



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

“LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES
DE DOCE AÑOS DE EDAD ANTE LA LEY
FEDERAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES
CUANDO INFRINGEN ALGUNA DE LAS
CONDUCTAS PREVISTAS EN EL CÓDIGO
PENAL FEDERAL”

T E S I S

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :**

YADIRA YANIN MENDEZ FERNANDEZ



FES Aragón

ASESOR:

MTRA. MARIA GRACIELA LEON LOPEZ

SAN JUAN DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO, MARZO DE 2012



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

AGRADECIMIENTOS

DIOS: “Te doy gracias por todo lo que me has dado en la vida y sobre todo por no dejarme sola nunca.”

A MI MADRE: “Gracias por todos tus consejos, regaños, desvelos y por tu infinito amor que me has tenido el cual hoy me permite concluir un ciclo más en vida que sin tu apoyo no lo hubiera conseguido.”

A MIS HIJAS ASTRID Y JANINA: “Gracias por ser ese motor que impulsa cada día de mi vida.”

A LA PROFRA. LUZ MARÍA CARMONA: “Gracias por su valioso apoyo para lograr reincorporarme a concluir mis estudios profesionales.”

A LA UNAM: “Gracias por permitirme ser parte de la máxima casa de estudios.”

A TODOS MIS PROFESORES: “Gracias por compartir sus valiosos conocimientos y otorgarme las bases de mi desempeño profesional.”

A LA MTRA. GRACIELA LEON LÓPEZ: “Mil gracias por su apoyo para sacar adelante este trabajo de tesis.”

A MI HERMANA EN CRISTO LUCIA GONZALEZ MALDONADO: “Amiga le doy gracias a Cristo que te puso en mi vida para conocer de él; así como por tu valioso apoyo.”

A TODAS AQUELLAS PERSONAS QUE HAN ESTADO DE MANERA VOLUNTARIA E INVOLUNTARIA EN VIDA: “Gracias ...”

INDICE

Introducción

Capítulo 1.- Semblanza Histórica del Concepto “Niño”.

1.1.- Doscientos años de atraso.....	3
1.2.- Temporalidad del atributo.....	11
1.3.- El debate entre la teoría de la voluntad y la teoría del interés relacionadas con el menor.....	12
1.4.-Concepto de “niño”.....	14
1.5.-Necesidades básicas de los niños.....	16
1.6.-Psicología y psicopatología del Adolescente.....	19
1.7.- El Proceso de socialización.....	23
1.8.-Condiciones Psicosociales del menor de edad y del adulto y su situación legal.....	25

Capítulo 2.- Evolución legislativa de la Justicia para Adolescentes.

2.1.- Instrumentos jurídicos internacionales.....	27
2.2.- Doctrina de la situación irregular.....	28
2.3.- La protección integral y los instrumentos internacionales.....	30
2.4.- El interés superior del niño.....	31
2.5.- Las Reglas de Beijing.....	33
2.6.- Reglas de Naciones Unidas para los Menores Privados de Libertad.....	35

Capítulo 3.- Aspectos Jurídicos del delito en los menores

3.1.- Elementos del delito y los menores.....	40
3.2.-La Conducta.....	41
3.3.-La tipicidad.....	42
3.4.-El dolo y la culpa.....	43
3.5.-La antijuricidad.....	45
3.6.-La culpabilidad.....	46
3.7.-La imputabilidad.....	47
3.8.-La imputabilidad de los menores.....	49

3.9.-La punibilidad.....	50
3.10.-Inimputabilidad.....	51
Capitulo 4.- Construcción de un sistema de justicia para Adolescentes.	
4.1.-La construcción del Sistema de Justicia y Protección de los Derechos del Niño y Adolescentes en México.....	53
4.2.- El Sistema de Justicia para Adolescentes en México.....	57
4.3.- La Reforma Constitucional en México.....	62
4.4.- La Principio de proporcionalidad.....	66
4.5.- La Especialización.....	67
4.6.- La Desjudicialización.....	67
4.7.- Diversificación de las medidas.....	67
4.8.- Las Entidades Federativas.....	67
4.9.- La Suprema Corte de Justicia.....	69
4.10.- Principios tomados en cuenta en el proceso legislativo.....	71
4.11.- Reglas en el proceso.....	72

Capitulo 5.-Propuesta para la creación de un órgano jurisdiccional especial para menores de doce años de edad que infrinjan la ley penal.

5.1.-La sociedad pieza generador de la delincuencia en menores.....	76
5.2.- Los diez puntos básicos que fueron incluidos en la reforma integral sobre la justicia para adolescentes.....	79
5.3.- La elaboración de códigos que regulen las diferentes conductas de los menores de doce años de edad.....	82
5.4.- La necesidad de un Órgano Jurisdiccional que lleve cabo un procedimiento judicial de rehabilitación al menor de doce años de edad que infrinjan la ley penal.....	83
CONCLUSIONES.....	88
BIBLIOGRAFIA.....	91

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo ha sido denominado **“LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES DE DOCE AÑOS DE EDAD ANTE LA LEY FEDERAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES CUANDO INFRINGEN ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL”**, en razón de que en la aprobada Ley Federal de Justicia para Adolescentes, no los considera, creando, así una laguna en dicho Ordenamiento legal, que da origen a que estos menores queden fuera del alcance de la Ley Penal.

Para la mejor comprensión de la tesis será necesario tomar en cuenta su división en cinco capítulos, en la inteligencia de que los mismos han sido desarrollados con un lenguaje de fácil entendimiento, para evitar el innecesario hastío de sus lectores.

Se efectúa una muy breve semblanza del concepto denominado “niño”, cuya evolución data de doscientos años de atraso, pues derivado de los principios de la Revolución Francesa de 1789, es hasta la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, que inicia la transformación del pensamiento de ese concepto y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se obtiene como resultado la primera consignación del concepto “hombre”, distinguida de la del “ciudadano”, y en la década de los fines de los ochenta y en los noventa, aparece como nuevo paradigma, el consignado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Asimismo se plantean diversas hipótesis acerca de la historia de una parte de la infancia, para demostrar que antes del Siglo XVII, los niños no eran percibidos en la conciencia social como una categoría diferenciada respecto de los adultos, se establece que el concepto de “menor” es execrable, se demuestra que en realidad esos infractores son producto de la sociedad de riesgo.

Igualmente, se analiza que la justificación tradicional de los derechos humanos, no logra incluir la especificidad de los mismos durante la infancia y adolescencia, que el atributo que hace que el grupo sea especialmente vulnerable o que tenga derechos específicos, es temporal mientras exista pertenencia del niño a la familia, se cuestionan las teorías de la voluntad y la del interés, hasta llegar al verdadero concepto de lo que debe entenderse como “niño”, sus necesidades básicas, el punto de vista de la Psicología y Psicopatología, ya del adolescente, su crecimiento biológico y la velocidad de sus cambios, los estereotipos sociales que lo rodean, sus expectativas y su maduración.

Se muestran cuáles han sido los principales instrumentos jurídicos internacionales que se toman en cuenta en la evolución legislativa de la justicia para adolescentes, se analiza el paso de la situación irregular a la protección integral hasta llegar a definir cuál es el interés superior del niño que tanto manejan los estudiosos del Derecho, se destaca la influencia derivada de la adopción de las Reglas de Beijing, las Reglas de Naciones Unidas para los Menores Privados de Libertad y las Directrices de RIAD.

Se aborda el fenómeno de la construcción del sistema de justicia y protección de los derechos del niño y adolescentes en México.

Se aborda el contenido del nuevo artículo 18 constitucional, los diez puntos básicos que fueron finalmente incluidos en la reforma sobre la justicia para adolescentes.

Finalmente se hace la propuesta de considerar dentro del contenido de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes a los menores de doce años, toda vez que la realidad de los niños y niñas menores de doce años de edad, se quedan dentro de la figura donde no son infractores ni delincuentes, es sólo la figura de un niño mal encauzado.

Capítulo 1. SEMBLANZA HISTÓRICA DEL CONCEPTO “NIÑO”.

1.1. Doscientos años de atraso.

La Revolución Francesa data de 1789, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, es de 1989, y podríamos decir que transcurridos doscientos años -de atraso- la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano es el resultado de lo ocurrido en aquella revolución, porque la primera consignó el concepto “hombre”, distinguiéndola del de “ciudadano”, y es que la historia muestra que hombres han sido todos, las mujeres han sido hombres, los niños han sido hombres, los no propietarios han sido hombres, los extranjeros han sido hombres, pero no todos los hombres han sido ciudadanos; ciudadanos han sido aquellos entre los hombres que han tenido la capacidad real y efectiva para hacer uso de los derechos que declarados universalmente, sólo podían ser utilizados por quienes tenían los instrumentos específicos para la realización de sus derechos. Así como la década de los treinta, de los cuarenta y de los cincuenta, rompió las distinciones jurídicas que colocaban a la mujer en una situación de incapacidad respecto de los hombres; también en la década de los fines de los ochenta y en los noventa, hemos visto el nacimiento de un nuevo paradigma, el que consigna la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

¿Por qué es necesario hacer un enfoque histórico? Porque si estamos hablando en un contexto de derecho penal, nada hay más importante como antídoto contra cualquier forma de fundamentalismo, que un análisis histórico de los problemas y porque es lo único que nos permite entender la relatividad en el tiempo y en el espacio de los valores que defiende el sistema de la justicia penal.

¿Y por qué un enfoque crítico? Significa nada más, pero tampoco nada menos, que trascender el sentido común; y el sentido común entre otras cosas nos dice generalmente que las cosas son como aparecen. Si, el sentido común tiende a decirnos que las cosas son siempre como aparecen frente a nuestros ojos.

Para apreciar lo dicho, consideremos lo siguiente:

Primero.- La historia de una parte de la infancia, es la de su control. Para reconstruir la historia de una parte de la infancia yo no necesito estudiar esa infancia, me es suficiente reconstruir y estudiar los mecanismos jurídicos, pedagógicos, institucionales, culturales, etcétera, que se diseñaron para “protegerla-reprimirla”, así, como si fuera una sola palabra pues la cultura de los adultos en general, la cultura de las instituciones en particular y la cultura jurídica en especial, han tenido y tienen una visión esquizofrénica de la infancia, al ser vista a través del tiempo, como ángeles o demonios, pero la Convención propone un nuevo paradigma, que supone la comprensión de los adolescentes como sujetos de derecho.

Segundo.- Nacida en el pensamiento del historiador francés *Philippe Ariés* –fallecido hace aproximadamente unos quince años- y quien en su obra “*Historia de la Infancia*”, publicada en mil novecientos sesenta y tres cuya versión castellana es “*Historia del Niño y la Familia*”¹, durante el antiguo régimen” en mil novecientos sesenta y cinco, arranca con una frase tan radical cuanto provocadora que justifica llamar a este enfoque una verdadera ruptura de paradigma, dice: “...antes del Siglo XVII, la infancia no existe...”.²

Philippe Ariés obviamente no quiere decir que antes del Siglo XVII, no había sujetos bajitos que tenían cuatro, cinco o seis años de edad, sino que antes de ese siglo, esos no eran percibidos en la conciencia social como una categoría diferenciada respecto de los adultos.

Tercero.- Es consecuencia de la anterior pero va a pagar un precio muy caro por su descubrimiento, es como si se estableciera a partir de este momento

¹ El libro clásico sobre la concepción de la infancia (en el que se explica la “invención” del concepto infancia) es el de Ariés, Philippe, “*El Niño y la vida familiar en el antiguo régimen*”. Taurus, México, 2001.

² www.iin.oea.org

un pacto perverso entre los adultos y esta categoría social recién descubierta, pues el niño es reconocido por lo que no puede, por lo que no sabe, por aquello que no es capaz, es decir, el descubrimiento de la infancia es el de su incapacidad cultural y socialmente construida durante siglos, la incapacidad jurídica se va a calzar como un guante, y es por eso que a pesar de las transformaciones jurídicas y de las rupturas de paradigma, el viejo paradigma se resiste a morir.

En ese sentido, en el campo de la cultura jurídica los derechos de la infancia representan una crisis en el sentido más puro de la definición de la palabra “crisis” la cual el diccionario de la lengua española la describe como “mutación importante en desarrollo de otros procesos ya sean de orden físico, histórico o espirituales”³. Las transformaciones jurídicas se desarrollan a partir de la ruptura de paradigma, que implica la Convención en 1989, encuentran todas las resistencias imaginables, porque la cultura que se resiste a morir es precisamente aquella que también condenó a la mujer a la incapacidad; es decir, es aquella cultura que no puede, que no quiere o que no sabe proteger si no es declarando algún tipo de incapacidad y condenando a los protegidos a algún tipo de confinamiento institucional y de estigmatización. El descubrimiento de la infancia es el descubrimiento de su incapacidad. Es el concepto de descubrimiento de un niño, pero como paso, que el proceso histórico explica el pasaje de la construcción de un niño como una categoría social diferenciada respecto de los adultos, a la aparición de la infancia como una categoría social.

La percepción de la Revolución Francesa era que el niño pertenecía a la esfera de inmunidad del padre, y a partir de la Convención, tenemos múltiples leyes que protegen al niño, como titular de derechos.

Hablamos del siglo XVII, como un siglo de transición en el que sin ser casualidad, surge una institución dentro de los lugares conocidos como los monasterios y la casa de los ricos, que recién en ese siglo comienza a ser parte

³ Diccionario de la Lengua Española

de la vida pública, es una institución que se va a transformar en una especie de fábrica de niños y que no es otra que la escuela, si, la escuela empieza a existir como una institución de la vida pública recién en el Siglo XVII, con el derrumbe del mundo feudal sobre todo en el sur de Francia, en el norte de Italia, y la fragmentación de ese mundo feudal y la aparición de las municipalidades, pero ¿por qué la escuela es fundamental?, porque es la institución que reproduce un niño en la infancia, de modo que ahora no todos los sujetos de esa categoría recién descubierta, tienen los recursos –en el sentido más amplio posible- para pasar o permanecer en la escuela.

Así, empieza a producirse una dicotomía al interior de la categoría infancia: la infancia-escuela, que casi siempre coincide con la infancia familia y la infancia no escuela, que casi siempre coincide con la infancia no familia o poca familia.

Estas palabras no reflejan realidades solamente, las palabras crean realidades, porque uno crea realidades con las palabras, pues las diferencias que se establecen al interior de la categoría infancia, entre la infancia-escuela y la infancia no-escuela, va a ser tan enorme, que un solo concepto no va a poder abarcarlos, y que la infancia-escuela-familia, se transformará en todos los idiomas posibles, se transformarán en niños y en adolescentes ¿y en qué se transformarán los otros?, pues con poca escuela, con poca familia, se van a transformar en una especie de categoría residual de la infancia, en una especie de excrecencia de la categoría infancia, y la palabra que va a designar a esa categoría residual de la infancia, es la de “menores”.

La palabra “menor”, no es inocente porque tiene por lo menos un doble significado, el técnico-jurídico en el que no se hace referencia a estigmatización alguna pues se dice de manera común: “esto está prohibido para menores de dieciocho años”, “tengo un hijo menor de catorce años”.

Pero en vez de usar la palabra “menor” en su sentido técnico-jurídico, se utiliza en su sentido que no se duda en llamar político-cultural, la palabra está cargada de un profundo contenido peyorativo y estigmatizante, pues se dice: “esta es una institución para menores”.

Existen países, como Argentina, en que los menores de edad privados de libertad no tienen dieciocho años, lo singular es que ninguno de esos adolescentes es de clase media, lo que indica que tal vez los infractores que son parte de los sectores medios y altos, el tratamiento da resultado si son entregados a los padres, pues cuando los primeros cumplen dieciocho años, son juzgados como adultos.

Conviene recordar que el primer tribunal de menores en el mundo, se crea en Estados Unidos, en Illinois, en 1899, mientras que en América Latina se crean entre 1919 y 1939.

¿Dónde hay que ir a buscar la especificidad del tratamiento jurídico de los menores anterior a fines del Siglo XIX? Hay que ir a buscarlo en los códigos penales. Los códigos penales retribucionistas, que imperaron con el proceso de unidad nacional que más o menos se dio alrededor de mediados del Siglo XIX, terminada las guerras civiles tenían un artículo que decía más o menos así: tratándose de menores, la pena se reducirá en un tercio. ¿Cuál era la pena?, la privativa de libertad. ¿Qué mundo era que debatía estos temas a fines del Siglo XIX? Era un mundo impregnado por una ideología de la cual Argentina, México y Brasil son los países que más saben de esta ideología en América Latina, por la ideología del positivismo.

El positivismo se veía así mismo como una ideología de carácter científico, contra la especulación filosófica de los siglos anteriores, y entonces, a cada patología social –como son los niños de la calle y las prostitutas- le correspondía una arquitectura de encierro, y por eso cuando uno mira desde el punto de vista

arqueológico uno se encuentra con casas de corrección para niñas o niños. A fines del Siglo XIX, en Estado Unidos, y un poco más tarde en América Latina, la sociedad se empiezan a indignar contra el tratamiento que el derecho penal le daba a los menores de edad, pero tal indignación era en realidad indignante no contra la privación de libertad de los adolescentes, sino contra la promiscuidad, esto, por el hecho de que adultos y menores fueran colocados en las mismas instituciones, y aunque en 1899 se logra esa separación, lo cierto es que sólo se extrae, en parte, a los menores de edad del derecho penal, ¿pero de qué cosa se los saca?, el derecho penal, es un derecho que hay que medirlo por la capacidad de producir sufrimientos reales, y para eso están las garantías, para mitigar los sufrimientos reales que produce el sistema de la justicia penal.

El derecho de menores es una especie de pacto entre dos corporaciones, la corporación jurídica y la corporación médica, nos quedamos con la forma de lo jurídico, un tribunal de menores, pero nos quedamos con las prácticas de lo médico; y entonces, los menores no van a ser más privados de libertad, a partir de ahora van a ser internados, van a ser institucionalizados y empieza esta concepción, sí, donde el psiquiatra, porque todavía el psicólogo no había hecho su irrupción, el psiquiatra se pelea con el jurista, en el debate sobre esta forma de anomalía, ¿por qué?, porque todo menor abandonado es al mismo tiempo un menor delincuente, se crea una especie de monstruo bicéfalo, el menor abandonado, el menor delincuente.

