en que fue necesario llamar al médico por confundir a los padres con que tenía una enfermedad, de manera tal, que si no estamos concientes del comportamiento de los niños, cualquier comparecencia en la que ellos manifiesten algún tipo de recuerdo, aún no siendo propio, pueden ser desacreditado o valorado en forma incorrecta.

Otras razones por las cuales los testimonios de los niños se deben observar con sumo cuidado, es porque al no ser seres humanos acabados en cuanto a su desarrollo intelectual, su temperamento, mentalidad, timidez y sugestibilidad, pues, en principio, no es fácil que digan su verdad, ya que la dicen, está plagada de fantasía, pues los niños no siempre tienen la capacidad de distinguir realidad de ficción, sumado a esto, que ellos toman como cierto lo que los adultos que tienen cerca les dicen, es decir, si su madre señala como responsable a alguien, ellos, al

⁴⁶ Piaget J. y B. Inhelder. "Psicología del Niño." Décimo Sexta Edición. Ediciones Morata, S.L. Madrid, España. 158 páginas.

tener toda su confianza depositada en ella y al no distinguir quién tiene o no razón, dan por válido el pensamiento de ésta y asumirían la misma postura.

Ahora bien, todos estos defectos presentes en dichas comparencias, bien pueden ser conocidos gracias a un mapa mental establecido por el personal competente, es decir, mediante este pequeño estudio, el perito en la materia podría aportar a la causa qué porcentaje o en qué medida de lo establecido por el menor de edad, se puede confiar, conforme al desarrollo mental que ya han alcanzado en virtud de su evolución intelectual, propiciada por diversos factores tanto internos como externos, que van desde el medio, la estimulación, la educación que han recibido así como la de los padres, hasta la alimentación, que ordinariamente responde asimismo a cuestiones socioeconómicas.

5.2 La justificación de abogados especialistas

Tras ventilar la problemática dentro del proceso penal en relación a las declaraciones de los niños, se pone de manifiesto la evidente necesidad de profesionistas calificados tanto en temas de derecho penal como en el trabajo y la actividad relativa a los niños.

Las razones a expresar por las que es indispensable que sea de esta manera son varias, comencemos por destacar que cada vez es más necesaria la especialización en cada uno de los temas que atañen al mundo, como bien dicen, cada vez hay más gente que sabe más de menos cosas.

En este caso en particular, no se trata solamente de saber más de Derecho, sino a la par llevar un desarrollo apegado a la psicología, en particular, al trato con los niños, pues adicionalmente encontramos que justo esa es la tendencia, se busca que los profesionales tengamos formación multidisciplinaria para poder enfrentar así de manera integral los problemas que enfrentemos, de tal forma que no sea ajena la problemática que resolvería un especialista en psicología infantil y de esta

forma sea más sencillo para un abogado llevar de la mejor manera el proceso penal, en este caso en concreto, como Ministerio Público, ya sea en la etapa de Averiguación Previa o instrucción, como coadyuvante del mismo, o bien, como defensor particular u oficial, para brindar una mejor defensa; o por qué no decirlo, incluso como Juez instructor, más allá de aquellos profesionales que se están integrando como jueces pero en los procesos de menores infractores.

Hay varios caminos para lograr esta formación, por ejemplo estudiar la Licenciatura de Derecho, esto tendría que ser de esta manera por la necesidad de la cédula profesional para ejercer como abogado; complementarlo con una Maestría o Especialidad en Psicología y actualizaciones en materia de la niñez, las cuales hay tanto en la carrera de Derecho como en Psicología, aunque van orientadas a distintas perspectivas en cada caso, pues por una parte, en el caso del Derecho, se refieren en su mayoría a los derechos de los niños, y en el caso de la Psicología, a cualquiera de las ramas de especialización pero enfocada al tratamiento llevado a cabo en niños.

Los retos de estos abogados especialistas serán en concreto poder entender de manera cabal lo que acontece en un proceso penal en el que dadas las circunstancias, es necesario e incluso indispensable que comparezca un menor de edad, porque aunque se ha sensibilizado mucho el medio jurídico respecto a estas circunstancias y cuestiones especiales de las que tanto hemos hablado que tienen que tomarse en consideración al momento de involucrar a los niños, también se debe poner sobre la mesa la posibilidad de allegarse de profesionistas con una preparación mucho más completa, aún cuando tengan que responder a las cotidianidades que se les presentan que nada tengan que ver con el tema que aquí se trata, es decir, tener en cuenta que no solamente serán de utilidad sus conocimientos tratándose de menores, sino en general.

5.3 Reformas aplicables al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

Ahora bien, después del recorrido que se ha hecho a lo largo de este trabajo, se advierte la necesidad de reformas a nuestra legislación, en concreto al Código de Procedimientos Penales en el Distrito Federal, con el propósito de adecuarlo a las ideas aquí vertidas y lograr así un proceso penal que conduzca de mejor forma a la verdad que se busca para impartir una verdadera justicia.

En el caso de este trabajo, hemos decidido hacer las propuestas de reformas sobre la legislación adjetiva para el Distrito Federal porque como ya se había expresado, ésta se encuentra en un estado más avanzado en cuanto a los temas que considera que la legislación federal, por lo tanto, le son necesarias menos modificaciones que a la otra codificación, lo cual además de ser más práctico, hace notar por una parte, que los legisladores locales han analizado más el tema, y de otra, la probabilidad de que esto responda a que es más necesario en el proceso local que en el federal.

En el caso del artículo 191, cuyo texto actualmente dice:

*“**Artículo 191.** Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda aportar algún dato para la averiguación del delito y el Ministerio Público o el juez estimen necesario su examen. En estos casos, el funcionario ante quien se realice la diligencia podrá desechar las preguntas que a su juicio o por objeción fundada de parte sean inconducentes, y demás podrá interrogar al testigo sobre los puntos que estime convenientes.*

Cuando se examine a un menor de edad las preguntas deberán ser concretas, en lenguaje sencillo y de forma tal que al abordar el tema se haga de

manera que no impacte en su conciencia y estabilidad emocional, respetando siempre el interés superior del mismo.”

Sin embargo, de acuerdo a lo estudiado, es necesario agregar al artículo un tercer párrafo que indique que para esta prueba se desahogue, debe tenerse la presencia de un psicólogo perito especialista en niños, que posterior a la rendición del deposedo, tenga que emitir un dictamen en el sentido de qué tan veraz o apegado a la realidad es lo ahí expuesto, pues como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, al seguir un proceso penal, se advierte que una parte de las declaraciones se pierde no sólo porque no fueron tomadas en su totalidad sino por la falta de apego a lo que el declarante intentó decir, más delicado cuando se trata de niños, donde al ser expuesta su forma de expresión diversa a la de los adultos, se corre el riesgo latente de no ser entendidas cabalmente.

La redacción de este párrafo debería decir:

“Durante dicha comparecencia, en todo momento, deberá encontrarse presente un psicólogo perito en la materia con la finalidad de analizar la declaración emitida por el menor de edad, y posteriormente emitir un dictamen indicando la confiabilidad y conceptos ahí expresados.”

De ahí que resulte ilustrativo el criterio emanado del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en el sentido de que con la intención de no sólo proteger las garantías constitucionales que existen a favor de los menores de edad sino también de los inculpados, deberán presentarse a declarar *“aunque, dadas las circunstancias, adquieren un muy peculiar tratamiento, pues las diligencias respectivas deben sujetarse a las modalidades que indique la ley...”*, en la tesis I.4º. P. 31 P, publicada en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, Marzo de 2005, página 1173, que dice:

“MENORES DE EDAD VÍCTIMAS DE VIOLACIÓN. LAS DILIGENCIAS RELATIVAS AL DESAHOGO DE SUS DECLARACIONES DEBEN SUJETARSE A LAS MODALIDADES QUE INDIQUE LA LEY, DE CONFORMIDAD CON LA FRACCIÓN V DEL APARTADO B DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL, ASÍ COMO ADOPTARSE TODAS AQUELLAS MEDIDAS QUE EL JUZGADOR ESTIME CONDUCENTES PARA LA PROTECCIÓN EN SU DESARROLLO FÍSICO Y EMOCIONAL. Si bien es verdad que el artículo 20, apartado B, fracción V, de la Carta Magna establece que: "Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley.", ello no conlleva a determinar que dichas víctimas queden eximidas de intervenir en el proceso penal, ya que, aun cuando dado su carácter de ofendidos, sus derechos se encuentran elevados a rango de garantía constitucional, acorde con el citado numeral, así como porque, a la vez, se encuentran protegidos por la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; sin embargo, no debe soslayarse que esas garantías deben guardar equilibrio con los derechos fundamentales del inculpado consagrados en la propia Constitución, lo que, a su vez, debe interpretarse en armonía con el artículo 21 ibídem que consagra la obligación de la autoridad judicial de administrar justicia, para cuyo efecto es menester que ésta se allegue de todos los medios que la conduzcan a pronunciar una resolución apegada a derecho. De ahí que resulta procedente el desahogo de las declaraciones de dichos menores aunque, dadas las circunstancias, adquieren un muy peculiar tratamiento, pues las diligencias respectivas deben sujetarse a las modalidades que indique la ley, así como, dado el interés superior de los niños, habrán de adoptarse todas aquellas medidas que el juzgador estime conducentes para la protección en su desarrollo físico y emocional.”

Amparo en revisión 1724/2004. 29 de octubre de 2004. Unanimidad de votos.
Ponente: Olga Estrever Escamilla. Secretaria: María del Pilar Vargas Codina.

Debemos hacer mención de otros artículos en los que también cabe la modificación expresada en el párrafo precedente, o bien, entender cómo se vería beneficiado de esta reforma el texto legislativo siguiente:

*“Artículo 194. Los testigos darán siempre la razón de su dicho, que se hará constar en la diligencia. **Para el caso de los menores de edad bastará con que por otros elementos que obren en autos se acredite la razón de su dicho.**”*

Al momento que exista un dictamen pericial que exprese qué tan confiable puede ser una declaración infantil, más allá de la obvia y oportuna integración de la prueba indiciaria, se tendrán los elementos necesarios para otorgarle el valor probatorio que merece *per se*, sin necesidad de dudar de ella desde un primer momento. Pero en el citado numeral deberá quedar establecido la necesidad de corroborar la razón de su dicho asentada a través de un dictamen en materia de psicología.

Otro artículo donde podemos agregar las ideas aquí expresadas es:

“Artículo 203.- Los testigos deben ser examinados separadamente por el Ministerio Público o por el juez, en presencia del secretario. Sólo las partes podrán asistir a la diligencia, salvo en los casos siguientes:

I. Cuando el testigo sea ciego;

II. Cuando sea sordo o mudo;

III. Cuando ignore el idioma castellano, y

IV. Cuando el testigo sea menor de edad, el cual deberá estar en todo caso acompañado de quien legalmente lo represente.”