Si tomamos la tarea de consultar un manual de derecho de menores, se verá que aparece invariablemente que: “El Derecho de Menores es un derecho autónomo”; y durante muchos años la gente repetía esa frase. Y fue hasta 1989 en que la Convención Internacional de los Derechos del Niño, cambió radicalmente el paradigma para decir que los niños no son ni ángeles ni demonios, son sujetos de derecho, pero nadie es sujeto de derecho, si no es sujeto de responsabilidades, la Convención planteó la necesidad de superar la visión

esquizofrénica de la infancia y nos dijo que eran sujetos de derecho, pero también de responsabilidades.

La Convención fijó un nuevo paradigma, al especificar en qué consistía lo autónomo del Derecho de Menores, porque la protección de los niños pobres en América Latina se organizó con base en la violación sistemática de los derechos que todas las Constituciones de América Latina, desde la Haitiana de 1804 hasta la última que se pueda imaginar, le confiere no a los ciudadanos, sino a todos los hombres al comenzarse a utilizar las palabras: “Nadie”, “ningún habitante de la República”, “ningún ser humano”, todo ello, al referirse a la detención ya en flagrante delito o por orden escrita de autoridad judicial o competente.

“La Convención sobre los Derechos del Niño no establece ninguna distinción entre los destinatarios, afirmación de principios que debemos respetar, no sólo en el campo del diagnóstico, sino en el de la respuesta que se le dé al menor, singularizado en su persona y en su situación para de esa manera, depararle protección”⁴

Países como Bolivia, Ecuador y México, ni siquiera tuvieron la delicadeza de establecer autoridades judiciales en el tratamiento de los menores de edad, por eso es que ahora podemos decir que nuestro país está pasando del feudalismo al socialismo sin haber transitado por el capitalismo; es decir, está descubriendo una justicia constitucional de infancia, sin haber tenido como han tenido todos los países de América Latina, una justicia de menores en el sentido de tener una justicia independiente, porque una justicia administrativa es una contradicción, ya que la justicia: es justicia o es administrativa.

Recordemos que si en 1899 se crea el primer Tribunal de Menores, esa idea se exporta a Europa, entre 1905 y 1920, cuando los países europeos crean un Tribunal de Menores y crean la justicia de menores, mientras que en Latinoamérica, en una forma triangular con Estados Unidos y Europa, el suceso

⁴ RAFFO Á, Héctor: “*Menores Infractores*”. La Roca, Buenos Aires, 2000, pág.25

cobra vida entre 1919 y 1939, esto, cuando se crea la justicia de menores en América Latina, siendo Argentina el primer país que la vive.

Cuando decimos que necesitamos leyes que reflejen nuestra realidad, debemos pensar mucho en esa frase, porque en realidad no necesitamos leyes que reflejen nuestra realidad, para eso ya tenemos la realidad; necesitamos leyes que sean mucho mejor que nuestra realidad, porque nosotros tuvimos durante ochenta años leyes que la reflejaban, primero mediante un derecho civil y después el de familia para los niños y adolescentes, y luego, un derecho de menores para los adolescentes privados de libertad por el mero delito de ser pobres, sin derecho a un juicio justo, ni a un debido proceso. Ese sistema se mantuvo porque fue un festival del eufemismo y es que cuando hablamos de derecho moderno, estamos hablando del derecho iluminista, posterior a la Revolución Francesa.

En la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que es un tratado internacional de derechos humanos, sobre todo en los artículos 37 y 40, se crean las bases del cincuenta por ciento de lo que serán los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina, y la reforma que en México ha hecho del artículo 18 constitucional se sintetiza un sistema de responsabilidad penal juvenil, constituye el otro cincuenta por ciento, porque se nos obligó a sincerarnos en el sentido de admitir que el niño (a) es un humano hasta los dieciocho años incompletos; esto es, que la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en América Latina, no ha sido entendida como un techo a partir del cual no se puede ir más arriba, sino un piso a partir del cual no se puede ir más abajo, y si la Convención define como niño a todo ser humano hasta los dieciocho años, la psicología evolutiva y el sentido común saben que no es lo mismo un niño de cuatro años que un adolescente de diecisiete, pero en América Latina creamos jurídicamente una distinción que ya existe en el mundo de lo social, la distinción entre niños y adolescentes; y en general, se define como niño a todo ser humano hasta los doce, algunos países hasta los trece, otros a los catorce, nadie más arriba, y como adolescente entre los catorce y los dieciocho años; este sistema no

significa de ninguna manera bajar la edad de la imputabilidad pues tratar a los menores de edad como imputables, significaría tratarlos como adultos.

¿Y por qué tratarlos como adultos?, porque hemos establecido que todos los menores de dieciocho años son inimputables y con ello el Legislador ha querido decir que no respondan de la misma forma que responden los adultos, eso significa desacralizar (quitar lo sagrado) el concepto de inimputabilidad; ahora, los menores de catorce, o de trece o de doce, según lo que se ha definido en el país, no sólo son inimputables, sino que además son irresponsables penalmente, y a su vez, significa que si cometen un hecho ilícito que cometido por un adolescente y que constituiría un delito, al niño sólo le corresponderían medidas de protección.

De la Revolución Francesa a nuestros días, la función de los jueces no es resolver problemas sociales, y eso no significa que los jueces tengan que ser insensibles, significa que cuando una persona es traída frente a un juez acusada de un delito, la primera pregunta del juez, no es la de si es hijo de padres divorciados, la primera pregunta del juez tiene que ver con la materialidad del hecho, con la capacidad de ser responsable.

“En términos históricos, puede decirse que los derechos de los menores comienzan a ser reconocidos cuando la infancia como categoría adquiere importancia; no es sino hasta bien entrado el siglo XVII en que surge el concepto de infancia, tal como se entiende hoy en día. Antes de eso la infancia no existía, de forma que las personas pasaban de una etapa de estricta dependencia física, al mundo de los adultos”.⁵

1.2. La temporalidad del atributo.

El atributo que hace que el grupo sea especialmente vulnerable o que tenga derechos específicos, siempre es temporal. Inevitablemente a los dieciocho años

⁵ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio: “*Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*”. Fontamara, México, 1999, pág. 38.

en México, y de acuerdo con la Convención, habremos dejado de pertenecer a ese grupo; esto no ocurre ni con las mujeres, ni con las minorías raciales o étnicas, ni con ningún otro grupo que haya tenido derechos específicos, pero en el caso de los niños, el remedio no es crecer, porque pensar así es como si fuera una condición que tuviera que ser superada y esto también responde a una percepción limitada de lo que significa ser niño.

“El menor, por si mismo, es un incapaz desde el punto de vista jurídico, que normalmente y con solo el transcurso del tiempo, devendrá capaz, al desarrollarse y madurar como ser humano...”⁶

“No podemos olvidar que existe una ley de la precocidad, que indica que todos los niños y los adolescentes tratan de ser mayores de lo que en realidad son...”⁷

1.3. El debate entre la teoría de la voluntad y la teoría del interés relacionadas con el menor

La teoría de la voluntad sostiene que los derechos son capacidades normativas que otorgan al titular la facultad para exigir el cumplimiento de un deber o renunciar a él ¿qué quiere decir esto? Que desde la teoría de la voluntad los teóricos voluntaristas, un derecho significa que yo tengo una capacidad que puedo exigir o renunciar al cumplimiento, muy claro, si tengo yo un derecho subjetivo, un derecho de crédito frente a una persona que me debe una cantidad de dinero, mi derecho supone que yo puedo ir, solicitar la intervención del aparato coactivo del Estado, para exigirle el cumplimiento del deber, o puedo decidir ya no cobrárselos, renunciar al cumplimiento. Igual mi libertad de expresión, el ser titular de ese derecho supone que yo puedo exigir que no se me censure, que no se me limite la libertad de expresión, o puedo decidir nunca en mi vida ejercer ese

⁶ SOLÍS QUIROGA, Héctor. “*Justicia de Menores*”. Porrúa, México, 1986, pág. 1.

⁷ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. “*Criminalidad de menores*”. Porrúa, México, pág. 220

derecho. Para la teoría de la voluntad, ésta es la característica esencial de lo que significa tener un derecho subjetivo.

La teoría del interés es una postura distinta respecto a lo que significa tener un derecho subjetivo, que sostiene que los derechos son intereses individuales jurídicamente protegidos, que no importa el poder, la capacidad para exigir el cumplimiento o renunciar a él, sino que basta que exista un interés, y que este interés pueda ser identificable para que surja un derecho subjetivo, en el caso de los niños, los derechos no pueden entenderse como capacidades a las que se tiene facultad para renunciar; un niño no tiene capacidad para renunciar si quiere ir o no a la escuela, para decidir si quiere o no alimentarse, si quiere o no ser cuidado.

Como se advierte, la teoría de la voluntad es incapaz de explicar los derechos de los niños, por lo que se desecha, dado que la voluntad de los niños no se ve involucrada en el ejercicio de los derechos, es decir, el niño no opina sobre el ejercicio de sus derechos, mientras que la teoría del interés, sí es capaz de explicar los derechos de los niños como intereses. Entonces, el niño no puede renunciar a ir a la escuela, pero si podemos decir que es un interés del niño el ir a la escuela. El niño no puede renunciar a nutrirse, y no puede decir ahora decido alimentarme nada más de papas fritas, pero si podemos decir que hay un interés del niño a tener una alimentación y una nutrición adecuada, y por tanto, esto puede dar origen a un derecho.

“En este sentido, y en términos más generales, la cuestión del menor permite medir la efectiva consistencia de la teoría de la voluntad y de la teoría del interés (en todas sus variantes y formulaciones intermedias) como teorías sobre “las razones de los derechos”, esto es, como teorías que, si bien aspiran a iluminar aspectos estructurales (conceptuales o lógicos en sentido amplio) del vocabulario

de los derechos, se refieren sobre todo a la justificación, el sentido o la razón de ser de la atribución de los propios derechos”⁸

1.4. Concepto de niño.

Ahora si podemos preguntar ¿qué es un niño?, un niño es pues por definición todo ser humano menor de dieciocho años de edad, eso dice la Convención y así se ha establecido también en la Constitución; sin embargo, esto es una decisión convencional, pero muchas veces asumimos que el concepto de infancia, el concepto de niñez es un concepto perfectamente delimitado, que ha sido una constante a lo largo de la historia, y esto no es necesariamente cierto.

Uno de los orígenes de la distinción entre la mayoría de edad y la minoría de edad, se dio en la Edad Media, y si la misma se situó a los veintiún años, ello obedeció a que a esa edad el desarrollo físico de los varones, había llegado a tal grado que había ya la capacidad física para sostener la armadura y la espada al mismo tiempo y, por lo tanto, se estaba en aptitud de acudir a la guerra en calidad de soldado. Esto no quiere decir que no podamos establecer un criterio convencional y que además de justicia para adolescentes, los jueces van a tener que estar determinando en cada persona cuándo ya llegó a la mayoría de edad, para ver si ya puede votar y ejercer todos sus derechos; pero sí tener en consideración que el concepto de niño que tenemos es un concepto construido históricamente.

La Convención a la que tanto se alude no incluye el término “menor”, por tratarse de una palabra que se relaciona a quien es mayor; y entonces, se entiende que menor es menos, mayor es más; la Convención busca dar al niño, identificar al niño como un ser humano con características y atributos propios, y no en relación a lo que no tiene; al niño se le definía como incapaz, inmaduro, menor,

⁸[www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/los derechos del niño-y-las teorías de los derechos-introducción a un debate.isabelfanlocortes](http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/los_derechos_del_niño-y-las_teorías_de_los_derechos-introducción_a_un_debate.isabelfanlocortes).

en base a todo lo que el adulto si tenía y el niño no tenía, entonces la psicología del desarrollo viene a romper con todo esto y nos dice que un niño lo es no porque le falten una serie de cosas, no, el niño tiene estructuras de pensamiento propias que lo hacen ser diferente al adulto, no es una cuestión de ir sumando años y conocimiento, es cambiar estructuras, y la lógica del niño es distinta de la del adulto –se insiste- no porque le falten conocimientos, sino porque sus esquemas de pensamiento son distintos.

El cambio de paradigma supuso entonces, empezar a definir al niño en base a lo que es y no en base a lo que no es; la primera gran dificultad para rastrear históricamente cómo se fue construyendo la percepción social sobre el niño, es que el concepto del niño está vinculado a la filiación. A todos nos enseñan en el Derecho Romano que la autoridad máxima era el paterfamilia, pero no era sólo autoridad sobre los menores de edad, era autoridad sobre todo el que estuviera bajo su régimen: las mujeres e incluso los hijos mayores de edad. Entonces, hay una dificultad aquí para saber si el sometimiento o el tratamiento obedecían a la condición de niño o a la condición de hijo y por ende, nuevamente nos encontramos con que la situación del niño está muy involucrada con la filiación.

Y ésta es la lógica que intenta seguir todo este cambio de paradigma de la Convención sobre los Derechos del Niño; la superación del esquema minorista de considerar al niño como sujeto, como objeto de protección sin ninguna capacidad para decir algo, como si fuera un ser total y absolutamente vulnerable; sabemos que no es así, que el niño tiene capacidades que va ejerciendo y que va desarrollando a lo largo de su crecimiento y que esto debe ser respetado por el sistema de derechos; esto significa específicamente tener derechos, y superar esta concepción minorista de considerar al niño en base a lo que no tiene y darle una identidad propia.

Ahora, desde el paradigma de la Convención, desde esta nueva concepción de los derechos del niño, el niño tiene una palabra que decir, no es que vaya a decidir, porque en lo absoluto es lo que pretende la Convención ni las leyes derivadas de ella, simplemente que el niño pueda expresar su opinión, de acuerdo a las capacidades que va desarrollando, y que, quizá en un juicio de divorcio, un adolescente de catorce años de edad, puede tener una opinión sobre con quién quiere irse, con cuál de los padres quiere vivir, y a esta misma lógica, responde el sistema de justicia para adolescentes derivado de la Convención, a esta misma lógica de que el niño va desarrollando las capacidades, no es que a los dieciocho años de repente uno se despierte y tenga ya la competencia y la capacidad total para tomar las decisiones, esto se va dando a lo largo del desarrollo, y aunque la ley tiene que ser general y no puede evidentemente contemplar las especificidades, la ley tiene que reconocer que no es lo mismo un niño de cinco años, a un preadolescente de doce, o un adolescente de dieciséis que tienen capacidades muy diferentes y que la ley debe reconocer cómo se va desarrollando esta capacidad para decidir, y por supuesto también entra el Estado como un nuevo agente que protege los derechos de los niños aun en contra de los mismos padres.

“Los niños no serán considerados ni menores ni incapaces ni carentes, sino como personas totales, seres humanos completos y respetados, poseedores de un conjunto de recursos y potencialidades y titulares de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; algunos de los elementos que integran el cambio de paradigma y que se consideran principios estructurantes de la Convención de los Derechos del Niño.”⁹

1.5 Necesidades básicas de los niños.

⁹www.minyersky_N_el_nino_como_sujeto_de_derecho

Las distintas disciplinas encargadas del estudio de la infancia y adolescencia, nos dan los criterios para dotar de contenido a la especificidad de los derechos. Cada una de las etapas del desarrollo tiene ciertas características y necesidades básicas, que se manifiestan de una forma diferente en cada una de las etapas del desarrollo.

En la adolescencia tenemos básicamente en primer lugar, y esto es muy obvio, cambios físicos acelerados. El mayor crecimiento, el mayor desarrollo físico que puede tener un ser humano se da durante los primeros meses de la vida, en donde el ser humano empieza a tener una gran cantidad de cambios y nosotros podemos observar que en los bebés de meses el crecimiento es muy rápido, de un día para otro, y de una semana para otra cambian mucho, pero en la adolescencia se producen también, particularmente, cambios físicos acelerados y en este sentido hay una necesidad específica respecto a la alimentación y al deporte. Durante toda la infancia el derecho a la alimentación o la necesidad de alimentación es muy importante, porque puede tener serias consecuencias posteriormente, cosa que no sucede en la vida adulta. Quizá un adulto puede permanecer cierto tiempo sin ingerir alimentos y esto no le causa un daño permanente. En el caso de los niños y de los adolescentes sí se causa un daño permanente y muy grave en el caso de que haya una inadecuada alimentación y en el caso de los adolescentes el deporte se convierte también en una actividad muy importante que de cierta manera viene a substituir al juego, que es una necesidad fundamental durante los primeros años de vida. Esto es muy importante a considerar en el diseño del nuevo sistema de justicia, porque debe atender a estas necesidades específicas, desde los procedimientos hasta la imposición de medidas, sobre todo cuando se va a recurrir a la privación de libertad.

También es muy importante porque durante esta etapa, el adolescente adquiere de forma relevante los hábitos relacionados con la salud y esto también es necesario tenerlo en consideración, sobre todo si vamos a tener al adolescente sujeto a una medida de orientación o de tratamiento, porque se requiere hacer

especial énfasis: los adolescentes requieren guía y acompañamiento en la adquisición de estos hábitos.

Por otro lado, también es clarísimo que se da la maduración sexual que está muy vinculada a los cambios físicos acelerados. Entonces, los adolescentes requieren de información, de conocimiento de lo que está sucediendo con respecto a su propia persona, en la maduración sexual porque además empezarán a surgir también ciertas inquietudes con respecto a estos temas.

Es un periodo también de intensos cambios fisiológicos que se relacionan en muy buena medida con la identidad, porque repercuten directamente en la identidad del adolescente. El hecho de tener cambios físicos tan acelerados e ir cambiando de manera permanente y en poco tiempo repercute en la identidad, porque uno de los logros que debe tener la adolescencia, precisamente es lograr superar la adolescencia, por decirlo de alguna manera, o pasar por la etapa adolescente y llegar a la edad adulta con una identidad ya construida, una identidad firme que lo lleve a saber que es un individuo único.

¿Por qué es importante también esta cuestión de la identidad y qué tiene que ver también con las características del adolescente y lo que ciertamente representa la percepción social? Porque uno de los logros o de los retos que tiene el adolescente es construir su identidad a partir de la diferenciación con los adultos, con las generaciones que están arriba de él: los padres, los maestros, los abuelos, los tíos; y esto lo logra hacer distinguiéndose de estas generaciones antiguas e identificándose con los iguales, que es la siguiente necesidad, para entender que es una persona distinta que forma parte de una nueva generación.