En el artículo anterior, se tendría que modificar la fracción IV, para aclarar que también deberá estar acompañado de perito en psicología, con la finalidad ya

precisada, la de elaborar un dictamen que exprese la confianza que se puede tener en la declaración del menor.

Por lo tanto, la fracción IV del artículo 203 podría quedar como sigue:

“IV. Cuando el testigo sea menor de edad, el cual deberá estar en todo caso acompañado de quien legalmente lo represente, así como por un psicólogo experto en materia de niños.”

En el artículo siguiente, bien se puede adicionar la experiencia argentina, en cuanto a realizar un pequeño examen que denote el estado mental que prevalece en la salud de quien está por declarar, en este caso, de los menores de edad, buscando así conocer de entrada qué se puede esperar o no de la testimonial que está por desahogarse, esto por supuesto, cada vez que sea necesario citarlos a declarar. Salvedad aplicable por supuesto a cualquiera que esté en la posición de testigo.

*“**Artículo 205.** Antes de que los testigos comiencen a declarar, el Ministerio Público o el Juez los instruirá de las sanciones que impone el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal a los que se conducen con falsedad o se niegan a declarar o a otorgar la protesta de ley. Esto podrá hacerse hallándose presentes todos los testigos.”*

La redacción del artículo podría quedar de la siguiente manera:

*“**Artículo 205.** Antes de que los testigos comiencen a declarar, el Ministerio Público o el Juez los instruirá de las sanciones que impone el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal a los que se conducen con falsedad o se niegan a declarar o a otorgar la protesta de ley. Esto podrá hacerse hallándose presentes todos los testigos.”*

Asimismo, deberán ser analizados por un psicólogo que indique el estado mental en el que se encuentre el testigo.”

No obstante que en varios artículos, como ya analizamos, tendrían que ponerse salvedades al respecto, otro de los que se ven beneficiados de las modificaciones es el artículo 212, que dice:

“Artículo 212. *Siempre que se tome declaración a un menor de edad, a un pariente del inculpado, o a cualquiera otra persona que por circunstancias especiales sea sospechosa de falta de veracidad o de exactitud en su dicho, se hará constar esto en el acta.”*

Los Tribunales Colegiados de Circuito se han expresado al respecto en la tesis jurisprudencial VI.2o. J/149, de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VIII, Octubre de 1998, visible en la página 1082, que dice:

“TESTIGO MENOR DE EDAD. VALOR DE SU DECLARACIÓN. *La minoría de edad del declarante no invalida por sí misma el valor probatorio que a su testimonio le corresponda según las circunstancias del caso, pues a lo que debe atenderse es si el menor de edad tiene capacidad para comprender los hechos sobre los cuales versa su declaración y si éstos fueron susceptibles de ser apreciados por sus sentidos, tomando en cuenta además que los mismos hayan sido narrados de una manera clara y precisa.”*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 257/89. Sergio Márquez Escobedo. 23 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Ramírez.

Amparo en revisión 170/90. Pedro Guzmán Salazar y otros. 5 de junio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo directo 399/96. Baldomero Cortés Atilano. 21 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretaria: Laura Ivón Nájera Flores.

Amparo en revisión 578/96. José Eduardo Alfaro Pérez. 21 de noviembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Meza Alarcón. Secretario: Héctor Enrique Hernández Torres.

Amparo directo 535/98. Miguel Nolasco Juárez. 27 de agosto de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Sin embargo, dicho criterio no señala la forma en la que la autoridad deberá corroborar la capacidad que el menor a estudio tiene; por lo tanto, la modificación a los demás artículos planteados, le sería indispensable, en lo que se refiere al estudio o mapa mental necesario para saber qué tanto se puede confiar en la declaración, por lo menos del menor de edad, que es de quien trata este estudio, de esta manera en el acta respectiva no tendría por qué incluir a los menores de edad, puesto que se estaría a lo que indicara el dictamen respectivo en cuanto a la veracidad o exactitud que tiene el dicho y no a la suposición basado únicamente en una circunstancia temporal, como es la edad del niño.

Finalmente, en el siguiente artículo es indispensable agregar que las declaraciones no solamente deberán ser redactadas, sino también reportadas en video, así como enseña la experiencia francesa, con la finalidad de poder ser reproducidas por las autoridades que tendrán contacto con ellas a lo largo del proceso penal a seguir, o incluso en el caso de juicio de garantías.

“Artículo 208. *Las declaraciones se redactarán con claridad y usando, hasta donde sea posible, de las mismas palabras empleadas por el testigo. Si esté quisiere dictar o escribir su declaración se le permitirá hacerlo.”*

La redacción deberá decir:

“Artículo 208. *Las declaraciones se redactarán con claridad y usando, hasta donde sea posible, de las mismas palabras empleadas por el testigo. Si esté quisiere dictar o escribir su declaración se le permitirá hacerlo.*

Asimismo, serán conservadas en video, mediante las tecnologías con las que se cuente, para poder ser reproducidas posteriormente, de ser necesario.”

Del anterior tratamiento, se demuestra la urgente necesidad de modificar el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal actualmente vigente, para facilitar así el conocimiento de la verdad que se busca con la finalidad de impartir justicia, sin enfrentarse a las constantes lagunas que dejan las medidas con las que actualmente se cuenta dentro de nuestro sistema legal.

CONCLUSIONES

Primera. El término más aceptado a nivel internacional para designar la etapa de la vida comprendida entre el nacimiento y los dieciocho años de edad es *niño*.

El rango de edad establecido internacionalmente para ser considerado niño, va del nacimiento a los dieciocho años de edad, no obstante lo anterior, se busca que éste sea extendido, con la finalidad de dar una protección más extensa.