Entonces, los adolescentes —todos hemos pasado por esto- se reúnen con los amigos. Los amigos desplazan a la familia, entonces se reúnen en las calles, se visten de una manera que nos desagrada a los adultos, oyen música a todo volumen, están fumando o realizando diversas actividades para buscar ese

espacio de identidad propio. Pero es necesario entender que la lógica es que ellos están construyendo su identidad, que éste es un espacio que necesitan, y que esto no significa ni tiene nada que ver con la comisión de una conducta ilícita. Eso tampoco excluye que si se dan las circunstancias, puedan cometer una conducta delictiva, pero esta actitud de la adolescencia no es en si misma delictiva; y muchas veces se llega a confundir porque el adolescente si es trasgresor y tiene que serlo en contra de los adultos, porque está construyendo su propia identidad.

El vínculo afectivo con los iguales es muy importante; es decir, con los amigos que son de la edad; y esto también a la hora de aplicar alguna medida, debe tomarse en consideración porque no podemos aislar al adolescente, ya que tiene como reto la construcción de esta identidad.

Por otra parte, el adolescente tiene como reto personal, como percepción, una necesidad de dar respuesta a las expectativas sociales ¿Qué quiere decir esto? Es lo que la sociedad, su comunidad, su grupo, espera que él de respuestas lo que supone una gran presión y dependiendo de la comunidad serán las expectativas sociales que se tengan. Si el adolescente está en un grupo social que ha tenido acceso a preparación académica, lo lógico es que las expectativas sociales sean que termine la preparatoria, que entre a la universidad, que haga una carrera, que después consiga un trabajo, que se case, etcétera; pero en muchas comunidades rurales esto no es así, sino que simplemente las expectativas sociales son que a una determinada edad, diecisiete, dieciocho años, se incorpore a las labores agrícolas y posteriormente se case, a mucho más temprana edad tenga hijos.

1.6 Psicología y Psicopatología del Adolescente.

Crecimiento Biológico. El crecimiento biológico es un fenómeno en el cual los seres vivos incrementan simultáneamente su masa, maduran su morfología y adquieren progresivamente su capacidad funcional, o sea, nosotros desde el preciso momento de la concepción llevamos un mensaje genético que contiene

entre otros potencialidades, nosotros tenemos la posibilidad desde ese preciso momento de poder desarrollar un lenguaje, de aprender matemáticas, de correr, de aprender a tocar un instrumento musical, de saber leer, en fin, de una gran cantidad de habilidades potencialmente.

Coexisten un ritmo de crecimiento elevado y fenómenos madurativos importantes desde la consecución de la talla adulta hasta el logro de la capacidad reproductiva, o sea, hay toda una serie de procesos que ahí vienen, nosotros vemos por ejemplo a un niño pequeño, el niño pequeño tiene conductas todavía muy torpes, ¿por qué?, pues porque todavía su sistema muscular, su sistema esquelético, su coordinación viso motriz, su coordinación muscular también, todavía no le permiten hacer muchas cosas, entonces vemos cómo se va desarrollando.

Por eso el desarrollo humano es explosivo, una criatura de dos años, ya tiene una cantidad de comportamientos, pues que nada que ver con un chiquillo de un año, pero si comparamos esa misma criatura a los cinco años, vamos a entender lo explosivo de nuestro desarrollo, del crecimiento de las potenciales que tenemos desde un ángulo biológico. En nuestro país hay hambre, en nuestro país hay lugares paupérrimos, de una pobreza extrema, de situaciones en donde las necesidades básicas de un individuo no se cubren, no se cubren por bastante distancia, vamos a decir y eso va determinando también deficiencias, deficiencias que tienen que ver finalmente, o que habrán que tener que ver finalmente con el delito, o sea desde luego, eso no quiere decir que todas las personas que viven bajo estas circunstancias cometen delitos, pero sí hay delitos que tienen que ver con estas circunstancias.

Un individuo sano, no solamente es sano porque sus padres lo quieran mucho, o lo protejan, o lo lleven a la escuela, también va a ser sano desde el mismísimo momento en cómo lo nutren, el cómo come, de qué cosas come, de si satisface sus requerimientos alimenticios, de si vive en condiciones salubres, de si lo bañan diariamente, de si tiene una revisión periódica con el médico, de si le

proporcionan las vacunas que debe de tener, todo esto tiene que ver con crecimiento biológico y el crecimiento biológico es como el vehículo en donde se va, de alguna manera, a incluir lo que es el desarrollo psicológico y después todo lo que es el proceso de socialización; entonces todo esto está íntimamente ligado.

Es la actitud hacia su propio cuerpo, sus rasgos faciales, etcétera y finalmente la inseguridad en sus relaciones interpersonales. De alguna una manera se ha vendido el ideal o el idóneo y esto viene a ser para él adolescente una contradicción y sobre todo se materializa en una frustración concreta, porque no logra desarrollar el modelo que los medios, que la mercadotecnia de alguna manera le ha impuesto.

El desarrollo psicológico tiene que ver con el desdoblamiento del comportamiento. A medida que nuestras estructuras y nuestras funciones finalmente van apareciendo, van dando oportunidad a que aparezca la conducta.

Nosotros tenemos una capacidad inaudita, una capacidad psicológica inaudita que está basada fundamentalmente en la facultad de aprender, la capacidad de aprender. El ser humano tiene una inagotable capacidad, hasta instantes antes de nuestra propia muerte podemos aprender, y podemos decir sin temor a equivocarnos que aprendemos lo que decidimos aprender. El ser humano acaba por no aprender lo que no quiere, o sea, si nosotros recordásemos un poco experiencias anteriores de nuestra vida, nos daríamos cuenta que hay muchas cosas que simplemente decidimos no aprenderlas; pero realmente aprendemos lo que decidimos, y esto es decisivo tanto para nosotros en nuestra vida personal.

El adolescente actual es un adolescente más solo, más aislado. Sí, muy sobre estimulado de muchas cosas. Si el muchacho desde que amanece tiene multitud de medios que le impactan y tiene una constante estimulación; pero ¿y en el aspecto afectivo es así? O sea ¿cuenta con sus padres realmente? Cuando va a la escuela, la relación con sus maestros de qué calidad es, ¿hay un verdadero interés del maestro por él? ¿Tiene a quién recurrir o se acerca a muchachos que

están tan perdidos como él? Porque eso también tiene que ver con los resultados; no es lo mismo tener un buen ambiente que tener un mal ambiente.

Una de las condiciones de un sano desarrollo es no solamente el ir aprendiendo y desdoblado nuestro comportamiento a través de esos aprendizajes, sino también estar ubicados dentro de la realidad y ser conscientes de nuestra propia capacidad para podernos realizar como personas. Esto lo va logrando el adolescente, pero lo va logrando paulatinamente. ¿Por qué? Porque la personalidad no es algo que se forme de un día para otro, requiere de tiempo, por eso se habla de etapas de desarrollo.

Bien, en el adolescente infractor se encuentra con frecuencia un desarrollo psicológico anómalo; ha aprendido comportamiento distorsionados; carece de una adecuada formación ética; manifiesta necesidades afectivas insatisfechas; ha sido víctima de maltrato familiar; presenta abandono o fracaso escolar y probablemente algún tipo de adicciones.

“Desde el punto de vista material de la Sociología, serán menores infractores todos los que cometan hechos violatorios de reglamentos o de leyes penales, independientemente de que sean o no registrados por las autoridades, o de que los hechos sean ocasionales o habituales.”¹⁰

La maduración psicosocial es la condición que guarda una persona en dos aspectos estrechamente vinculados, primero por la salud y el equilibrio psicológico alcanzado. Y segundo, el nivel de ajuste con su medio social, y la calidad de interrelación en ese sentido, o sea, el ajuste quiere decir que nos sabemos mover dentro de la sociedad, que somos capaces de desarrollar nuevas conductas, nuevos comportamientos, ser productivos, contribuir al bienestar de otros, a pesar de que la sociedad tenga deficiencias, pues somos capaces de ajustarnos a eso; el ajuste es, de alguna manera un acomodo, dentro de una circunstancia dada, la

¹⁰ Idem.pag.9, pag.77

sociedad no nos hace el espacio, nosotros tenemos que irlo de alguna manera calculando y haciendo y hasta lograrlo. Entonces ya tenemos empleo, o hemos desarrollado una familia, en fin, vamos desarrollando toda una forma de vida, una serie de características.

“...Sin embargo, puede verse interferido ese desarrollo, por causas somáticas, psíquicas o sociales que, cuando interviene alguna de ellas, produce efectos en todos los sectores de la vida diaria y no sólo en el afectado por la anomalía.”¹¹

1. 7. El proceso de socialización.

Es el proceso mediante el cual el individuo adquiere conductas, vivencias y motivos valorados y estimulados por la familia y la cultura a la cual pertenece, es el proceso mediante el cual vamos incorporando todo este tipo de situaciones, verdad, costumbres, idiosincrasia, el tipo de valores en los que creemos, el tipo de cultura y los hábitos y las costumbres que vamos nosotros de alguna manera expresando; el proceso de socialización es decisivo, y ahí el papel del entorno es todo; si aparecemos en un entorno rico, importante, que tiene una gran cantidad de elementos, pues evidentemente que nuestra socialización será mucho más sólida, será mucho más posible lograr muchas cosas, precisamente porque ese entorno nos lo proporciona; un entorno empobrecido, o un entorno criminógeno, pues va a dar lo que tiene; un muchacho que proviene de un medio criminógeno tiene que luchar contra él para convertirse en una persona socialmente aceptable, que exprese una conducta socializada, productiva, útil, tiene que luchar contra todo su origen; en cambio un individuo que ha tenido un origen adecuado, que vive en una familia sana, con un medio estimulante, pues tiene otras condiciones, le será mucho más fácil desarrollar una conducta productiva, útil y bien socializada.

¹¹ Ibidem.pag.9.pag 1

El universo social en donde nos movemos siempre es dinámico, las sociedades se mudan, cambian, pero nunca como ahora, nunca con la rapidez que ahora lo hace. Una de las cosas que aquí hay que considerar y hay que tener muy en claro, es que los cambios sociales se dan y no regresan.

Hay tres elementos que determinan el grado de socialización de una persona:

- El apego a la adhesión, que se refiere al nexo afectivo formado entre el individuo y los padres o quienes los sustituyan; el apego viene a determinarse por la calidez, por la aceptación que vamos teniendo de las personas que se supone nos quieren, que son nuestros propios padres.
- El segundo, la predicción que es el alargamiento del horizonte de planeación, es la capacidad para evaluar futuras repercusiones de la acción desarrollada, esto quiere decir que nosotros nos damos cuenta que si nosotros actuamos de una manera va a ver un efecto, que puede ser positivo o negativo, que va a ver una repercusión, que va a ver una consecuencia; hay niños que no tuvieron esta serie de aprendizaje y que actúan como si estuvieran en la selva, como si estuvieran en estado de naturaleza, hacen lo que se les ocurre, y les ocurre todo; o sea, no hay una amplitud en el sentido de la responsabilidad.
- Y el tercer elemento es la conciencia, que es la facultad de percatarse de la realidad y de las repercusiones; o sea, en dónde estoy, cuál es mi realidad. Muchas veces vemos a personas adultas que incluso tienen una carrera profesional, y que no acaban por ubicarse, no se dan cuenta de que son el resultado de sus propias decisiones como decía Sartré.

Hay cuatro agencias de socialización fundamentales:

- La familia. Que es básicamente donde se aprende lo más básico de lo que nosotros somos, una buena parte de nuestra propia identidad como personas se deriva de los aprendizajes tenidos en nuestra propia familia.
- La escuela. En donde el individuo enfrenta nuevas normas, enfrenta nuevas exigencias, vive un mundo mucho más reglamentado, y empieza a extenderse la socialización.
- Los medios de comunicación. De los cien canales del cual disponen las diferentes empresas de televisión por Cable, en los que en la mayoría se ve una gran cantidad de crímenes; la mayoría de la información que manejamos no es una información muy útil y a veces es una información verdaderamente destructiva.
- Y un cuarto elemento es la sociedad en sí. Y si nosotros volteamos a la sociedad mexicana en la actualidad, nos encontramos muchas deficiencias todavía, muchos problemas, nos hacen falta lograr muchas otras cosas.

“Es indudable que la minoría de edad es la más vulnerable ante la desintegración familiar, el medio social hostil, la mala educación, influencia nociva de los medios de información, la pobreza, la ignorancia; no cabe duda, los menores infractores son víctimas de los adultos, con el resultado de la sociedad que hemos creado”¹²

1.8 Condiciones Psicosociales del Menor de edad y del Adulto y su situación legal.

El grado de maduración psicosocial es un aspecto central que se debe contemplar en el sistema de justicia para menores. ¿Por qué? Porque la nueva Ley es garantista, ya que propone que el adolescente conozca plenamente cuánto

¹² Revista del Posgrado de Derecho de la UNAM. Vol.3. Núm.5, pág. 3.2007

tiempo es el que va estar en internamiento; antes en el aspecto tutelar, en el sistema tutelar era precisamente una de las cosas o de las certidumbres que el muchacho no tenía, ahora sí se tiene, ésta es una de las grandes condiciones de cambio.

El adulto tiene una estructura de carácter formada, ya definida. El adolescente tiene una estructura de carácter en formación, o sea, no es lo mismo ya determinado y definido que en formación, que en proceso.

Generalmente el adulto hace lo que le conviene, no lo que se le da la gana pues en realidad se gobierna a sí mismo; en el adolescente hay generalmente una condición de total dependencia de actos, siempre depende de alguien, los niños de la calle, los muchachos que viven en la calle evidentemente a lo mejor son independientes en sus actos, pero no hay gobierno, no hay nadie quien que le esté educando, que le esté diciendo qué debe de hacer, qué no debe de hacer, entonces es mucho más dependiente de su propio entorno a pesar de todo, del grupo de gente con la que esté, de los adultos que en determinado momento lo usan, por eso el crimen organizado utiliza cada vez más a adolescentes; por ganarse unos pesos, cualquier muchacho lleva un paquete que ni le interesa qué tiene adentro de un lugar a otro.

Un adulto se supone que ha tenido recorrido, que conoce la vida, que conoce los riesgos, que sabe en dónde se mete, en dónde no debe meterse, pero el muchacho que es inexperto comete actos que son verdaderamente riesgosos que no siempre se percata del todo y finalmente la capacidad mayor de persuasión o manipulación, lo enfrenta a una capacidad menor de persuasión y manipulación.

Capítulo 2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA JUSTICIA PARA ADOLESCENTES.

2.1. Instrumentos jurídicos internacionales.

“La Organización de las Naciones Unidas , atenta siempre a declarar y defender los derechos del hombre, ha aprobado diversos documentos, como la Declaración de los Derechos Humanos; el Convenio Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el Convenio Internacional de Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales; Las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos, etc.”¹³

El primer instrumento jurídico internacional en materia de derechos del niño, lo constituye la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, que es proclamada por la Asamblea de Naciones después de la Primera Guerra Mundial e impulsada sobre todo por una mujer, Eglantine Jebb, que viaja por toda Europa y se da cuenta de las condiciones en las que estaban los niños que habían sido víctimas, sobre todo huérfanos de la guerra.

El segundo es la Declaración de los Derechos del Niño, que nuevamente surge con motivo de una guerra, en este caso la segunda, que es proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, y simplemente se dedica a enunciar determinados principios en los que señala algunos derechos para los niños; por ejemplo, el derecho de prioridad, según el cual en el caso de guerra deben ser los primeros en ser rescatados, el interés superior del niño y el derecho a cuidados especiales. Consta de doce principios básicamente proteccionistas, que señalan cuál debe ser esta protección a los niños.

Y tenemos al final, la Convención Sobre los Derechos del Niño que es de 1989 y que surge a iniciativa de Polonia en 1979, ya que para conmemorar el

¹³ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. “*Criminalidad de Menores*”.Porrúa, México, pág. 202

aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño, Polonia propone elevar esta declaración al rango de Convención, es decir, que no fuera simplemente un instrumento en donde se declararan ciertos derechos sino que fuera un instrumento jurídicamente vinculante. A raíz de esta propuesta de Polonia, se empieza a dar todo un movimiento para redactar un instrumento completamente nuevo; la redacción de este instrumento llevó diez años y el resultado fue la Convención sobre los Derechos del Niño, que va mucho más allá de la Declaración. La Convención es un instrumento con cincuenta y cuatro artículos; es jurídicamente vinculante; y que reconoce a los niños como titulares plenos de derechos.

Esta Convención fue un parte aguas en lo que se refiere a la materia de derechos de los niños, porque reconoce por primera vez a los niños como titulares de derechos y por ello, les otorga dignidad. Ningún autor va a negar que los niños deben ser protegidos, que hay que darles una protección especial, que hay ciertos deberes que los adultos tenemos, pero de ahí al reconocimiento de la titularidad de derechos, pues hay una gran deferencia. El reconocimiento de la persona como titular de derechos le otorga cierta dignidad, le hace el centro de los intereses y por ello es muy diferente a establecer simplemente ciertos principios como hacía la Declaración, que establecía obligaciones de proteger a los niños; aquí ya se hace todo un catálogo en donde los niños tienen derechos específicos y además cierto tipo de derechos que fueron muy avanzados para su época y que lo siguen siendo porque apenas estamos trabajando en la implementación de la Convención, a pesar de tener tantos años de haber sido firmada y ratificada.

2.2. Doctrina de la situación irregular.

La Convención marca el paso de la situación irregular a la protección integral. “Las características esenciales de la doctrina de la situación irregular, era

que los niños no son sujetos de plenos derechos, sino objeto de tutela por parte del Estado.”¹⁴

Los “menores” estaban excluidos de las instituciones encargadas del cuidado de la infancia, que sobre todo son, la familia y la escuela, que son los ámbitos en donde todos entendemos que los niños deben estar; entonces, los menores eran todos aquellos que de alguna u otra manera no estaban dentro de estas instituciones, y por lo tanto eran los niños que eran objeto de la acción del Estado; mientras que los niños que estaban protegidos por su familia o por la escuela y nunca llegaban a entrar en contacto con la justicia, ni aunque hubieran cometido alguna conducta delictiva. Esta mezcla parte de esta concepción del adolescente como un ser totalmente moldeable, de este ver el sistema de justicia, o el sistema que trataba las conductas tipificadas como delitos, como un sistema protector, en lugar de un sistema que establece ciertas consecuencias jurídicas para la comisión de actos delictivos. Por eso, era que teníamos un sistema tutelar, el mismo nombre lo indica, el sistema tutelar no era que impusiera el adolescente una consecuencia a su acto, o una medida como actualmente señala el lenguaje constitucional, sino lo tutelaba; es decir, como estaba en peligro, en riesgo social, lo asumía y lo tutelaba, y esto daba igual, como era un sistema tutelar y quién puede negar de la bondad de la tutela y de la protección; pues entonces, daba igual si había garantías judiciales o no, si se privaba o no a los menores adolescentes de la libertad, porque finalmente esto era algo benéfico para ellos.

En México, el entonces Departamento del Distrito Federal, tenía hogares para los menores en situación de abandono y dos de ellos eran el hogar “Margarita Maza de Juárez” y el “Villa Estrella”, el primero era para varones y el segundo para mujeres, todos, para menores en situación de abandono –ahora niños de la calle- y su estructura física estaba compuesta con rejas, galerones inmensos, barrotes dentro y ahí mismo recibían educación escolar y física. Eso era una institución para niños de la calle, niños en situación de abandono, había

¹⁴ www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/expltacion_sexual/Lectura3.NuevoParadigma.pdf.

una auténtica privación de la libertad; afortunadamente se cerraron, pero era una virtual prisión, porque tenía todas las características de un reclusorio –ya también estaban los Consejos Tutelares.

2.3. La protección integral y los instrumentos internacionales.

La doctrina de la protección integral es para todos los niños y niñas, es para el universo *infancia*, porque reconoce titularidad de derechos, sin importar su condición social, etnia, sexo, etcétera, y en este sentido la Convención significa ya la total adquisición de la identidad propia de la titularidad de derechos que no se da cuando en la Revolución Francesa se reconoce como titular de derechos al varón adulto propietario, y el niño con la Convención sale de esta esfera de inmunidad del padre, para adquirir una importancia y ser un personaje central y un personaje titular de derechos, que no está sometido a la autoridad familiar, y no está dentro de esta esfera de inmunidad que se entiende que tiene la familia.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, recoge el principio de protección integral, porque consta de un preámbulo, donde se expone cuáles fueron las motivaciones para firmar la Convención, cincuenta y cuatro artículos y protocolos facultativos, que muy en concreto son dos, que tienden a evitar la explotación y la pornografía infantil y otras peores formas de trabajo infantil. Es una Convención extensa que regula de manera específica muchos derechos, pero en primer lugar, está el derecho y el valor de la vida del niño, puesto que “su interés debe ser puesto en primer lugar y prevalecer ante cualquier otro criterio”¹⁵.

También responde al valor de la dignidad que se refleja en la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales. La tutela de la honra y la reputación, que se ve reflejado en el Sistema de Justicia para Adolescentes, mediante el derecho a la intimidad, entendido como la prohibición para dar publicidad a los juicios en los

¹⁵ www.cimacnoticias.com.mx/especiales/amndi/productos_redandi/6_manualninezperiodismo.pdf

que estén involucrados adolescentes; en la asistencia al niño, física o mentalmente impedido; en la educación encaminada al desarrollo de la personalidad, aptitudes y capacidades; se expresa también en la prohibición contra la explotación, la tortura y el tratamiento de la infancia en caso de infracción de las normas penales. Establece todo un sistema de libertades: de opinión, de información, de expresión, de pensamiento, de conciencia, religión, reunión pacífica y asociación. El valor de la igualdad y la no discriminación, tanto de la igualdad entre los mismos niños que no haya diferenciación ni discriminación entre niños, entre unos niños y otros, como también la igualdad y no discriminación respecto de todos los sujetos de derechos, adultos, niños, adolescentes. Se reconoce también el derecho a la salud, a un nivel de vida adecuado, a la educación, al esparcimiento y a la cultura. Tiene como valor fundamental también la seguridad, establece específicamente la protección contra retenciones y traslados ilícitos malos tratos, abandonos, trabajos nocivos e ilegales, explotación y tráfico de niños. Los valores de la justicia y la solidaridad, de la justicia también entendida como el sistema para adolescentes y la solidaridad, pues, tanto entre los mismos miembros de la sociedad, pero también la solidaridad internacional que se establece claramente en la Convención, que es uno de los principios rectores.

“La Convención ha tenido un impacto significativo en las legislaciones nacionales sobre menores, dando origen a las leyes de *segunda generación*, inspiradas por una protección integral de los menores”¹⁶.

2.4. El interés superior del niño.

Este principio aparece desde la Declaración de los Derechos del Niño, ya estaba antes, pero hay una gran discusión teórica, “uno de los conceptos novedosos, que se repite en varias partes de la Convención y que supone la clave interpretativa de la misma y de las disposiciones internas sobre menores, lo

¹⁶ *Op cit. pág. 9. pág. 29.*

constituye el denominado **interés superior del niño**".¹⁷ Si pensamos que el interés superior del niño es el contenido de los derechos, entonces para qué tenemos el resto de la Convención.

Es importante tener en consideración que es un término que puede ser muy manipulado y, por lo tanto, hay que tener mucho cuidado, porque muchas veces en aras del interés superior del niño tomamos decisiones y adoptamos criterios que no sabemos necesariamente si son en interés superior del niño, ¿quién nos va a determinar cuál es ese interés? Como si nosotros pudiéramos permitir que se interpretara la ley de acuerdo con el interés superior del adulto.

“Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico”¹⁸.

En el caso del niño, evidentemente tenemos esta incapacidad sobre todo tratándose de los niños muy pequeños y podríamos aventurar diciendo, que si, el interés superior es efectivamente aquello que responda a sus necesidades básicas y que armonice el cumplimiento de sus derechos, pero así darle una interpretación totalmente clara, no la tiene. Es como, el principio de igualdad, ¿igualdad con respecto a qué? Pero siempre, siempre se invoca el interés superior del niño y entraña un riesgo porque puede suponer decisiones autoritarias, entonces hay que tomarlo en consideración y adoptarlo siempre desde la óptica de la Convención, que la óptica de la misma, es la titularidad de derechos y cuando hablamos del interés superior del adolescente, yo creo que ahí si podemos preguntarles cuál es su interés superior. Esto no significa necesariamente que su

¹⁷ CARBONELL, Miguel, *Constitución y Menores de Edad*. Porrúa, pág. 15

¹⁸ www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf (Miguel Cillero Bruñol)

opinión vaya a ser vinculatoria o que le demos todo el peso, pero realmente creo que un adolescente de dieciséis años sí puede hablarnos de su propios intereses, y esto, los operadores del sistema de justicia para adolescentes lo van a tener que tomar en consideración y van a estar muy en contacto con ello.

La Convención aquí reconoce, por así decirlo, un cierto derecho, no es a tomar las decisiones de forma vinculatoria, pero si es a dar una opinión de acuerdo con las características de desarrollo que tiene cada uno de los adolescentes.

2.5. Las Reglas de Beijing.

“Estas Reglas contienen los principios básicos sobre los que debe funcionar una adecuada justicia de menores; su principal preocupación son las garantías procesales que debe gozar todo menor que es acusado e violar la ley penal.”¹⁹

Fueron adoptadas en 1985, por lo que son anteriores a la Convención, pero ya se había dado todo el proceso, se estaba dando todo el proceso de discusión sobre los derechos del niño, por eso decimos que fueron elaborados durante el proceso de discusión y redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño. Siguen utilizando los términos menor y delito, que después en las Directrices de Riad se sacan, ya no se utiliza el término menor, aunque las reglas mínimas, si utilizan el término menor. Hay cierta ambigüedad en el lenguaje jurídico internacional muy entendible por la complejidad que supone la redacción de un instrumento de esta naturaleza.

Hay un comentario al final de cada bloque de artículos. Tiene varias partes, una de principios generales, que establece cuáles deben ser los criterios para la interpretación del instrumento y en general para cualquier procedimiento al cual esté sometido un adolescente. Tiene otra parte de investigación y procesamiento,

¹⁹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Op.cit. pág. 203

que señala cuáles son los lineamientos para llevar a cabo las labores de investigación en el caso de la comisión de conductas tipificadas como delitos. Habla también de las características de la sentencia y la resolución. También tiene un apartado especial sobre tratamiento fuera de los establecimientos penitenciarios, que ya desde entonces se habla de la preferencia que se debe dar a cualquier medida que no sea privativa de libertad. Tiene una parte específica, la quinta parte, de las características que debe haber en los tratamientos en establecimientos penitenciarios. Y la sexta parte que es muy importante y muy novedosa de la investigación planificación, formulación y evaluación de políticas, esto porque una de las características de estos instrumentos internacionales, que es muy interesante, es que establece la obligación de los países de estar constantemente revisando las políticas públicas en materia de justicia para adolescentes, de ver si el sistema está funcionando si las medidas están siendo adecuadas y todo el tiempo habla de la investigación, cosa que en nuestro país existe una grave deficiencia en este sentido; no tenemos ni siquiera una investigación seria en materia de justicia para adolescentes, de criminalidad entre adolescentes, no tenemos un diagnóstico claro de cuál es esta situación. Nos podemos dar alguna idea por las noticias que salen, pero realmente una investigación sobre las causas que mueven a los adolescentes a delinquir, sobre los tipos de conductas que cometen, no la tenemos y de esto debiéramos partir para construir un sistema, es otra de las tareas pendientes que tenemos en materia de justicia para adolescentes, porque creo que nos puede dar una gran orientación, sobre todo en lo que se refiere a la prevención, que es una parte importantísima y además, es una obligación asumida internacionalmente.

Otra cosa muy interesante, es que dice que la justicia de menores debe ser considerada como parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y que debe darse en el marco de la justicia social para los menores. Es necesario entender que el Estado tiene la obligación de hacer políticas sociales que atiendan y que garanticen los derechos de los niños y adolescentes y por otra parte, sí debe contemplar la justicia para adolescentes, pero esto no puede

tomarse como un sustituto de la política social, no podemos efectivamente, considerar que la labor educativa la van a hacer los centros de internamiento, cuando falló la familia y la escuela; no es lo ideal. El Derecho penal es la última ratio y debe ser siempre el último recurso y debe entenderse que en este contexto, en el contexto del proceso de desarrollo nacional, está la creación de un sistema de justicia para adolescentes, pero en el marco entendido, que es mucho más amplio, la política social que debe dar atención a sus necesidades.

También establece este instrumento la necesidad de establecer una mayoría de edad penal. En México, antes había distintos criterios entre las Entidades Federativas y la Federación, ahora con la reforma quedó definitivamente estipulado en 18 años y vamos a ver posteriormente que la Corte, ya también se pronunció respecto de que ya no hay posibilidad de que la edad penal sea de menos de 18 años.

“Se trata de mantener el equilibrio entre las necesidades de los menores, sus derechos básicos y las necesidades de la sociedad”²⁰

2.6 Reglas de Naciones Unidas para los Menores Privados de Libertad.

Son adoptadas el 14 de diciembre de 1990, una vez que la Convención ya había sido aprobada y tienen como objetivo establecer las normas mínimas, para la protección de los menores privados de libertad. Hay cierta ambigüedad, porque sigue empleando el lenguaje minorista de “menores”, que ya después desaparece de la legislación y habla del respeto a los derechos humanos, ¿por qué puede hablar respecto de los derechos humanos? Porque tiene un referente clarísimo de cuáles son los derechos humanos, que corresponden a cada niña, niño y adolescente, que es la Convención sobre los Derechos del Niño. Entonces ya tenemos un marco de referencia muchísimo más claro, para desarrollar este

²⁰ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, Criminalidad de menores, op. Cit. Pág. 203

instrumento internacional y para especificar, cuáles son las condiciones en las que debe estar un adolescente privado de libertad.

El esquema de estas reglas son perspectivas fundamentales, que básicamente describen un poco el contexto en el cual se firma este instrumento y cuáles deben ser los criterios para interpretar este instrumento, el alcance de aplicación de las reglas, de qué forma deben interpretarse y lo que se establece es que simplemente constituyen unos mínimos.

“Las Reglas para la Protección de los Menores privados de libertad son el complemento de las Reglas de Beijing, ya que norman la situación de los menores detenidos o que ya están internados para tratamiento...”²¹”

Habla otro apartado de los menores detenidos o en prisión preventiva y la mayor parte del instrumento está dedicado a la administración de los centros de menores. Esto es, evidentemente, porque se trata de un instrumento que trata de los menores privados de libertad. Después vamos a ver que las directrices de Riad, que fueron formuladas también en el año 1990, hablan de otros derechos de los niños, hablan sobre todo de la prevención, pero se entiende que es para hablarnos y para determinar cuáles son las condiciones mínimas que deben de tener los menores privados de libertad.

Asimismo, “establece que la pena privativa de libertad impuesta a un menor debe ser el *último recurso*, por el periodo mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales.”²²

Lo anterior quiere decir que la decisión de un país de prever penas privativas de la libertad deberá ser cuidadosamente argumentada, tanto en su establecimiento como en su duración.

²¹Idem. Pág. 205

²² CARBONELL, Miguel, “*Constitución y Menores de Edad*”. México, Porrúa, pág. 23

Al igual que las reglas mínimas son de 1990, son post-convencionales y aquí si hay un cambio de lenguaje muy claro de menor a niño, joven y adolescente, las Directrices de Riad dejan de utilizar el lenguaje minorista, ya no se refieren a los niños y adolescentes como menores y se trata de un instrumento totalmente garantista que busca desarrollar la forma de proteger los derechos, de garantizar los derechos de los niños y adolescentes.

“Las *Directrices de Riad* son una guía para la planeación y ejecución de planes de prevención orientadas directamente al problema de menores infractores. En forma de articulado, al igual que un código, van analizando los principales componentes en los procesos de socialización: la familia, la escuela, la comunidad, los medios de comunicación, etc.²³”

Tiene una parte de principios fundamentales, señala también cuáles son los alcances, habla de la prevención general, porque es un instrumento sobre todo dedicado a establecer los mecanismos de prevención de los procesos de socialización y de la importancia de respetar los espacios y de garantizar que los procesos de socialización puedan darse de forma adecuada para que el adolescente no incurra en conductas tipificadas como delitos; habla de la legislación y administración de la justicia de menores como un pequeño apartado de este instrumento completo, que se dedica a la prevención y de la investigación y formulación de normas y coordinación.

Nuevamente hay una insistencia aquí en que es necesario realizar una labor constante de investigación y diagnóstico sobre las causas reales de la delincuencia, sobre qué es lo que mueve a los adolescentes a incurrir en este tipo de delitos y qué políticas están funcionando y cuáles no.

Habla de la prevención del delito en la sociedad, que esta prevención debe darse a través de la garantía de derechos. Señala que la mejor manera de

²³ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. “*Criminalidad de Menores*”. México Porrúa. pág. 205

prevenir el delito es garantizar el acceso a todos los satisfactores de niños y adolescentes, que cada niño y adolescente tenga acceso a la educación, a la salud a una familia, a un medio ambiente adecuado, por eso habla del desarrollo y cultivo de la personalidad del adolescente desde la primera infancia y que el Estado tiene una obligación de garantizar todas las condiciones que permitan que este desarrollo se dé de manera adecuada y esto como forma, como mecanismo para prevenir el delito en la sociedad.

Habla también del bienestar de los jóvenes. Si los jóvenes tienen acceso a los satisfactores, a espacios recreativos, a lugares para hacer deporte, a la educación o al trabajo, en el caso de que así lo decida, esto va a incidir directamente en la prevención del delito. Habla también de la investigación para evitar criminalizar y penalizar al niño innecesariamente, es decir, ver qué conductas realmente lesionan bienes jurídicos, para evitar criminalizar al niño innecesariamente; ver de qué manera se va produciendo este proceso de maduración, para evitar criminalizar cuando el niño es inocente.

Habla de la prevención, en lugar del control social, es decir, prevenir, garantizando los derechos, en lugar de buscar formas de control social vinculadas directamente con el derecho penal; de la necesidad de un diagnóstico del problema y de que haya políticas claras y adecuadas para atender a las necesidades de los adolescentes e insiste también en los procesos de socialización. Habla de cómo la familia, la educación, la comunidad, los medios de comunicación son agentes socializadores, a los que el Estado debe dar atención para que permitan, precisamente la socialización y la integración del adolescente.

Nos habla también de la política social. En este sentido, es necesario que el Estado adopte políticas sociales para atender a las necesidades de los adolescentes para generar mayores oportunidades, condiciones de igualdad y todos los satisfactores que los adolescentes requieren para desarrollarse.

Habla también de la legislación y administración de la justicia de menores, de una forma un poco más resumida, pero es interesante ver cómo hablando de la prevención del delito, simplemente la administración de la justicia de menores es un rubro más en la prevención, porque el fuerte, el peso de la prevención, desde la óptica de las Directrices de Riad, está dado en la garantía de derechos, no en la política criminal; en los mecanismos que va a implementar el Estado para atender a los menores o a los adolescentes que ya cometieron una conducta tipificada como delitos.

Éste es el contexto; estos cuatro instrumentos fundamentales de la protección integral, en los que debemos nosotros insertar o inscribir la reforma al artículo 18 constitucional y la creación del nuevo sistema de justicia para adolescentes. Es entender que la legalidad, la seguridad jurídica también es un principio que debe de regir, independientemente de la edad y que debe ser garantizado, en todos sentidos, a los niños y adolescentes. Que no podemos, en aras de la protección, vulnerar derechos que son importantes y que, además, tendrán una repercusión directa en la forma en que el adulto, que un día fue adolescente, percibe la legalidad; percibe que se respetan sus derechos y que los valores que establece la ley son valores buenos, que son valores necesarios para la convivencia en sociedad, pero es necesario hacer que el sistema de justicia para adolescentes constituya realmente una experiencia de legalidad en todos los sentidos, en que la ley brinda seguridad, contempla determinados supuestos, no hay arbitrariedad y si corresponde una coacción o una consecuencia, se va a aplicar pero siempre y cuando hayan sido plenamente probados los hechos a los cuales se atribuye la consecuencia jurídica.

CAPITULO 3.- ASPECTOS JURÍDICOS DEL DELITO EN LOS MENORES

3.1.- Elementos del delito y los menores

Hay casi un total acuerdo en considerar como delito toda conducta humana típicamente antijurídica y culpable.