Segunda. Conforme ha evolucionado el pensamiento de la humanidad, el niño ha trascendido, pues en un principio era considerado un animal, un objeto, un ser inferior, la manifestación de las fuerzas del mal, entre otros; hasta llegar a la actualidad en que dadas sus circunstancias de desarrollo intelectual, se entiende que es un ser humano en evolución.

Ha cambiado su vida de no participar en las actividades propias del hogar por ser criado por nodrizas o ser enviado a trabajar en cuanto pudiera expresarse de manera verbal, a ser educado con cada vez más elementos y durante un tiempo mínimo de 6 años, además de que es parte integral y primordial dentro del entorno familiar; se crearon normas expresas que prohíben el trabajo hasta cierta edad y regulan los parámetros en caso de que tengan que hacerlo.

Anteriormente había una muy alta tasa de mortalidad infantil, en la actualidad ha sido una de las prioridades sanitarias y existen muy buenas posibilidades de que los niños lleguen a edad adulta, además de la existencia de médicos en todas las áreas de conocimiento especializados en esta etapa de la vida.

Tercera. Los esfuerzos por cuidar de los niños se han visto reflejados en diversos instrumentos, éstos comenzaron a surgir a partir de 1919 con el Comité de Protección a la Infancia, con menciones respecto a sus derechos dentro de los documentos relativos a los derechos humanos en general, pasando por la

Declaración de los derechos del niño de 1959, hasta finalmente crear la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 con sus respectivos Protocolos Facultativos relativos a la participación en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía.

En nuestro país, los tres han sido ratificados, el primero con fecha de veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa, ratificada el diez de agosto del mismo año, pero finalmente fue publicada el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno; en cuanto a los protocolos facultativos, el relativo a la participación de los niños en conflictos armados, fue firmado el siete de septiembre de dos mil, ratificado el veintidós de enero de dos mil dos y su publicación fue el día tres de mayo del mismo año. En cuanto a lo que se refiere al protocolo facultativo que trata de la venta de niños, la prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía, éste también fue firmado el siete de septiembre de dos mil, pero su ratificación se llevó a cabo el día quince de marzo de dos mil dos, su entrada en vigor fue el dieciocho de enero del mismo año.

Cuarta. Existen diversidad de leyes que entre su articulado hablan de los niños, sus derechos, sus garantías y la protección que debe de dárseles.

Dentro del derecho penal, tanto el Código Penal Federal como el Código Penal para el Distrito Federal tienen delitos específicos que les brindan protección por su calidad de niños.

Los códigos adjetivos de los fueros respectivos, contienen una importante variedad de artículos que los toman en cuenta, precisamente en lo que interesa a esta investigación, es decir, al momento que intervienen dentro del proceso penal; sin embargo, se advierte que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal ha evolucionado a un ritmo más acelerado que el federal, otorgando así mayor protección y accesibilidad a las distintas instancias a los niños.

Quinta. Es fundamental que desde el primer contacto de un niño ante una autoridad dentro del proceso penal, que ordinariamente es el Ministerio Público, sea acertada la recopilación de materiales derivados de esta intervención; pues de esto depende que al llegar al final del proceso, ya sea que no se consigne, se dicte sentencia de primera o segunda instancia, o incluso se promueva un juicio de amparo que finalice con su respectiva sentencia, se pueda tener alcance a la forma más pura en que se expresó el menor de edad, con la finalidad de entenderlo desde su origen y no la interpretación que en su caso de el Agente Investigador de lo que ahí se dijo.

Otra razón por la que es importante que se recopile adecuadamente lo declarado por un niño, es porque solamente ante el Ministerio Público y el Juez de instrucción es que hay oportunidad de escucharlo, en la apelación y el Juicio de Garantías, se está a lo expuesto en constancias, de ahí que si éstas no fueron desahogadas o expresadas en papel de la mejor forma, ni la Ad quem, ni la autoridad constitucional podrán tener la oportunidad de entenderlas más que como ahí se tienen.

Sexta. Para que sea recopilado adecuadamente el material que se deriva de la intervención de un niño dentro del proceso penal, es indispensable el auxilio de personal capacitado en otras materias, en este caso de peritos ya sea en psicología o en psiquiatría pero especializados en niños.

La labor de estos especialistas consistiría en dictaminar la capacidad y desarrollo intelectual del niño que va a declarar, además de interpretar su deposado, con la finalidad de apreciar qué tan confiable o qué tan plagada de inconvenientes está dicho testimonio; de esta manera, al momento de que continúe su cause dentro del proceso esta probanza, pueda ser leída y apreciada con más elementos y así, vincularla al resto de las pruebas con las que pueda contarse en el sumario.

Séptima. No obstante que la experiencia en México en lo que se refiere a la implementación de nuevas políticas en Derecho Procesal, de la experiencia extranjera analizada se advierte que existen muchas mejoras por implementar que efectivamente funcionan en otras experiencias jurídicas y que serían de gran utilidad al proceso penal en nuestro país.

Del ejemplo norteamericano podemos mencionar que, en principio, consideran que los niños menores de siete años carecen de capacidad para comprender la ilicitud de sus actos y en el caso de tener una edad que vaya de mayores de siete a catorce años, será un especialista quien determine qué tanto comprende las circunstancias a las que se está enfrentando.

Al hablar de cómo se lleva el proceso en concreto, debe decirse que cuando se expone ante un jurado el caso, al ser oral, todos pueden allegarse de la información que puede ofrecer un testigo menor de edad de primera mano, además de que puede ser examinado en ese momento por un especialista en psicología y así crear convicción tanto en el Juez, como en el propio jurado.