La pregunta básica si la acción u omisión típica, antijurídica y culpable cometida por un menor de edad constituye un delito. Lo anterior nos lleva a revisar algunos conceptos básicos de Derecho Penal. “La manida frase de que los menores han quedado “fuera del Derecho Penal” resume una actitud belicosa contra cualquier suerte de planteamiento jurídico. El santo horror por los problemas dogmaticos que transpira la legislación de menores no impide, sin embargo, que esos problemas estén ahí y que luego el descuido en que se les ha tenido sea, a buen seguro la causa de las lagunas y contradicciones, vaguedades e incoherencias...²⁴”

Tiene razón el maestro español José María Rodríguez Devesa, la legislación referente a conductas delictuosas cometidas por menores de edad ha sido muy poco estudiada a nivel dogmático.

Lo anterior ha llevado no sólo a las contradicciones y vacíos explicativos mencionados, sino a una desprotección del menor, al no brindarle las garantías y la seguridad jurídica que se reservan para los adultos.

Analizaremos por separado los diferentes elementos del delito: conducta, tipicidad antijurídica, y culpabilidad así como las figuras de punibilidad y la imputabilidad.

²⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, José María: “La problemática jurídica de la delincuencia de menores”. En delincuencia juvenil. Universidad de Santiago Compostela , España, 1973 pág 190.

3.2.-La conducta

La conducta “es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito”²⁵; este comportamiento puede ser socialmente relevante o irrelevante.

La conducta humana existe independientemente de que la ley la contemple o no y puede ser antisocial aun cuando la ley no la considere de tal forma; asimismo el delito es ante todo una conducta humana, la cual es la única que tiene relevancia para el Derecho Penal. La ley valora las conductas, las reconoce y describe; la conducta que nos interesa aquí es aquella que tiene importancia jurídico-penal.

En el mundo factico, la conducta puede tener un resultado, un cambio material y externo. Entre la conducta y el resultado debe haber un nexo de causalidad, un ligamen; la conducta debe haber causado el evento.

Asimismo, la conducta puede ser un hacer algo o un dejar de hacer algo, (siempre estamos pensando en un comportamiento voluntario), no debe interpretarse la conducta únicamente como acción, puede tratarse también de una inactividad.

Los menores de edad indudablemente realizan conductas es decir comportamientos voluntarios de acción u omisión.

“El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente es posible sujeto activo de las infracciones penales, asimismo, es el único ser capaz de voluntariedad”²⁶.

²⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando: “Lineamientos Elementales de Derecho Penal” Parte General, Porrúa, México, pág. 149.

²⁶ Op cit. Pág. 149

Se considera que no hay conducta cuando el comportamiento no es voluntario, por incapacidad psíquica o por incapacidad física, como es el caso de la fuerza física irresistible.

Cuando se considera que no hay conducta, nuestro ordenamiento excluye la responsabilidad.

En los menores puede ocurrir, desde luego, la ausencia de conducta, lo que trae como consecuencia la irresponsabilidad.

3.3.-La tipicidad

Para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humano, la tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración.

La tipicidad es la adecuación de la conducta del sujeto con una conducta a un tipo legal, es decir, la correspondencia de la conducta del sujeto con una conducta descrita por la ley.

Dicho en otra forma, “la tipicidad o adecuación expresa la relación de coincidencia entre la acción real y la representación conceptual del comportamiento prohibido contenida en el tipo.”²⁷

El Doctor Castellanos Tena define a la tipicidad “como el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia con el descrito por el legislador.”

²⁷ RODRÍGUEZ MORULLO, Gonzalo, “Derecho Penal Parte General”, Manuales Civitas, España, 1977, pág. 289

De lo anterior podemos afirmar que la acción y el resultado quedan comprendidos en la tipicidad; asimismo, en toda conducta típica hay una probabilidad de antijuridicidad.

3.4.-El dolo y la culpa

El dolo presupone el conocimiento del tipo objetivo e implica la intención, la voluntad final de llegar al resultado típico; asimismo, consiste en la voluntad consiente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.

Cuando se actúa, consiente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico, existe dolo.

El dolo tiene un elemento ético y otro emocional, el elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El emocional consiste en la voluntad de realizar el acto, en la volición del hecho típico.

El dolo se clasifica en: directo, indirecto y eventual; el dolo directo es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere, asimismo, hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado; el dolo indirecto, es aquel que se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho; y el dolo eventual existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias, hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado, éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer.

La **culpa** se caracteriza por un actuar imprudente, irreflexivo, imperito, negligente, etc. No hay rebeldía en la ley, sino una simple desobediencia.

Existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas.

Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el primer elemento; es decir un actuar voluntario; en segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por la ley; tercero los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por último precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer.

Podemos afirmar que no solo es posible encontrar que los tipos dolosos son aplicables a los menores, sino también calificativos de premeditación, la alevosía, la ventaja y la traición.

Así hay casos en los que es indudable la reflexión del sujeto, tanto por los actos preparatorios, la planeación anterior, la estructuración de una coartada, el reclutamiento de cómplices, la adquisición de armas o de instrumentos del delito, los medios de comisión, etc.

La situación es más clara en los delitos sexuales como violación, en los delitos de grupo como el asalto a transeúnte, o no intentaba realizar un fraude, o que no se había representado las circunstancias del hecho típico y las consecuencias de su acción.

¿Encontramos también la culpa en los menores? La respuesta es afirmativa y debemos pensar en todos los menores que trabajan y que pueden causar un daño

grave por negligencia , o el menor que manejando imprudentemente lesiona a alguien, o el menor que sin pericia guía un automóvil y mata a una persona; ¿a caso no son delitos culposos?

3.5.-La antijuridicidad

“El delito es conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa además que sea típica, **antijurídica** y culpable”.²⁸

Es la oposición de la conducta material con la norma de derecho; es el contraste entre conducta y ley; es la estimación de que la conducta lesiona o pone en peligro bienes y valores jurídicamente tutelados.

La antijuridicidad significa “contradicción con el Derecho.²⁹”, o sea “la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto.³⁰”

La antijuridicidad existe siempre y cuando no exista causa de justificación, como la legítima defensa, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber, la obediencia a superior legítimo, etc.

No parece haber problema en aceptar que la conducta de una menor, además de típica puede ser antijurídica, es decir ser contra derecho.

Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo y se ajusta a lo previsto en la ley penal;

²⁸ Op. Cit. Pág. 38 pág. 178

²⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; “Tratado de Derecho Penal” Tomo I Bosch España 1981pág 315.

³⁰ WELZEL Hans; “Derecho Penal Alemán”. Editorial jurídica de Chile, Chile 1970 pág. 76.

asimismo, constituye un concepto unitario por lo cual, es el resultado de un juicio sustancial.

Para que un acto se considere antijurídico cuando formalmente implique transgresión a una norma establecida por el Estado y materialmente en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

3.6.-La culpabilidad

Una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además, culpable.

Se llama culpable toda aquella conducta que puede ser reprochada al sujeto; nosotros entendemos que se puede hablar de culpabilidad cuando el sujeto no ha actuado en la forma que jurídicamente se esperaba de él.

Fernando Díaz Palos, sostiene que la culpabilidad debe entenderse en dos sentidos, uno objetivo, por cuanto hace a la previa capacidad para esa referencia del acto al sujeto; y uno subjetivo, en la medida en que exige del autor previa capacidad para esa referencia o imputación, entendiendo así a la imputabilidad como el conjunto de condiciones psicosomáticas exigidas por la ley penal para que las acciones u omisiones penadas en la misma puedan ser atribuidas al que las ejecutó, como a su causa voluntaria.

La culpabilidad no es un juicio de reproche que se hace a un sujeto en concreto, para lo cual es necesario que éste haya tenido capacidad psíquica para haber valorado libremente su conducta y para conocer la antijuricidad de la misma.

Alfonso Reyes Echandia, nos dice que entre los requisitos indispensables para integrar el concepto de culpabilidad está la libertad de querer, entendida como posibilidad efectiva del parte del agente y en el momento de la comisión del hecho, de actuar diversamente a la previsión de la norma, y con tal libertad del querer

debe excluirse de los inimputables, imputabilidad no puede menos de ser un elemento de la culpabilidad.

“La culpabilidad o reprochabilidad se funda en la disposición interna contraria a la norma que revela el individuo, puesto que , pese a haberse podido conducir de modo adecuado a la norma y motivado en ella, no lo hizo. Cuanto mayor sea la posibilidad de motivarse conforme a lo prescrito por la norma, mayor sea la posibilidad que tiene de decidirse en forma adecuada a derecho, o sea, que tendrá un mayor ámbito de autonomía de decisión. Este ámbito de autonomía de decisión nos proporcionara el grado de reprochabilidad, pero hay un limite por debajo del cual la conducta típica y antijurídica realizada comienza con la exigibilidad de una conducta adecuada al derecho y aumenta en razón de ésta³¹”.

Al igual que en otros casos, la culpabilidad puede tener elementos negativos, es decir, pueden existir situaciones que la anulen o invaliden. Estas situaciones son, la falta de comprensión de la antijurídica, el error de prohibición, la no exigibilidad de otra conducta.

En cuanto a los menores de edad, puede existir el reproche, ya que puede existir completa capacidad psíquica para comprender la magnitud del injusto y para auto determinarse en forma plena.

La culpabilidad reviste dos formas: el dolo y la culpa, según el agente dirija su voluntad consiente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia.

3.7.-La imputabilidad

³¹ ZAFFARONI Eugenio Raúl, “Tratado de derecho penal” , Parte General Tomo IV EDIAR Argentina 1982 pág. 73

La imputabilidad ha sido calificada como el “fantasma errante” del derecho penal, asimismo ha sido considerado como un elemento de la culpabilidad, un presupuesto de la misma, así como del delito.

La imputabilidad “es el juicio que se forma de un hecho futuro, previsto como meramente posible, a tiempo que la imputación es el juicio de un hecho ocurrido; la primera es la contemplación de una idea, la segunda es el examen de un hecho concreto.”³²

La ley mexicana no define la imputabilidad, ni explica quienes son imputables o por qué; la ley italiana adoptó una definición que se ha hecho clásica ***É imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere*** (es imputable quien tiene la capacidad de entender y querer); El Castellanos Tena nos refiere a la imputabilidad como la “capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal”.

La imputabilidad encierra una doble acepción: “una objetiva, en cuanto refiere el acto al sujeto; una subjetiva en cuanto exige en el sujeto previa capacidad para esa referencia, o imputación. Esto nos impide considerar a la imputabilidad como un simple elemento de culpabilidad.”³³

“La capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad reconocida normativamente, de comprender la antijuricidad de su conducta.”³⁴

La imputabilidad no puede ser solamente una capacidad de entender y de querer, es decir, no puede limitarse a que el sujeto comprenda la ilicitud del acto realizado.

³² CARRARA, Francesco, “Programa del Curso de Derecho Criminal” Parte General Volumen I. Buenos Aires, Depalma, pág. 34

³³ DÍAZ PALOS, Fernando, “Teoría General de la Imputabilidad” Barcelona, Bosch, pág. 20

³⁴ VELA TREVIÑO Sergio, “Culpabilidad e inculpabilidad”. México, Trillas, pág. 18

“En el comportamiento del hombre intervienen tres esferas: la inteligencia, voluntad y afectividad, son tres fenómenos psicológicos que actúan en una gran interdependencia.”³⁵

La afectividad, es cuanto conjunto de estados afectivos, sentimientos, emociones y pasiones, ocupa un lugar de singular importancia en la estructura de la personalidad, y en un momento dado pueden prevalecer sobre las otras esferas; asimismo, nos lleva a establecer vínculos interpersonales o a romperlos, nos ayuda a relacionarnos con el medio y puede ser el estímulo que nos mueve o el obstáculo que nos frena.

En criminología es bien conocida la importancia de la esfera afectiva por esto el desconcierto al ver que la dogmática ha tomado en consideración solamente al intelecto y a la voluntad para organizar la teoría de la imputabilidad.

Por lo tanto, consideramos que la imputabilidad debe concebirse como un desarrollo biopsicosocial que da al sujeto la capacidad para conocer los hechos, entender la trascendencia normativa, adherir la voluntad y la afectividad a la norma.

Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad interviene el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo de autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente; asimismo, es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales

³⁵ Idem, pág. 325

del autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

3.8.-La imputabilidad de los menores

De acuerdo a lo dicho respecto a la imputabilidad, se puede considerar que los menores de edad pueden ser imputables o inimputables, según reúnan o no los requisitos de capacidad de comprensión del ilícito y la facultad de adecuar su conducta dicha comprensión.

Concluiremos este punto con las siguientes ideas de Zaffaroni: La inimputabilidad del menor es en realidad no una presunción, sino una ficción; ya que la presunción se establece con lo que generalmente acontece, y no sucede que un menor después de su cumpleaños, amanece con capacidad de culpabilidad.

Con base en la efectiva capacidad de entender y de querer, en virtud de ese mínimo de salud y desarrollo de la mente, no siempre será inimputable el menor de dieciocho años.

3.9.-La punibilidad

La punibilidad es considerada la amenaza de la privación o restricción de bienes para el caso de que se realice algo prohibido o se deje de hacer algo ordenado por la legislación penal, esta conminación debe estar consignada en la ley.

Asimismo consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta; un comportamiento, es punible cuando se hace acreedor a la pena; el cual acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.

En otros términos, es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de

ciertas normas jurídicas (ejercicio del jus puniendi); igualmente se entiende por punibilidad, en forma menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes , a posteriori, las penas conducentes.

Es importante incluir y describir que es la punición y la pena; la primera es la fijación al caso concreto de la amenaza descrita por la ley, es decir es la determinación e individualización de la punibilidad, esta función debe ser propia del poder judicial y la segunda, es la efectiva aplicación de la sanción enunciada por la ley y pronunciada por un juez.

Los inimputables no pueden ser sometidos, en nuestro derecho a punición, sino a diversas medidas.

Existen casos en los que el menor cometió un delito completo, pero la ley prescinde pena.

3.10.- La inimputabilidad

Es el aspecto negativo de la imputabilidad, la cual la podemos entender como las causas que anulan o neutralizan de forma transitoria o permanente las capacidades del sujeto activo del delito de querer realizar la conducta, así como el resultado que deviene de está y entender el carácter antijurídico que dicha conducta trae aparejada con su consumación, además del daño causado por está, ya sea un particular o la misma sociedad.

Como la imputabilidad es soporte básico y esencialismo de la culpabilidad, sin aquella no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva.

Las causas de inimputabilidad son pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

¿Cómo explican la inimputabilidad los doctos en la materia? El maestro Sergio García Ramírez, nos explica que sí la imputabilidad contara con una noción negativa, resultaría innecesario mencionar cuales son las causas de inimputabilidad, para él se desprenderían estas, de que toda causa de exclusión de la capacidad de entender el deber y conducirse autónomamente conforme a esa inteligencia, constituiría una excluyentes de imputabilidad; sin embargo, la legislación penal al no encontrar una noción positiva de la imputabilidad unánimemente aceptable, se inclinan en otro sentido, pues la ley puntualiza cuales son las eximentes de la imputabilidad que son aplicables dentro de nuestro derecho mexicano.³⁶

El jurista Vela Treviño, nos dice que la inimputabilidad existe: “cuando se realiza una conducta típica y antijurídica, pero el sujeto carece de la capacidad para autodeterminarse conforme al sentido o de la facultad de comprensión de la antijuridicidad de su conducta, sea porque la ley le niega esa facultad o porque al producirse el resultado típico era incapaz de autodeterminarse.

³⁶ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “*La imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano*”, UNAM, México, pág. 22-23.

Capítulo 4. CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES.

4.1. La construcción del Sistema de Justicia y Protección de los Derechos del Niño y Adolescente en México.

Uno de los instrumentos importantes que viene a dar fuerza a la reforma constitucional, es la Recomendación del Comité de los Derechos del Niño, que es de 2006, emitido en respuesta a uno de los informes que envió el gobierno mexicano y se trata de un instrumento jurídicamente vinculante y que tiene sus propios mecanismos para verificar su cumplimiento. Es el principal mecanismo que tiene la Convención y está integrado por expertos de diversos países. Se encarga de emitir recomendaciones en lo que se refiere al cumplimiento de la Convención. Al ratificar la Convención, los Estados parte asumen la obligación de enviar periódicamente un informe sobre la situación de los derechos de los niños en el país, y ante este informe el Comité emite ciertas recomendaciones.

El gobierno mexicano envía sus informes y siempre ocurre, tanto en México como en otros países, que acompañados al informe del gobierno mexicano se dan informes alternativos, generalmente redactados por organizaciones no gubernamentales encargadas de la atención a la infancia. También hay la

posibilidad de que haya visitas de relatores especiales para verificar cómo está la situación de los derechos de los niños en cada país.

En concreto, en México siempre envía informes alternativos que presentan otro punto de vista respecto de la situación de los derechos de los niños y adolescentes en México.

Las recomendaciones del Comité son documentos extensos, pero en brevedad oportuna diremos que en el punto setenta –de la citada Recomendación– se establece: “El Comité toma nota con aprecio de la enmienda de 2005 del artículo 18 de la Constitución, en que establece un Sistema de Justicia Juvenil unificado. Da la bienvenida particularmente al desarrollo de alternativas a la detención, al respeto a las reglas de procedimiento y a la especialización de cortes”.

En el punto 71 se dice: “El Comité insta al Estado-parte, a asegurarse de que, en el contexto de la reforma los estándares de justicia juvenil sean puestos en ejecución completamente”.

Esta sería la Recomendación del Comité, que se tome efectivamente en serio la reforma y absolutamente todo lo dispuesto para que haya un verdadero sistema de justicia para adolescentes en nuestro país; y que supone, precisamente, que se adopten todos los lineamientos. Lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño, según las palabras del mismo Comité, consiste en que todos los Estados den prioridad a que se ejecute esta reforma, no en término, porque pocos eran los Estados que realmente cumplieron con el plazo constitucional de tener ya en funcionamiento el 12 de septiembre de 2006 el sistema; son únicamente dos Estados los que faltan de expedir su ley y están en proceso. El Comité insta a que el debido proceso sea garantizado, incluyendo la audiencia de un juez antes de la privación de libertad, elevar la edad mínima de la responsabilidad penal a catorce años de edad. En este sentido es un crítica al

sistema que se hizo con la subdivisión entre doce y catorce años, porque tenemos que la reforma marca que hasta los doce no hay responsabilidad y no pueden ser sujetos de medidas, más que de rehabilitación y asistencia social; los niños adolescentes de doce a catorce, pueden ser sujetos de medidas, más no de privación de libertad; y de catorce a dieciocho, ya puede utilizarse como medida la privación de libertad; aquí el Comité sugiere que se eleve y haya un sólo rango de catorce a dieciocho.

Hay una resolución de la Corte a un amparo que definitivamente establece un criterio en el que ya no es posible que se juzgue a los menores de dieciocho años por tribunales que no sean especializados, que la privación de la libertad sea vista como último recurso y por el tiempo más corto posible, es decir, que se asegure que realmente esto sea de esta manera; estas fueron las observaciones del Comité y creo que el Estado mexicano las ha venido siguiendo.

Otras recomendaciones del Comité son: poner en ejecución programas socioeducativos para evitar la delincuencia juvenil; mejorar las condiciones de vida de los jóvenes privados de la libertad y continuar y fortalecer la capacitación sobre la Convención para quienes son responsables de la administración de la justicia juvenil. Así, en México se ha emprendido todo un proceso de cumplimiento de las recomendaciones del Comité, y después de tantos años de haber ratificado la Convención de los Derechos del Niño, finalmente se está poniendo en marcha la plena vigencia de los derechos, reconocer a niños, niñas y adolescentes como titulares plenos de los derechos que tenemos todos, pero también de los derechos específicos que les corresponden en su condición de seres humanos en desarrollo.

Otro instrumento importante para la construcción del sistema de justicia juvenil, es la Opinión Consultiva 17/2002, que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante una petición que le hizo la Comisión Interamericana específicamente sobre el tema (entre otros) de justicia juvenil.

En ese instrumento la Corte Interamericana se pronuncia sobre la interpretación de la Convención Americana de Derechos del Hombre y da los lineamientos para los países que son parte de la Convención y de cuáles son las obligaciones derivadas de este instrumento. Los países que son parte de la Convención como México, reconocen la competencia de la Corte Interamericana, pero se trata de una opinión consultiva, no de una resolución.

La Corte dijo en específico sobre justicia juvenil: “Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego”. Esto es claro en materia de justicia para adolescentes, aquí no dice un individuo adulto, un individuo joven, sino todo individuo cuya libertad esté en riesgo. Abunda un poco sobre el proceso, pues nos dice también que: “el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

Y dice: “Por lo que toca a la materia que ahora interesa, justicia para adolescentes, las reglas del debido proceso se hallan establecidas principal, pero no exclusivamente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia.”

La opinión consultiva de la Corte es clarísima en el sentido de que la justicia para adolescentes pertenezca a la autoridad judicial.

Además solicita se tomen medidas acerca de los siguientes temas:

- Doble instancia y recurso efectivo. Es decir, que siempre haya la posibilidad de recurrir la resolución del juez natural, del juez de la causa.
- Principio de presunción de inocencia. Que todo el mundo es inocente hasta que no se demuestre legalmente su culpabilidad.
- Principio de contradictorio. La intervención de las partes y de que el niño y el adolescente en todo momento estén representados por sus padres, sus tutores, por un representante legal, y tenga la posibilidad de ofrecer pruebas, de aportar y de desvirtuar las afirmaciones que se hagan en su contra.
- Principio de publicidad. Existe una doble vertiente: en primer lugar, el acceso a todos los documentos, los autos y las pruebas que hay en las actuaciones por parte del acusado o de ambas partes, pero el principio de publicidad que generalmente prevalece en los juicios de orden penal para adultos, tiene una excepción en el caso de los adolescentes, porque aquí se busca salvaguardar el derecho a la intimidad, y no dar a conocer la identidad del adolescente, por las consecuencias perjudiciales que esto pudiera tener para su desarrollo, o para su vida posterior; entonces, se entiende que este principio de publicidad opera al contrario, como una no divulgación de la identidad del adolescente.
- Justicia alternativa. Es decir, procurar que haya una solución de las controversias fuera de juicio, que pueda ser conciliación o mediación; que se recurra lo menos posible a los juicios.

4.2. El Sistema de Justicia para Adolescentes en México.

Tenemos como antecedentes: la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se dio en 1989, y México la ratificó en 1990; el paso de la

situación irregular a la protección integral, como un proceso que se dio a la par, en muchos otros países del mundo, y que también vivió México, aunque un poco más lento y que finalmente se concretó en reformas a la legislación mexicana. Como parte fundamental, una reforma a los artículos 4º y 18 constitucionales. El artículo 4º constitucional fue reformado en el año 2000 y tuvo como resultado la expedición de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ese artículo termina definitivamente con el lenguaje minorista, pues ya se refiere a derechos de niños, niñas y adolescentes, en toda esta nueva lógica de la protección integral, de dejar de referirnos a los niños como “menores”, y hablar ya de niños, niñas y adolescentes como titulares de todos los derechos contenidos en la Constitución mexicana, pero además de derechos específicos por razón de su edad, establecen su derecho a tener una familia, y a todos los derechos que genéricamente están enumerados en la Convención. Desafortunadamente la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, se transformó únicamente en una ley de carácter enunciativo, que prácticamente repite lo que dice la Convención aunque un poco más desarrollado, pero no establece mecanismos de restitución de derechos; es decir, si tú me dices que yo tengo derecho a la salud, tienes que darme un mecanismo específico para que yo haga efectivo el derecho a la salud o a la educación; entonces, no decimos que no representa ningún avance, porque efectivamente se reconoce a los niños en primer lugar como titulares de derechos y se desarrolla ampliamente qué significa cada uno de esos derechos, pero faltan mecanismos de restitución, y en ese sentido es necesario trabajar para crear mecanismos efectivos para garantizar esos derechos, esta es otra de las recomendaciones del Comité: la necesidad de establecer medios para que los derechos puedan hacerse una realidad.

Y el artículo 18 constitucional, cuya Ley Reglamentaria, es la Ley Federal de Justicia para Adolescentes y las leyes de cada entidad federativa, que la mayoría adoptaron este nombre.

Una de las grandes críticas que se podría hacer a la forma en que se ha dado este proceso en el país, es que la preocupación, la premura, la urgente necesidad, dada por los transitorios constitucionales de expedir las Leyes Reglamentarias, puso especial énfasis en el aspecto penal, cuando la justicia debe abarcar muchísimo más, debemos entender que justicia en la materia de adolescentes es el cumplimiento efectivo de todos los derechos de niños, niñas y por supuesto de adolescentes.

Entonces, tenemos que el marco de referencia lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño y los instrumentos de protección integral de referencia, la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño. Éstos son los insumos para la creación del Sistema de Justicia para Adolescentes en México.

Así, podemos decir que el marco legal de la legislación penitenciaria Internacional se constituye con:

a) Documentos promulgados por la ONU. Nuestro país siempre ha participado activamente en la Organización de las Naciones Unidas y ha suscrito todos los documentos que la Asamblea General ha promulgado en materia penitenciaria. Lo mismo ha sucedido con los documentos emanados de las reuniones quinquenales acerca de la prevención del delito y el tratamiento del delincuente que se han celebrado desde 1955. Además, ha incorporado dentro de su legislación, federal y local, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos.

b) Documentos promulgados por la OEA. En el marco continental, México ha suscrito y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, también denominada Pacto de San José, que incorpora, en líneas generales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos e Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por mandato constitucional, todos los tratados

internacionales suscritos por el Presidente de la República y ratificados por el Senado tienen el carácter de ley federal.

c) Adecuación de la legislación penitenciaria nacional a la internacional México ha realizado múltiples esfuerzos, tanto a nivel federal como estatal, para tener una legislación respetuosa de los derechos humanos y congruente con los documentos de las Naciones Unidas para el tratamiento de las personas privadas de su libertad. En general, puede afirmarse que la legislación ejecutiva penal está acorde con las normas internacionales vigentes.

En tanto que en la legislación penitenciaria mexicana México tiene una larga tradición penal sustantiva y adjetiva que parte del siglo pasado. En el ámbito ejecutivo penal, la legislación más relevante son las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, que fueron dictadas en 1971. Los diversos ordenamientos que abordan el tema son:

a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expedida por el Constituyente de 1917. En el catálogo de garantías destacan las relacionadas con el sistema penal y penitenciario, contenidas en los artículos 13 a 23. En ellos se sientan las bases para la obtención de la libertad caucional.

b) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal Los artículos relacionados con el tema son el 27, fracción XXVI, y el 28, fracción XI.

c) Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal Este ordenamiento ha sido objeto —desde su promulgación, el 12 de agosto de 1931— de múltiples reformas que lo han ajustado y actualizado a las doctrinas nacional e internacional. En él se regulan la sustitución de sanciones, así como los requisitos para la condena condicional y para la obtención de la libertad preparatoria.

d) Código Federal de Procedimientos Penales Este código, vigente desde el 30 de agosto de 1934, ha tenido reiteradas modificaciones, que han reducido su carácter inquisitorio original, con lo cual se ha intentado adecuarlo al sistema acusatorio que está previsto en la Constitución.

e) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Este ordenamiento legal está vigente desde el 29 de agosto de 1931; sin embargo, ha tenido modificaciones similares a las del código federal.

f) Ley de Normas Mínimas sobre la Readaptación Social de Sentenciados. Esta ley acoge, íntegramente, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos. Tiene vigencia a partir del 19 de mayo de 1971.

g) Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal. El texto de esta ley se basa, esencialmente, en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Tiene vigencia a partir del 22 de febrero de 1992.

h) Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura. Esta ley, vigente a partir del 27 de diciembre de 1991, fue la primera en establecer la nulidad de la confesión del detenido rendida ante autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o emitida sin la asistencia de un defensor o persona de confianza. Ello significó un avance importante en la lucha contra la tortura.

i) Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Este ordenamiento legal, publicado en el Diario Oficial el 29 de junio de 1992, crea para México la figura del ombudsman. En búsqueda de una defensa integral de los derechos de los presos establece, en materia penitenciaria, competencia concurrente entre la Comisión Nacional y las comisiones locales.

j) Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Publicada en el Diario Oficial el 22 de junio de 1993. En México hay una comisión de derechos humanos por cada entidad federativa, con lo que se integra el sistema de ombudsman más grande del mundo —32 comisiones locales y una nacional—. La del Distrito Federal, que tiene considerable presencia entre la población y en los medios de difusión, es la que ha obtenido mejor respuesta a sus peticiones por parte de las autoridades.

k) Reglamento Interno de la Secretaría de Gobernación. Está vigente desde el 13 de febrero de 1989. Regula, en sus artículos 2o., fracciones I a XX, y 20, fracciones I a XXVI, la materia penitenciaria.

l) Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social. En este reglamento, que fue expedido el 30 de agosto de 1991, se establecen los derechos y las obligaciones de los reclusos y de las autoridades.

m) Reglamento de la Colonia Penal Federal de Islas Marías. Ordenamiento legal expedido el 17 de septiembre de 1991. Contiene la normatividad de la única colonia penal del país.

n) Reglamento de Reclusorios y Centro de Readaptación Social del Distrito Federal. Este reglamento, expedido el 11 de enero de 1990, se aplica a los centros de reclusión de la capital de la República.

o) Reglamento del Patronato para la Reincorporación Social por el Empleo del Distrito Federal. Este ordenamiento legal crea un patronato destinado a ayudar a conseguir empleo a las personas que cumplieron sentencias privativas de la libertad.

p) Instructivo de Visita de los Centros Federales de Readaptación Social. Regula el régimen de visitas íntima y familiar a los reclusos.

q) Tratados y convenios de extradición e intercambio de reclusos con distintos países. En estos documentos se establecen los requisitos para que un presunto delincuente sea detenido y trasladado a otro país a México y viceversa, y para que los extranjeros sentenciados en México o los mexicanos sentenciados en el extranjero puedan cumplir sus condenas en los países de origen.

r) Ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal. Ordenamiento que regula la situación de los menores que incurren en conductas previstas en el Código Penal. A su vez, las demás entidades federativas tienen su propia ley de la materia. Todos los ordenamientos prevén que los menores sean confinados en lugares separados de los adultos.

s) Programa Nacional de Impartición y Procuración de Justicia 1995-2000. Documento en el que se sentaron las bases de la materia.

4.3. La reforma constitucional en México.

El artículo 18 constitucional ordena la creación de un nuevo sistema de justicia para los adolescentes en conflicto con la ley, que cumpla con los lineamientos establecidos por los instrumentos internacionales; esto es básicamente lo que está plasmado en el artículo 18 de manera muy desarrollada, casi reglamentaria, porque especificó muy bien cuáles eran estos lineamientos con los que se tenía que cumplir.

El párrafo cuarto del artículo 18 constitucional antes y después de las adiciones realizadas entre 2005 y 2006. Tal y como lo señala el dictamen elaborado en el Senado de la República para esta reforma, en la Constitución no era obligatoria la existencia de un sistema de justicia integral y específico para los adolescentes, lo cual originó, que “los sistemas de tratamiento para menores infractores que se aplican en la república mexicana, incurran en diversas irregularidades y violaciones de los derechos humanos de los sujetos a los que se dirigen.³⁷”

Asimismo, se establece que la federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores, del mismo modo, “los menores deberían entrar al sistema punitivo en forma progresiva, es decir no debe de pasarse de un sistema de impunidad absoluta a un sistema de punibilidad total de un solo golpe.³⁸”

Se publica la reforma el 12 de diciembre de 2005, se señala como fecha de entrada en vigor tres meses después de la publicación, lo cual sucedió en marzo de 2006 y otorgó seis meses de plazo para la adecuación en los Estados.

³⁷ Senado de la República, “Dictamen de las comisiones unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; y de Estudios Legislativos Segunda”.Gaceta parlamentaria, núm. 103, 31 de marzo de 2005.

³⁸ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis . “*Criminalidad de Menores*”, México, Porrúa, pág.343

Aquí ocurrió una cuestión interesante, porque realmente fue un poco abrupto para algunas de las Entidades Federativas, y dados los tiempos en los que tenía que entrar en vigor la reforma, en muchos Estados no había presupuesto para crear las instituciones, y entonces hubo algunas voces que se levantaron diciendo que el plazo del 12 de septiembre era únicamente para tenerla aprobada la Ley, y que las instituciones podían entrar en vigor después. Si nosotros vemos realmente los artículos transitorios, definitivamente esto no es así, el artículo transitorio señala que debe ya estar operando el sistema de justicia, debía de estar operando para el 12 de septiembre, pero pocos fueron los Estados que lo lograron y posteriormente se han ido creando los sistemas y ya hay muchos que están funcionando y se está dando la especialización.

En el caso de la Federación, el artículo transitorio fue omiso en señalar un plazo, decía simplemente para las Entidades Federativas, pero no para la Federación, de tal manera que no establecía plazo.

“En la reforma al artículo 18 constitucional es posible identificar una doble vertiente de resultados. Por un lado, los adolescentes tienen ahora una responsabilidad clara ante la ley y, por otra parte se hace obligatoria para toda la federación la creación de un sistema de protección de sus derechos”³⁹.

La exposición de motivos habla del paso de la situación irregular a la protección integral, la relación de los instrumentos internacionales que surgieron con la Convención sobre los Derechos del Niño y establece:

- La creación de un Sistema de responsabilidad juvenil o de adolescentes.
- Señala la importancia de las garantías procesales.
- Que las medidas que se impongan como consecuencia a la conducta antijurídica, tengan un carácter educativo.

³⁹ ARELLANO TREJO, Efrén. “*Sistema Integral de Justicia para Adolescentes*” pág. 8. www.segob.gob.mx

- Que en la Ley de Creación de Consejos Tutelares para Menores Infractores, que es de 1973, no se prevén garantías de naturaleza jurisdiccional a favor de los menores infractores, empezando porque no había ni siquiera un juez, una autoridad jurisdiccional que se encargara de la aplicación de la ley, era un Consejo que era nombrado por la Secretaría de Gobernación, y el Consejo de Tutela era quien decidía la suerte del adolescente que había cometido una conducta tipificada como delito. De tal suerte que no había ningún tipo de las garantías identificadas como garantías del debido proceso. Y de aquí deriva la exigencia de establecer un sistema de procuración y administración de justicia penal para adolescentes, de acuerdo con los tratados internacionales, y con los artículos 1º, 4º y 7º constitucionales.
- Establece que se requiere un sistema nacional de justicia penal para adolescentes, y así se reforma el párrafo cuarto, y hay una adición a los párrafos quinto y sexto constitucionales.

Entonces, ¿cuáles son las características de este mandato constitucional? ¿Qué es lo que ordena este mandato constitucional? En primer lugar un principio de legalidad, como decíamos establece que los sujetos de la justicia para adolescentes serán las personas comprendidas entre los doce y los dieciocho años; de los doce a los catorce pueden ser sujetos de medidas, pero no de privación de libertad y de catorce a dieciocho ya se aplica la totalidad del sistema y puede haber una medida privativa de libertad.

¿Qué sucede con los menores de doce años? Esta es otra asignatura pendiente. La reforma constitucional señala que serán sujetos de rehabilitación y asistencia social, pero nadie ha definido qué significa eso, en realidad no tenemos significados concretos, ni hemos delimitado qué va a suceder cuando un menor de doce años comete un delito, sobre todo un delito grave, ¿quién es el encargado de la rehabilitación? Se puede interpretar que el DIF, se puede interpretar que las

organizaciones no gubernamentales; es decir, hay una laguna que es necesario llenar y es necesario definir sobre todo porque nadie se está haciendo cargo de eso, es una de las grandes carencias. Cómo es tan exigente el mandato constitucional con el sistema de los doce a los dieciocho, pero parece que de los doce para abajo no pasa nada; entonces ese es uno de los grandes temas pendientes de discusiones, para definir qué significa rehabilitación y asistencia social y qué va a suceder con un chiquito de diez, once años, que puede cometer una conducta antijurídica.

El segundo punto, la segunda característica del mandato constitucional, son las garantías del debido proceso, que se introducen en el lenguaje constitucional eso de las garantías del debido proceso, que en México no tiene una gran tradición de saber cuáles son las garantías del debido proceso, porque se utiliza un lenguaje distinto en los textos constitucionales; pero tenemos como referencia, los criterios internacionales, la Opinión Consultiva de la Corte, la Convención Sobre los Derechos del Niño, el Pacto de Derechos Civiles, Económicos, Sociales y Culturales y que además es importante también que se empiece a aplicar en todo el sistema de justicia penal.