Por lo tanto, la experiencia en este país es muy distinta a la mexicana, razón por la cual sería necesario hacer una serie de cambios para llevarse un caso ante un jurado, sin embargo, las nuevas tendencias se encaminan hacia los juicios orales; adicionalmente, debe decirse que la parte relativa a la edad de los niños, en cuanto a su comprensión, analizada por un especialista, bien puede ser aprovechada en México.

En cuanto a la legislación española, resulta interesante tanto que además de distinguir entre los mayores de dieciocho años y los menores, también lo hacen de un rango que va de dieciocho a veintiún años, donde expresan que podrán aplicárseles las sanciones que dan a los menores de edad, si cumple con determinadas características relativas a su madurez. Pues los españoles clasifican a los menores de edad en tres grupos, que son los menores de catorce años, de

ahí a los dieciocho y finalmente un grupo denominado *semiadultos*, que corresponde al rango ya mencionado, de dieciocho a veintiún años.

Dentro de esta experiencia legal, también es de mencionarse que al momento de declarar, el Juez *podrá realizarse ante expertos*, que si bien es cierto sólo es facultativo, definitivo abre la posibilidad a que sea permanente, aunque de cualquier manera lo hace factible.

Ahora bien, en lo que respecta a Francia, del análisis de su legislación aparecen cosas de suma importancia, dentro del artículo 122-8 de su legislación sustantiva, dice que “*los menores capaces de discernimiento son penalmente responsables de los crímenes, delitos o faltas de los que sean declarados culpables...*”, de ahí que, desde el origen de la causa, en este caso instruida en contra de un menor de edad, es obligación del tribunal que conozca establecer si tienen la capacidad de discernir de la que se habla.

Adicionalmente, hace distinción en cuanto a la edad del niño para las sanciones aplicables y la correspondiente atenuante que se otorga por motivo de su edad.

Ya entrando en materia de la prueba testimonial, las salvedades contenidas en el Código de Procedimientos Penales francés, expresa que no deben prestar juramento antes de ser oídos, sin embargo, cuando son mayores de dieciséis años, al tener la capacidad de comprender la trascendencia de su deposado, sí deberá hacerlo.

La cuestión más innovadora y que bien podría ser aplicada dentro del proceso penal mexicano, consiste en guardar la constancia de la declaración del niño, a través de una grabación ordenada por el Juez y cuya copia podrá ser consultada en cuanto así se requiera en el curso del procedimiento.

En cuanto a los careos que pudieran llevarse a cabo, siempre serán realizados en presencia de un psicólogo o médico especialista en la infancia.

En relación a la legislación alemana, se señala que la edad mínima para imputar un injusto es de catorce años. En relación a ciertos delitos, cuando se trate de niños, la sanción será más grave; además, en delitos de tráfico de personas, se considerará como niño a la persona hasta los veintiún años de edad.

En cuanto a la declaración emitida por menores de edad, la legislación adjetiva considera que no son las más deseables por las probabilidades de que los niños sean incapaces de comprender los hechos sobre los que declaran, no obstante pueden hacerlo con la debida autorización de sus padres o tutores. Aún así, en lo que concierne a esta investigación, no se comparte el criterio alemán.

No obstante lo anterior, la parte interesante que sí se puede aprovechar para mejorar la experiencia procesal penal mexicana, es que allá son grabados con la finalidad de que persista la actuación y pueda ser revisada en ocasiones posteriores.

En lo que respecta a la legislación analizada de Argentina, debe decirse que el artículo 78 de su código adjetivo indica que tratándose de un delito con pena mayor a diez años de prisión, o en el caso de tratarse de menores de edad, sordomudos o mayores de setenta años, se les realizará de manera obligatoria un examen mental. Circunstancia que debe de adoptarse por la legislación mexicana, pues sólo de esta forma se conocerá previo al depurado el estado en el que se encuentra el testigo menor de edad.

En cuanto a la experiencia de Colombia, destaca que ellos consideran a los mayores de doce años perfectamente capaces de entender la trascendencia de declarar y por lo tanto les hacen rendir juramento cual adultos, sin necesidad de otra cosa más que la edad.

Es necesario resaltar lo que dice el artículo 275 de su legislación procesal en relación a los testimonios, pues determina que “*serán recogidos y conservados por el medio más idóneo, de tal manera que facilite su examen cuantas veces sea necesario*”, que es parte de lo que esta investigación propone. Por su parte el artículo 276 señala que las declaraciones deben ser tomadas textualmente.

Octava. Los niños expresan su pensamiento de manera diversa a la forma en que los adultos lo entienden, en virtud de encontrarse en una etapa de desarrollo intelectual.

Para hacer posible el entendimiento de lo que dicen dentro del proceso penal se hace indispensable la labor del experto en psicología infantil, con la finalidad de que determine la veracidad con la que debe entenderse la testimonial vertida por el niño.

Las declaraciones emitidas por menores de edad deberán ser analizadas por especialistas en niños, con la finalidad de dar mayor seguridad dentro del proceso penal.

Novena. Es importante que en cuanto se presente la ocasión de un injusto en contra de un menor de edad, éste sea tratado lo más pronto posible, para así reestablecer lo antes posible su salud en el aspecto psicológico, pues de lo contrario su vida se verá afectada a largo plazo. Además de que entre más pronto sea recavada su declaración, más veraz será.

Décima. Se hace indispensable que los profesionales en Derecho tengan también una adecuada preparación en Psicología, con la finalidad de que puedan intervenir de mejor manera dentro del proceso penal, al ser conocedores de ambas disciplinas y así garantizar la correcta impartición de justicia.