4.4. Principio de proporcionalidad.

En el sistema tutelar no existía este principio, sino que la consecuencia jurídica estaba dada de acuerdo con un diagnóstico bio-psico-social del niño o adolescente, del menor infractor, respondía a un criterio de peligrosidad, que desde el punto de vista del derecho penal en general, ya había sido superado hace mucho tiempo, pero en los niños permanecía como criterio para la aplicación de una medida. Respondiendo al concepto del niño como un ser vulnerable que debe ser protegido y totalmente moldeable, que no es adecuado a la realidad, los niños no son seres totalmente moldeables, que nacen con una personalidad propia que tienen decisiones propias, que van formando su autonomía y que está en una situación, de acuerdo con el diagnóstico bio-psico-social. Había

ambigüedad en el sistema tutelar, por una lado era tutelar respecto de los niños, pero también tutelar respecto de la sociedad, porque lo que había finalmente de forma encubierta, era una intención también de proteger a la sociedad de estos menores que podían resultar peligrosos por estar en riesgo social.

Esto termina con la reforma, pues a la conducta cometida debe corresponder una consecuencia proporcional a la gravedad y esto también supone la distinción y la separación que tampoco existía entre conductas tipificadas como delitos y conductas que son infracciones administrativas, tienen un tratamiento distinto porque su gravedad es completamente distinta y en el sistema tutelar no había una diferencia.

“El sistema de justicia de menores debe prevenirse también de la arbitrariedad y es necesario sobre todo exigir el cumplimiento del principio de proporcionalidad, de manera que la medida tutelar que se llegue a adoptar en el caso concreto, guarde relación con el grado de la conducta delictiva atribuida al menor, para que constituya un límite a la intervención del Estado.”⁴⁰

4.5. La especialización.

Implica que todas las autoridades que estén involucradas en el proceso en el cual se vaya a juzgar a un adolescente, estén especializadas: Ministerio Público especializado y policía especializada.

4.6. Desjudicialización.

Que se recurra a las medidas alternativas para no llegar a un juicio y a una sentencia, sino que se pueda resolver de una manera distinta a la controversia.

⁴⁰ ALDRETE ANAYA, María del Carmen, “Problemática de los menores infractores dentro de la jurisdicción penal a partir de la creación de jueces para menores infractores” pág. 176, México UNAM.

4.7. Diversificación de las medidas.

Esto, de las sanciones que van a corresponder. Hay una gran variedad para que el juez pueda tener distintas opciones que sean acordes con la conducta realizada y la privación de libertad como último recurso por el menor tiempo posible y sólo para mayores de 14 años, este es el criterio para la privación de libertad.

4.8. Las Entidades Federativas.

Las características de las leyes que han adoptado las leyes en las entidades federativas como parte de todo este proceso de construcción nacional del Sistema de Justicia para Adolescentes, tenemos que la mayoría de las leyes, tienen aspectos sustantivos, tienen una parte sustantiva que determina cuáles son los sujetos de aplicación y atribución de la conducta típica, a estos adolescentes de 12 a 14 y de 14 a 18.

Contiene una parte orgánica, en la cual se define a las autoridades, las instituciones y los órganos especializados.

Una parte procesal preponderante. Detallan muy bien cómo debe ser la primera audiencia, cuánto tiempo debe durar; es decir, todas las características que va a tener el proceso y en la parte de ejecución, hay un afán de reglamentación; es decir, también se establece cómo deberán ejecutarse las medidas.

“Aun cuando el texto del nuevo artículo 18 constitucional, no le llama claramente por su nombre, en los hechos establece las bases para que las

legislaturas locales y federales emitan leyes de responsabilidad para adolescentes.”⁴¹

4.9. La Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el amparo en revisión 935/2006, se establece: “Debe considerarse que a partir de la fecha de inicio de la vigencia de la reforma constitucional, doce de marzo de dos mil seis, en términos del artículo segundo transitorio de la propia reforma, -que señala su vigencia- “las autoridades que conforman el sistema penal aplicable a los mayores de dieciocho años dejaron de tener facultades para investigar, perseguir, sancionar y ejecutar sanciones derivadas de la comisión de conductas previstas como delitos imputables a personas menores a dieciocho años de edad, pues el texto constitucional prevé, a partir de la fecha referida, la competencia de las autoridades, instituciones y tribunales que formen o lleguen a formar el sistema integral de justicia para adolescentes”⁴².

La Corte va más allá que la propia interpretación, que muchos podríamos haber hecho en el sentido de que debía cumplirse el plazo que daba el mismo transitorio a las Entidades Federativas para crear el sistema de justicia para hacer las leyes, las instituciones y crear tribunales.

Va mucho más allá, y señala que la protección constitucional empieza a partir de la entrada en vigor de la reforma, y esto excluye que cualquier adolescente que haya cometido en esa fecha una conducta tipificada como delito y que haya sido cometida en un Estado que tenía la edad penal debajo de los dieciocho años, pueda ser juzgado por un tribunal para adultos, no un tribunal penal regular.

⁴¹ GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis. “Justicia penal para adolescentes en conflicto con la ley penal”, en *iter criminis*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, tercera época, núm. 3, México, enero-febrero 2006, pág. 107.

⁴² www.scjn.gob.mx

Es una sentencia profundamente garantista en el sentido de que da realmente supremacía a la Constitución y a las garantías que establece la Constitución. Esto pudiera generar también algunos problemas de los cuales la misma Corte se hace cargo, pero creo que nos da una idea muy clara de cómo debemos interpretar la protección constitucional que comienza a darse a partir de la entrada en vigor.

Nos da una idea de la jerarquía que tiene este nuevo sistema de justicia para adolescentes y cómo verdaderamente debe operar la especialización en el sentido de que deben de ser ya tribunales, instituciones y leyes especializadas en la justicia para adolescentes y es muy interesante lo que dice a continuación la Primera Sala: “No pasa inadvertido para esta Primera Sala que los efectos del presente fallo podrían generar un efecto social algo cuestionable, ya que muchas personas que fueron condenadas a una pena de prisión bajo la vigencia de códigos penales que contemplaban (o contemplan) una edad penal mínima inferior a la que señala la reforma del artículo 18 constitucional vigente, que son los 18 años, podrían eventualmente obtener un beneficio que podría redundar en su excarcelación y las consecuencias nocivas que ello pudiera generar”. Aquí hay un reconocimiento de que puede haber consecuencias sociales y graves: “Sin embargo, no debe perderse de vista que la función por antonomasia de este Tribunal Constitucional, es preservar el orden constitucional, lo que implica que cualquier acto del Estado que pudiera contrariar dicho orden, debe ser anulado”. Por tanto, la Primera Sala se está pronunciando y asumiendo las consecuencias de lo que puede ocurrir por esta interpretación pero prefiriendo que opere la garantía constitucional antes que lo que pudiera percibirse como la seguridad social o los efectos sociales.

¿Por qué es importante considerar esto, independientemente de la supremacía constitucional, de la interpretación del estado constitucional? Que todo eso es básico, pero realmente es importante por el estatus que le está dando la Suprema Corte a un artículo constitucional que protege derechos de los

adolescentes y que como habíamos visto, no habían sido ni siquiera considerados como importantes hasta antes de todo este movimiento que se empezó a dar a partir del año dos mil, un poco antes en México para adecuar la legislación; esto es, o podría interpretarse como empezar a tomarse los derechos de niños, niñas y adolescentes en serio, porque desde otra óptica o desde la perspectiva minorista hubiera sido, es que qué más da, si se trata de derechos de adolescentes, pero les está reconociendo la titularidad plena de derechos.

Y, a continuación dice: “La preservación del orden constitucional aspira a la salvaguarda de los valores más importantes de la sociedad, tales como el respeto a los derechos fundamentales, la división de poderes, el imperio de la Constitución o la legalidad de la administración. De este modo, consideramos que los efectos sociales que pueden generarse por la continuidad del orden constitucional, son costos necesarios que quedan subordinados a la misma”.

¿Por qué es importante que los derechos de los niños, niñas y adolescentes hayan quedado plasmados en la Constitución? Precisamente porque la Corte recoge y protege los valores más importantes que hay en una sociedad y que al ser los niños sujetos de derechos, hay una protección constitucional que se complementa con otras leyes, pero que deriva directamente de la Constitución que protege estos derechos. Esto es un cambio fundamental que se ha dado en nuestro país y que si no ha sido algo que tenga demasiada repercusión en los medios, en cambio sí significa realmente incorporar como sujetos de derechos a una gran parte de la población que no era reconocida como tal.

4.10. Principios tomados en cuenta en el proceso legislativo.

La minuta de Ley de Justicia para Adolescentes tiene dos grandes apartados. Ésta es una división convencional, casi caprichosa, subjetiva, dogmática, una parte dogmática que tiene que ver con lo que en la legislación ordinaria y otra parte, que es tanto orgánica como procesal.

La parte dogmática establece los principios tanto de política criminal como los principios de ética jurídica que rigen la propia ley.

Los principios de política criminal van desde el interés superior del adolescente, es decir, el interés central, el sujeto al que tenemos que atender es el adolescente y por ello en el proceso legislativo se tomó en cuenta:

- La transversalidad, es decir, cruza de manera transversal, lo mismo mujeres, que varones, que indígenas, que de tal o cual clase social, de suerte que a todos se trate de idéntico modo. El principio de mínima intervención que trata de permear todo el sistema de justicia, incluso de carácter penal para los adultos, entendiendo que el derecho penal genérico debe ser, un derecho de última ratio, un derecho de última instancia, que muchos de los conflictos sociales o de las conductas antijurídicas que hoy están tipificadas como delito deberían despenalizarse, no para que queden impunes, no para que el que cometa la conducta antijurídica quede sin ser llamado a cuentas, por decirlo de algún modo, sino que no necesariamente sea el derecho penal la medida.

- El principio de subsidiariedad, que bien saben que el derecho interviene en todo aquello que ya la sociedad y los mecanismos naturales de la sociedad no fueron capaces de arreglar.

- La especialización que se explica por sí sola.
- La celeridad procesal.
- La reincorporación social, familiar y cultural, la flexibilidad y la equidad, la retributividad, la necesidad, la lesividad, la materialidad, la responsabilidad limitada, la culpabilidad y la proporcionalidad.

- La organización del sistema.
- Independencia.

- Imparcialidad.
- Separación entre juzgador y acusador.
- El control jurisdiccional del proceso y la ejecución.
- La existencia de un juez de instrucción, y un juez de ejecución de medidas.

4.11. Reglas en el proceso.

En cinco capítulos se prevén las reglas generales del proceso: investigación, remisión, procedimiento judicial, juicio y procedimientos alternativos. La fase de investigación como es obvio, en esto no hay descubrimiento de nada nuevo, una investigación a cargo del Ministerio Público Especializado, el inicio de la averiguación a través de denuncia o querrela y aquí empiezan las particularidades, sólo en caso de flagrancia, la retención puede ser hasta por 36 horas, con una eventual ampliación de 12 más, que darían las 48 que todos conocemos.

El Ministerio Público para Adolescentes acreditará la conducta típica y la probable responsabilidad.

El Juez Especializado para Adolescentes determinará si existen bases para librar orden de presentación o detención, para la sujeción a proceso y procedencia de las medidas cautelares. Si la remisión fuese con detenido, se celebrará la audiencia en la que el juez examinará la legalidad de la detención; en esa audiencia, el adolescente podrá presentar su declaración inicial y se le hará saber el plazo de 72 horas prorrogables en donde se determinará su libertad o sujeción a proceso, etc.

Al concluir el plazo señalado, el Ministerio Público deberá presentar el escrito de atribución de hechos, el cual deberá contener los mismos requisitos que el escrito de remisión, los medios de prueba que pretende desahogar en la

audiencia de juicio, es decir, es la preparación de la audiencia de juicio. Correrá traslado por 5 días al adolescente y su defensor, en ese plazo pueden ofrecer las pruebas, admitirá las pruebas y fijará la fecha para la audiencia que se verificará entre los 10 días siguientes. Si por razones eventuales la audiencia no se puede concluir o el desahogo de las pruebas o la formulación de alegatos no se puede concluir en una sola audiencia, la prórroga será inmediata o en breve; es decir, es un asunto de pocos días; la experiencia en la justicia ordinaria para adultos es que suele ser a veces de muchos días, un par de semanas, una semana, tradicionalmente o normalmente por el exceso de trabajo.

Sólo a petición del Ministerio Público, el juez podrá imponer medidas cautelares: presentación de una garantía económica; prohibición de salir del país o de su localidad; obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, etcétera; y la detención preventiva, que sólo deberá aplicarse de manera excepcional y hasta por un plazo de 3 meses siempre que exista riesgo de sustracción de la justicia, que de la conducta atribuida se considere un delito grave, que se estime que el adolescente puede cometer un delito doloso, etcétera.

El juicio debe realizarse en estas etapas: la determinación de si existe el hecho y la participación del adolescente y por supuesto la individualización de la medida, esto es de lo que equivaldría a la pena; el juicio será continuo, se desarrollará en forma ininterrumpida durante todas las audiencias necesarias para su conclusión; esta es prácticamente una formalidad, la continuidad puede físicamente no ser continua, se establece así en los autos y se reanuda a la brevedad posible; al iniciar la audiencia del juicio el juez dará la palabra al Ministerio Público para que exponga los hechos, la conducta atribuida al adolescente, el defensor que puede hacer alegatos, el adolescente que lo pueda hacer para manifestar lo que a su derecho convenga; pruebas; alegatos con el signo, la característica dicha desde el principio de la oralidad.

El juez pasará a deliberar en privado para decidir la responsabilidad del adolescente y esto no puede exceder de 24 horas; es decir, el dictado de la medida, el dictado de la sentencia, para decirlo en el lenguaje llano.

Se prevén formas alternativas al juzgamiento, como la conciliación, la suspensión del juicio a prueba, las formas alternativas y la implantación del principio de oportunidad, que tiene que ver con la conciliación: el principio de oportunidad, que no es sino una figura del derecho procesal alemán que entraña la posibilidad de que la víctima y el victimario se arreglen; esto se ha considerado útil, práctico, siempre que se garantice el pago de la reparación del daño.

Los recursos previstos son: apelación, queja, reclamación, nulidad y revisión.

Las medidas que equivaldrían a las sanciones son de orientación y protección e incluyen desde apercibimientos hasta obligaciones omisivas, obligación de abstenerse de hacer determinadas cosas, obligación de obtener un trabajo, de relacionarse con determinadas personas, etcétera; y las más severas que son las de tratamiento.

Las de tratamiento son de último recurso, así como el derecho penal debe ser de última ratio: el internamiento domiciliario, el internamiento en tiempo libre, es decir las entradas y salidas de los centros de reclusión y el internamiento definitivo por determinado tiempo.

Capítulo 5.-PROPUESTA LA CREACIÓN DE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL ESPECIAL PARA MENORES DE DOCE AÑOS DE EDAD QUE INFRINJAN LA LEY PENAL.

5.1.-La sociedad ente generador de la delincuencia en menores

La razón de contemplar criminológicamente a los menores infractores se debe a la importancia que tienen los adolescentes y menores de edad para la colectividad, pues a pesar de ser inimputables, sus conductas, con el paso del tiempo pueden ser peligrosas para la sociedad; sin embargo, eso no significa que tendrán que ser tratados como delincuentes pequeños, se deberán buscar las medidas adecuadas para prevenir y tratar a los menores con unidades especiales para lograr sus mejor desarrollo.

Se considera a la sociedad como una congregación de individuos que se organizan para el cumplimiento de un fin y que éste sea el bienestar de sus integrantes. Partimos del concepto de que la familia es el núcleo integrador de la sociedad, concebida como una comunidad organizada en determinado lugar,

compartiendo la educación, los medios necesarios de comunicación las fuentes de trabajo.

La familia es la célula primaria de la sociedad permite establecer presunciones sobre el vínculo entre ascendientes y descendientes, es quien realiza la función educativa y socializadora de los menores, algunos especialistas en psicología están de acuerdo en que la formación del carácter y complejos del niño, se dan desde que nacen y hasta la edad de siete años, pues éstos aprenden del ejemplo. De lo anterior se concluye; que la educación dada a los menores, parte principalmente de la educación que reciben en el seno de su familia.

La ideología de la sociedad mexicana, a través del tiempo ha sido demasiada conservadora. No hay una preparación para una separación o un divorcio; asimismo el machismo que existe en nuestro país hace que el hombre (por lo general) abandone el domicilio conyugal provocando que la mujer se vea forzada a salir a trabajar para conseguir la subsistencia propia y de sus descendientes.

Lo anterior provoca una total desintegración, puesto que la figura paterna siempre ha ido y la materna, agobiada, por la carga de todas las obligaciones, no tiene ni el tiempo ni el humor para atender y aconsejar a sus hijos, lo que provoca que los menores sientan que a nadie le importan, consiguiendo amigos con sus mismos problemas, encaminándolos a consumir drogas, delinquir e incluso a suicidarse.

Es de suma importancia que la sociedad apoye al buen desarrollo de los menores ya que es ella misma quien pague las consecuencias del abandono o maltrato de menores, si la sociedad en general participa activamente y no permaneciera indiferente ante el menor abandonado, explotado o descuidado y tomara las medidas que ayudaran a la solución de estas circunstancias, habría menos delincuencia.

Asimismo, no hay estadísticas que registren la categoría laboral de los menores entre tres y doce años que cuidan autos, limpian parabrisas, venden dulces o

rosas en lugares de diversión nocturnos. No existen como trabajadores, se pierden en el anonimato de las grandes cifras sobre marginalidad, infancia empobrecida, minoría desamparada y sin embargo, con su mendicidad disfrazada le dan una mano al Estado para que alargue sus cuentas reduciendo el gasto social, agravando en gran medida los índices delictivos de los menores por su misma marginalidad y pobreza no superada.

La violencia no es patrimonio de las clases sociales bajas, Hoy los adolescentes tienen cortado el dialogo y la posibilidad de expresarse con los adultos y lo hacen a través de la violencia , los menores y adolescentes tienen otra escala de valores respecto a la vida, no quieren ni les importa su vida y tampoco les importa la de los demás, por lo que hay una constante agresión hacia lo que los demás tienen y por lo que ellos padecen y la manera más fácil de obtenerlo es la violencia , ya que para poder obtenerlo tendrán que la manera más cómoda es arrebatarlo a quienes lo tienen con un arma en mano.