Décimo Primera. Para garantizar la correcta impartición de justicia, se hace necesario modificar el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en los siguientes artículos para quedar como sigue:

“Artículo 191. Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda aportar algún dato para la averiguación del delito y el Ministerio Público o el juez estimen necesario su examen. En estos casos, el funcionario ante quien se realice la diligencia podrá desechar las preguntas que a su juicio o por objeción fundada de parte sean inconducentes, y demás podrá interrogar al testigo sobre los puntos que estime convenientes.

Cuando se examine a un menor de edad las preguntas deberán ser concretas, en lenguaje sencillo y de forma tal que al abordar el tema se haga de manera que no impacte en su conciencia y estabilidad emocional, respetando siempre el interés superior del mismo.”

La redacción de un tercer párrafo a agregar debería decir:

“Durante dicha comparecencia, en todo momento, deberá encontrarse presente un psicólogo perito en la materia con la finalidad de analizar la declaración emitida por el menor de edad, y posteriormente emitir un dictamen indicando la confiabilidad y conceptos ahí expresados.”

Otro artículo donde podemos agregar las ideas aquí expresadas es:

“Artículo 203.- Los testigos deben ser examinados separadamente por el Ministerio Público o por el juez, en presencia del secretario. Sólo las partes podrán asistir a la diligencia, salvo en los casos siguientes:

I. Cuando el testigo sea ciego;

II. Cuando sea sordo o mudo;

III. Cuando ignore el idioma castellano, y

IV. Cuando el testigo sea menor de edad, el cual deberá estar en todo caso acompañado de quien legalmente lo represente.”

En el artículo anterior, se tendría que modificar la fracción IV, para aclarar que también deberá estar acompañado de perito en psicología, con la finalidad ya precisada, la de elaborar un dictamen que exprese la confianza que se puede tener en la declaración del menor.

Por lo tanto, la fracción IV del artículo 203 podría quedar como sigue:

“IV. Cuando el testigo sea menor de edad, el cual deberá estar en todo caso acompañado de quien legalmente lo represente, así como por un psicólogo experto en materia de niños.”

Para adicional lo relativo a elaborar un mapa mental previo a la declaración, tenemos lo siguiente:

“Artículo 205. *Antes de que los testigos comiencen a declarar, el Ministerio Público o el Juez los instruirá de las sanciones que impone el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal a los que se conducen con falsedad o se niegan a declarar o a otorgar la protesta de ley. Esto podrá hacerse hallándose presentes todos los testigos.”*

La redacción del artículo podría quedar de la siguiente manera:

“Artículo 205. *Antes de que los testigos comiencen a declarar, el Ministerio Público o el Juez los instruirá de las sanciones que impone el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal a los que se conducen con falsedad o se niegan a declarar o a otorgar la protesta de ley. Esto podrá hacerse hallándose presentes todos los testigos.*

Asimismo, deberán ser analizados por un psicólogo que indique el estado mental en el que se encuentre el testigo.”

En relación a conservar las declaraciones, podría modificarse el artículo siguiente:

*“**Artículo 208.** Las declaraciones se redactarán con claridad y usando, hasta donde sea posible, de las mismas palabras empleadas por el testigo. Si esté quisiere dictar o escribir su declaración se le permitirá hacerlo.”*

La redacción deberá decir:

*“**Artículo 208.** Las declaraciones se redactarán con claridad y usando, hasta donde sea posible, de las mismas palabras empleadas por el testigo. Si esté quisiere dictar o escribir su declaración se le permitirá hacerlo.*

Asimismo, serán conservadas en video, mediante las tecnologías con las que se cuente, para poder ser reproducidas posteriormente, de ser necesario.”

BIBLIOGRAFÍA

- Barragán Salvatierra, Carlos, “Derecho Procesal Penal”, Mc Graw Hill, Serie Jurídica, 2ª Edición, México, 2004, 637 pp.
- Beloff, Mary, “Los derechos del niño en el sistema interamericano”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, 204 pp.
- Binet, Alfred, “Las ideas modernas sobre los niños”, Fondo de Cultura Económica. México, 1985, 358 pp.
- Castellanos Tena, Fernando, “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”. Editorial Porrúa, Cuadragésima Primera Edición, México, 2000, 363 pp.
- Castillo Troncoso, Alberto del, “Conceptos, Imágenes y Representaciones de la Niñez en la Ciudad de México 1880-1920.”, El Colegio de México, Instituto Mora. México, 2006, 290 pp.
- Cienfuegos Salgado, David, “Temas de Derecho Procesal Penal de México y España” Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, 501 pp.
- Cole, Babette. “Niños: Manual del usuario (o cómo funcionan los niños)” Primeros lectores ilustrados. Ediciones Destino. México, 2004. 40 pp.
- Craig, Eleanor. “Cómo escuchar a los niños”. Fondo de Cultura Económica. Primera reimpresión, México, 1995, 289 pp.
- David, René, “Los grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos”, Aguilar Ediciones, Madrid 1967, 466 pp.
- DeMause Lloyd y otros “Historia de la infancia”, Alianza Editorial, Madrid, 1994, 470 pp.
- Drumel, Jean y Marcel Voisin. “Esa persona llamada niño” Editorial Teide, Barcelona, 1980, 201 pp.
- Ericsson, Eric H. “Infancia y Sociedad”. Editorial Lumen-Hormé. 12ª Edición. Buenos Aires, 1993, 382 pp.
- Feyman, Jay M. “Introducción al derecho de Estados Unidos de América. Todo lo que debe saber acerca del sistema jurídico estadounidense”, Oxford University Press, México, 2004, 352 pp.

- Florián, Eugenio, “De las pruebas penales”, Editorial Temis, Tomo II, Bogotá, 1990, 578 pp.
- Friedman, Lawrence M. “American Law. An introduction.”, 2a Edición, Norton, Nueva York, 1998, 416 pp.
- García Ramírez, Sergio. “El sistema penal mexicano”, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, 186 pp.
- Gómez-Robledo Verdusco, Alonso. “Temas Selectos de Derecho Internacional”., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tercera Edición, Segunda Reimpresión, México, 2001, disponible en internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=122>, ISBN 968-36-7292-2.
- Grosman, Cecilia, Silvia Mesterman y María T. Adamo, “Violencia en la familia”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, 414 pp.
- Herdegen, Matthias. “Derecho internacional público.”. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, 440 pp.
- Jiménez García, Joel Francisco. “Derechos de los niños”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, 57 pp.
- López Lara, Eduardo, “300 preguntas y respuestas sobre las pruebas penales: Análisis Doctrinal, legislativo y jurisprudencial.” Editorial Sista, México, 1991, 153 pp.
- Losano, Mario G. “Los Grandes Sistemas Jurídicos. Introducción al Derecho Europeo y extranjero.”, Editorial Debate, Madrid 1982, 405 pp.
- Madrazo, Jorge y otros, “Derechos de la Niñez”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1990, versión disponible en internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=434>, ISBN 968-36-1534-1.
- Morineau Iduarte, Marta y Román Iglesias González, “Derecho Romano” Oxford. Colección Textos Jurídicos Universitarios, Cuarta Edición, México, 2000, 296 pp.
- Parra Quijano, “Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio”, Editorial Temis, Bogotá, 2004, 226 pp.
- Pavón Vasconcelos, Francisco, “Imputabilidad e Inimputabilidad” Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, 1993, 136 pp.
- Petit, Eugéne, “Tratado Elemental de Derecho Romano”, Editorial Nacional, México, D.F., 1971, 717 pp.

- Piaget J. y B. Inhelder. “Psicología del Niño.” Décimo Sexta Edición. Ediciones Morata, Madrid, España. 158 páginas.
- Piaget Jean, “El desarrollo de la noción del tiempo en el niño.” Fondo de Cultura Económica. México. 301 pp
- Piaget, Jean. “Seis estudios de psicología” Editorial Labor, S.A., Cuarta Edición, Bogotá, 1995, 199 pp.
- Piaget, Jean. “El nacimiento de la inteligencia en el niño.” 2ª Edición. Biblioteca de bolsillo. Barcelona, Julio, 2003. 398 pp.
- Romero Coloma, Aurelia M. “El análisis psicológico del testigo en el proceso penal.”, Serlipost, Barcelona, 1991. 420 pp.
- Romero Coloma, Aurelia M. “Problemática de la prueba testifical en el proceso penal.”, Cuadernos Civitas. Madrid, 2000. 103 pp.
- Romero Coloma, Aurelia M. “Problemática Jurídica de los testimonios y declaraciones de menores de edad.”, Cuadernos Civitas. Madrid, 2003. 100 pp.
- Salvado Martínez, María, “Autoridades Independientes”, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, 404 pp.
- Sánchez-Cordero de García Villegas, Olga. “La constitución y los tratados internacionales. Un acercamiento a la interpretación judicial.” Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999, versión disponible en internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=484>.
- Shahar, Shulamith, “Childhood in the middle ages”. Routledge. London, 1990. 400 pp.
- Valdegrama, Pilar. “Así somos los niños: claves para comprender mejor el mundo de los niños.” Editorial Libro-Hobby Club S.A. Madrid 2004. 175 pp.
- Villanueva Castilleja, Ruth, “Visión especializada del tratamiento para menores infractores”, Editorial Porrúa, México, 2005, 247 pp.
- Villanueva Castilleja, Ruth, “La procuración de justicia al servicio de la víctima del delito”, Ediciones Delma, México, 2004.
- Villanueva Castilleja, Ruth, y otros “En defensa de la razón. La justicia de menores en la reforma al artículo 18 Constitucional”, Anfeami, México, 2004, 157 pp.

- Zullinger, Hans. “Evolución psicológica del niño.” Herder, Barcelona, 1971, 145 pp.
- Zullinger, Hans. “Introducción a la psicología del niño.” Herder, Barcelona, 1973, 189 pp.

DICCIONARIOS

- Escriche, Joaquín, “Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense.” Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1998, 736 pp.
- Gallino, Luciano, “Diccionario de Sociología” Siglo Veintiuno Editores, México, 1995, 1003 pp.

LEGISLACIÓN

- Código de Procedimiento Penal de Colombia. Publicado en la ley 600 de 2000 el 24 de julio del mismo año.
<http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0600000.HTM>
- Código de Procedimiento Criminal de Francia. Entró en vigor el 2 de marzo de 1959 en el área metropolitana y el 1 de marzo de 1962 en el resto del país. <http://www.legifrance.gouv.fr>
- Código de Procedimientos Penales Alemán, de 12 de septiembre de 1950.
<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/de/StPODE.pdf>
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Publicado en el D.O.F. el 29 de agosto de 1931.
<http://172.16.12.251/LeyesFederales/LstArts.asp?nldLey=645>
- Código Federal de Procedimientos Penales. Publicado en el D.O.F. el 1 de noviembre de 1934.
<http://172.16.12.251/LeyesFederales/LstArts.asp?nldLey=644>
- Código Penal Alemán, Edición de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, 128 pp. (Título alemán: *Strafgesetzbuch*, 32a cd., editado por Deutscher Taschenbuch Verlag, des Verlages C.H. Beck, München, 1998).

- Código Penal Argentino, de 16 de enero de 1985.
http://www.saij.jus.gov.ar/download/grt_codigo_penal.html
- Código Penal de Colombia. Publicado en la ley 599 de 2000 el 24 de julio del mismo año. <http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/L0599000.HTM>
- Código Penal de Francia. Entró en vigor el primero de marzo de 1994.
<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?&commun=CPENAL&code=CPENALLL.rcv>
- Código Penal Español, publicado en el B.O.E. el 24 de noviembre de 1995.
http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/es/01_diciembre_2007/C_P_vigent_05_12_2007.pdf
- Código Penal Federal. Publicado en el D.O.F. el 14 de agosto de 1931.
<http://172.16.12.251/LeyesFederales/LstArts.asp?nIdLey=643>
- Código Penal para el Distrito Federal. Publicado en la G.O. el 16 de julio de 2002 y entró en vigor el 12 de noviembre del mismo año.
<http://172.16.12.251/LeyesFederales/LstArts.asp?nIdLey=25361>
- Código Procesal Penal Argentino, promulgado el 4 de septiembre de 1991.
http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/ar/CPParArgentina_91.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 5 de febrero de 1917. <http://172.16.12.251/LeyesFederales/LstArts.asp?nIdLey=130>
- Ley de Asistencia Social. Publicada en el D.O.F. el 2 de septiembre de 2004. <http://172.16.12.251/LeyesFederales/LstArts.asp?nIdLey=40581>
- Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del delito para el Distrito Federal. Publicada en la G.O. el 22 de abril de 2003.
<http://172.16.12.251/LeyesFederales/LstArts.asp?nIdLey=30186>
- Ley de Desarrollo Social para el Distrito Federal. Publicada en la G.O. el 23 de mayo de 2005.
<http://172.16.12.251/LeyesFederales/LstArts.asp?nIdLey=16245>
- Ley de Educación del Distrito Federal. Publicada en la G.O. el 8 de junio de 2000. <http://172.16.12.251/LeyesFederales/LstArts.asp?nIdLey=16351>

- Ley de Enjuiciamiento Criminal (España). 14 de Septiembre de 1882. www.juecesdemocracia.es/LegislacionActual/Ley%20de%20Enjuiciamiento%20Criminal.pdf
- Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Publicada en el D.O.F. el 22 de junio de 1993. <http://172.16.12.251/LeyesFederales/LstArts.asp?nIdLey=62>
- Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Publicada en el D.O.F. el 29 de junio de 1992. <http://172.16.12.251/LeyesFederales/LstArts.asp?nIdLey=101>
- Ley de las y los Jóvenes del Distrito Federal. Publicada en la G.O. el 25 de julio de 2000. <http://172.16.12.251/LeyesFederales/LstArts.asp?nIdLey=36036>
- Ley de los Derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal. Publicada en la G.O. el 31 de enero de 2000. <http://172.16.12.251/LeyesFederales/LstArts.asp?nIdLey=15513>
- Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas. Publicada en el D.O.F. el 13 de marzo de 2003. <http://172.16.12.251/LeyesFederales/LstArts.asp?nIdLey=29246>
- Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (España). Publicada el 12 de enero de 2000. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo5-2000.html
- Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal. <http://172.16.12.251/LeyesFederales/LstArts.asp?nIdLey=138>

HEMEROGRAFÍA

- “Adolescencia y Salud”, Volumen 1, número 2, 1999, San José de Costa Rica.
- “Revista D, Prensa Libre”, número 46, 22 de mayo de 2006, Guatemala, sección Opinión, 34 pp.

- Psicoanálisis AP de BA- Vol. XVII- No. 3- 1995, páginas de la 613 a 633.
- “Diarios Clínicos”, Emilio Galende y otros, Lugar Editorial, S.A., Buenos Aires, 1994.
- “Jornadas de Defensores del Pueblo.- El Sistema de Protección de Menores y la Prevención de la Violencia”. Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha. <http://www.gva.es/sdg/Jornadas/PONENCIA%20castilla-la%20mancha.pdf>

PÁGINAS WEB

- Instituto Interamericano del Niño. <http://www.iin.oea.org>
- Organización de Naciones Unidas. <http://www.un.org>
- Asamblea Legislativa del Distrito Federal <http://www.asambleadf.gob.mx/>
- Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. <http://www.diputados.gob.mx/>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. <http://www.scjn.gob.mx>
- Fondo de las Naciones Unidas a favor de la Infancia. <http://www.unicef.org/spanish/>
- Child’s Rights Information Network. <http://www.crin.org/>

OTROS

- Apuntes del XIII Coloquio de Historia de la Educación, Donosita-San Sebastián, 2005, “La infancia en la historia: espacios y representaciones”.
- Colángelo, María Adelaida, “La mirada antropológica sobre la infancia. Reflexiones y perspectivas de abordaje.” Serie Encuentros y Seminarios, “La formación Docente entre el siglo XIX y el siglo XXI”, Mesa: Infancias y juventudes, pedagogía y formación, Buenos Aires, 2005, 8 pp.
- De la Iglesia, Matilde y otros, “¿Cómo abordar las significaciones de una práctica? Los psicólogos y la niñez institucionalizada.”, Representaciones, discursos y significaciones, Buenos Aires, 2003, 18 pp.

- Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Resolución dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 11 de septiembre de 1997.