Esto da como consecuencia que lo que despojaron a otros no lo valoren de la misma manera que el que lo adquirió a partir de su trabajo y lo que hacen es malbaratar estos bienes obtenidos de mala manera, vendiéndolos en cantidades mínimas que no llegan ni al 50% real de su costo, esto también es otro problema generado por la sociedad, en razón de que al comprar este tipo de mercancías fomentan la delincuencia de los menores y no analizan que no sólo atentan en contra de la sociedad sino también contra sus propios bienes o sus familiares.

Otro punto importante de influencia hacia los menores infractores que consideramos que es el propulsor principal de la violencia indiscriminada que se ha desatado a últimas fechas en nuestro país es los medios de comunicación ya que por medio de la televisión en horarios accesibles a los menores de edad se contemplan escenas de violencia y agresión que parecen clases de agresión a domicilio, es más las mismas caricaturas lo que muestran son violencia de unos contra otros, en donde muchas de las veces se le da a entender a los menores

que un personaje mata a otro personaje y posteriormente en otra escena sale como si no le hubiera sucedido nada haciendo creer a los menores que existe la inmortalidad y que ellos creen que esto pudiera suceder en la realidad.

Asimismo la evidente repulsión que la sociedad muestra hacia los menores infractores lo cual los marca y señala, facilitando su ingreso y reincidencia al delito. Ya que si algún adolescente tiene alguna falla en su familia con conductas indebidas debería auxiliarse proporcionándole los elementos necesarios para su buen desarrollo.

Se presupone que el titular del Poder Ejecutivo ayuda a prevenir la delincuencia en todos los rincones del país, lo hace cuando pone en marcha n camino, cuando se crea una escuela, un centro deportivo o un centro de salud, cuando en alguna comunidad llega la luz eléctrica y el agua potable, en esos avances y logros conquistados, sé está haciendo prevención.

Pero el problema es que los mismos menores infractores acaban con todos estos avances ya que en la misma ciudad encontramos lámparas rotas por una pedrada o en los juegos que ponen en un centro deportivo rotos y algunas veces hasta se llevan parte de estos.

De lo antes expuesto podemos concluir que la sociedad contribuye a promover la delincuencia juvenil , a través del libertinaje que se da en los medios de comunicación, la desintegración de la vida familiar, el trabajo de menores, atribuyéndoles responsabilidades que no les corresponden y la falta de un control.

5.2.- Los diez puntos básicos que fueron finalmente incluidos en la reforma integral sobre la justicia para adolescentes fueron los siguientes

1. Sólo puede aplicarse por la atribución de la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales. La constitución recoge el

principio de legalidad, deja fuera toda posibilidad de intervenir por faltas administrativas o ante cualquier otra situación o comportamiento que no constituya un delito, lo que implica ya una clara separación entre los problemas sociales de la infancia que deben ser atendidos por la política social del estado y los problemas que involucran la comisión de un delito, que entran dentro del ámbito de la política criminal del Estado.

2. Sólo puede aplicarse a las personas mayores de 12 años y menores de 18 años (denominados adolescentes). Las personas menores de 12 años, (denominados niñas y niños) quedan totalmente fuera de este sistema de justicia. La Constitución reconoce que existe una diferencia entre adolescentes y niños y niñas, y que estos últimos en virtud de su todavía escasa madurez, no tienen capacidad de infringir las leyes penales, por lo que en caso de hacerlo, solo pueden ser sujetos de asistencia social, en el ámbito de la protección. Delimitación de la edad.

Artículo 13. Los adolescentes podrán ser responsables por infringir la ley penal federal y demás legislación que contemple delitos que sean competencia de las autoridades federales, en los casos y términos que se establecen en esta Ley. La niña o niño menor de doce años de edad a quien se le atribuya una conducta tipificada como delito quedará exento de toda responsabilidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles a las que haya lugar. Si los derechos de la persona menor de doce años a quien se atribuye la comisión de un delito se encuentran amenazados o vulnerados, la autoridad competente podrá remitir el caso a las instituciones públicas o privadas responsables de la protección de los derechos del niño o de la niña. **(Ley Federal de Justicia para Adolescentes)**

3. Debe garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución para todo individuo. Pero además, otros derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido

reconocidos a los adolescentes. La Constitución amplía la esfera de protección y se maximizan los derechos de los adolescentes como sujetos de derechos y deberes.

4. A cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Principio de especialidad, que implica la existencia de una justicia especializada que responda a las características y necesidades específicas de los adolescentes. Implica la creación de ministerios públicos especializados y de jueces especializados. También implica la especialización de las autoridades encargadas de la aplicación de las medidas, de los defensores, de los policías que tengan contacto con adolescentes. El sistema, además de especializado, debe contemplar una separación entre las autoridades que ejercen funciones propias de la procuración de justicia y las que ejercen funciones propias de la impartición de justicia.
5. En todos los procedimientos que se sigan al adolescente, debe cumplirse la garantía del “debido proceso legal”. Un proceso con las garantías debidas significa el derecho, reconocido a toda persona acusada de haber cometido un delito, a gozar de los beneficios de tener un juicio justo; el derecho a ser informado claramente sobre los cargos que se le imputan; el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a no estar obligado a confesar o a presentar pruebas incriminatorias; el derecho a recibir asistencia legal para la preparación del juicio y el derecho a que el asunto sea tratado “sin dilación”, entre otros.
6. Debe existir independencia entre las autoridades que efectúan la remisión y quien resuelve sobre la imposición de alguna medida al adolescente. Tomando todo el contexto de la reforma constitucional, se entiende que esta palabra “remisión” se refiere a la acusación. Esta disposición viene a reafirmar la separación orgánica que debe privar entre las autoridades de

procuración e impartición de justicia. Reafirma el impedimento de que un solo poder, o una sola autoridad, concentren estas funciones, lo que hace que el sistema se vuelva efectivamente más imparcial. Establece la necesidad de cambiar de un sistema “inquisitivo” a un sistema “acusatorio”.

7. Deben contemplarse formas alternativas de justicia siempre que resulte procedente. Principio de desjudicialización o mínima intervención, de acuerdo con el cual se debe buscar resolver el menor número de conflictos a nivel judicial, por lo que las medidas que promueven formas alternativas al juzgamiento, deben ser parte fundamental en la aplicación de la justicia penal para adolescentes.
8. Que contemple la aplicación de medidas que amerite cada caso, las cuales deben ser proporcionales a la conducta realizada y tener como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. Principio de proporcionalidad, busca salvaguardar el equilibrio de intereses que debe existir entre los derechos y deberes de los adolescentes sujetos a procedimiento y el objeto de la intervención penal del Estado.
9. Debe atender a la protección integral y el interés superior del adolescente. Dos de los pilares de la CDN y la doctrina de la protección integral de los derechos de la infancia. El sistema deberá estar siempre orientado hacia lo que sea más conveniente para la reinserción social y familiar del adolescente, así como para el pleno desarrollo de su persona y capacidades.
10. El internamiento o la privación de la libertad de los adolescentes, puede utilizarse solo como medida extrema, en caso de delitos muy graves, por el tiempo más breve que proceda y además, limita su aplicación únicamente a mayores de 14 años. Se amplían las perspectivas en torno a la respuesta

estatal frente al delito, superando la arraigada costumbre de considerar a la privación de la libertad como la única medida existente. Las sanciones que no implican privación de la libertad, deben ser de prioritaria aplicación, dejando a las privativas de este derecho, únicamente para los casos más graves.

5.3.- La elaboración de códigos que regulen las diferentes conductas de los menores de doce años de edad.

Se debería pensar que sería útil crear que en un mismo cuerpo legal se encuentren tanto las normas sustantivas, como las adjetivas, que aseguren los procedimientos para que los Jueces Especializados apliquen a cada caso en particular.

Asimismo se cree un Código Penal que sea específico en las conductas referentes a menores y que señale la sanción a que es acreedor el infractor, toda vez que los menores vienen realizando conductas cada vez más peligrosas las cuales atentan en contra de la sociedad

El procedimiento por medio del cual los menores infractores se han dado cuenta de que dicho procedimiento no corrige en nada su conducta reincidente ya que por el contrario sigue cometiendo actos más llenos de violencia por lo cual sería necesario que en:

- Casos de reincidencia
- Gravedad de la infracción cometida
- Alta agresividad
- Ambiente social criminógeno
- Diagnostico negativo con alteraciones importantes del comportamiento

5.4.- La creación de un Órgano Jurisdiccional que lleve cabo un procedimiento judicial de rehabilitación al menor de doce años de edad que infrinjan la ley penal.

Para realizar una breve reflexión inicial de los menores de edad que infringen la ley penal, basta abrir los periódicos o ver las noticias por televisión, donde podemos encontrar un sinnúmero de casos verdaderamente macabros, en los que aparecen como protagonistas *menores de edad*.

En la actualidad en que vivimos, es una triste realidad el saber que los menores de edad, cada vez a más temprana edad comienzan a delinquir, toda vez que el entorno social en el cual se encuentran cada vez es más violento.

Para entender la delincuencia juvenil, se requiere como premisas fundamentales: Primero, conocer la matriz de ésta, y segundo, considerar no sólo a los jóvenes, sino también, a los niños, niñas y adolescentes. Esto nos ayudará a tener una visión completa e integral de este amplio segmento de la población

Hay que reconocer el déficit histórico que la familia, la sociedad y el Estado tienen con la infancia y la juventud. Lo cual exige una nueva y renovada concepción, para dejar de tratarlos como objetos, y reconstruir las relaciones sociales que garanticen su ascenso como sujetos. El abandono público del grupo más vulnerable de la sociedad, ha sido y es una constante en la historia de la humanidad. No sólo los niños, niñas y adolescentes de la calle y en la calle, padecen este mal, también lo sufren aquellos que a pesar de contar con una familia nuclear, padecen de “soledad”. De tal manera que los circuitos del amor y la solidaridad, se han convertido en instrumentos en desuso, lo que ha provocado que un gran número de jóvenes vivan “acompañadamente solos”. En una sociedad prioritariamente de consumo, donde todo se compra y todo se vende, poco importa el deterioro emocional y afectivo de los niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, su explotación, en aras de la ganancia, es la divisa central que rige su vinculación con el mundo real

Nuestro panorama, como se ve, no es nada halagador. La transversalidad de la violencia contra los niños, niñas y jóvenes es la confesión pública de una sociedad esencialmente excluyente, autoritaria y discriminatoria.

Trabajar en favor de los niños, niñas y jóvenes exige replantear el tratamiento que se da a este segmento vulnerable, lo que implica, en términos de política pública, el realineamiento de las funciones del Estado y la reestructuración de sus prioridades. En los tiempos que corren, se ha creído que las principales energías del Estado deben estar orientadas a combatir a la delincuencia organizada. Por supuesto, es necesario enfrentar sin tregua a quienes violen la legalidad y vulneren al Estado. Sin embargo, la experiencia histórica nos ha demostrado que, por combatir lo urgente, se ha olvidado lo importante. Parece que no se tiene claro que la levadura del crimen organizado está localizada en los ejércitos de niños, niñas y jóvenes, descuidados y malqueridos por la ausencia de políticas de Estado que atiendan de manera transversal las contradicciones que se manifiestan en la sociedad, matriz de la delincuencia juvenil.

Por otra parte pensemos en aquellos casos de delincuencia organizada, específicamente en los delitos relacionados con drogas, donde los menores de edad voluntariamente deciden participar con los grupos criminales y a su vez, dichas organizaciones delictivas se aprovechan de tal circunstancia, pues, saben que con la intervención de un menor de edad minimizan riesgos en su lucha contra el Estado, tal y como el reciente caso del niño sicario alias el “Ponchis”.

Reflexionemos también acerca de las bandas delictivas que se encuentran radicadas en México, donde son reclutados jóvenes, quienes cometen sistemáticamente conductas tipificadas por las leyes penales.

De lo anterior se infiere la gran interrogante penal y procesal penal sobre el tema de los menores infractores, la cual se deduce del siguiente cuestionamiento: si lo que hace la diferencia entre la culpabilidad y el injusto sea precisamente la “capacidad para comprender la ilicitud del hecho”, luego entonces debemos volver a cuestionarnos acerca de si un joven menor de edad puede o no puede tener la capacidad para comprender la ilicitud del hecho, luego entonces debemos volvernos a cuestionarnos, pues de lo anterior que se le juzgue o no como adulto. Se considera que cuando un menor de edad comete una conducta tipificada por las leyes penales, tiene la plena voluntad para cometer dicha conducta típica y antijurídica, pero en teoría tendemos a pensar que no tiene la capacidad para comprender la ilicitud del hecho. Lo anterior, al amparo de nuestro sistema, que se basa en un concepto puramente de legalidad, pues con la finalidad de tener absolutamente certeza, se ha trazado una línea jurídica, que es la de los dieciocho años, para enjuiciar o no a una persona como adulta.

Partiendo de lo antes expuesto, creo que es necesario en primer lugar: la modificación al artículo 13 de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes, toda vez que dispone: “... La niña o niño menor de doce años de edad a quien se le atribuya una conducta tipificada como delito quedará exento de toda responsabilidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles a las que haya lugar. Si los derechos de la persona menor de doce años a quien se atribuye la comisión de un delito se encuentran amenazados o vulnerados, la autoridad competente podrá remitir el caso a las instituciones públicas o privadas responsables de la protección de los derechos del niño o de la niña.”.

Dicho precepto normativo, señala en su contenido que los menores de doce años de edad a quien se le atribuya una conducta tipificada como delito quedara exento de toda responsabilidad, a este aspecto, es importante manifestar que como ya hemos referido en el contenido del presente trabajo de investigación, los menores de edad delinquen cada vez más temprana edad y no es posible que dichas conductas queden sin responsabilidad para los menores infractores, por lo cual,

sería conveniente que se consideren dentro de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes a los menores que tengan entre diez y once años, ya que si bien es cierto que hay que salvaguardar sus derechos también se debe buscar una rehabilitación a fin que cuando cometan conductas ilícitas, no vuelvan a reincidir.

Dicho lo anterior, considero que se deberá crear un Órgano Jurisdiccional que lleve a cabo un procedimiento judicial de rehabilitación al menor de doce años de edad que vulnere la ley penal, ya que si bien es cierto que existe el DIF, dicha institución no da un seguimiento integral a los menores que violentan la ley penal. Para la creación de dicho Órgano Jurisdiccional se deberá considerar la intervención de peritos especialistas en menores, a fin de que, cuando un menor de dieciocho años, cometa una conducta tipificada por las leyes penales será tratado como menor siempre y cuando, los peritos en la materia no determinen lo contrario, es decir que dicho menor tenga la capacidad de comprender la ilicitud del hecho al momento de la comisión de la conducta delictiva.

Asimismo, se deberá buscar la rehabilitación y reinserción del menor de doce años de edad, con el objeto de que en su desarrollo no continúe delinquiendo cada vez en situaciones más extremas, ya que su misma condición los convierte en presa fácil para ser usados por delincuentes mayores, aunado a lo anterior a los padres de los menores que presentan conductas delictivas, no pueden ser obligados a responder por sus hijos ya que la ley no contempla un tipo penal, ni hay una estructura o legislación que obligue a los padres respecto a conductas penales.

Hoy la realidad de los niños y niñas menores de doce años de edad, se quedan dentro de la figura donde no son infractores ni delincuentes, es sólo la figura de un niño mal encauzado.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La cultura de los adultos en general, la cultura de las instituciones en particular y la cultura jurídica en especial, han tenido y tienen una visión esquizofrénica de la infancia, al ser vista a través del tiempo, como ángeles o demonios, pero la Convención Internacional de los Derechos del Niño, propone un nuevo paradigma, que supone la comprensión de los adolescentes pero no como ángeles ni como demonios, sino como sujetos de derecho. El niño debe dejar de ser reconocido por lo que no puede, por lo que no sabe, por aquello que no es capaz, el descubrimiento de la infancia es el de su incapacidad cultural y socialmente construida durante siglos, la incapacidad jurídica se va a calzar como un guante, y es por eso que a pesar de las transformaciones jurídicas y de las rupturas de paradigma, el viejo paradigma se resiste a morir.

SEGUNDA.- Ahora podemos decir que nuestro país está pasando del feudalismo al socialismo sin haber transitado por el capitalismo; es decir, está descubriendo una justicia constitucional de infancia, sin haber tenido como han tenido todos los países de América Latina, una justicia de menores en el sentido de tener una justicia independiente, porque una justicia administrativa es una contradicción, ya que la justicia: es justicia o es administrativa. Cuando decimos que necesitamos leyes que reflejen nuestra realidad, debemos pensar mucho en esa frase, porque en realidad no necesitamos leyes que reflejen nuestra realidad, para eso ya tenemos la realidad; necesitamos leyes que sean mucho mejor que nuestra

realidad, porque nosotros tuvimos durante ochenta años leyes que la reflejaban, primero mediante un derecho civil y después el de familia para los niños y adolescentes, y luego, un derecho de menores para los adolescentes privados de libertad por el mero delito de ser pobres, sin derecho a un juicio justo, ni a un debido proceso.

TERCERA.- Los derechos de los niños tienen características muy particulares y debemos ser especialmente cuidadosos en determinar cuál es el diseño de estos derechos, porque los destinatarios, los titulares, no tienen posibilidad real de cambiarlos y cuando la adquieren, resulta que dejaron de pertenecer al grupo del cual eran destinatarios, que es cuando cumplen dieciocho años y se incorporan al mundo adulto. El atributo que hace que el grupo sea especialmente vulnerable o que tenga derechos específicos, siempre es temporal. Inevitablemente a los dieciocho años en México, y de acuerdo con la Convención, habremos dejado de pertenecer a ese grupo; esto no ocurre ni con las mujeres, ni con las minorías raciales o étnicas, ni con ningún otro grupo que haya tenido derechos específicos, pero en el caso de los niños, el remedio no es crecer, porque pensar así, es como si fuera una condición que tuviera que ser superada y esto también responde a una percepción limitada de lo que significa ser niño.

CUARTA.- La Convención Internacional de los Derechos del Niño fue un parte aguas en lo que se refiere a la materia de derechos de los niños, porque reconoce por primera vez a los niños como titulares de derechos y por ello, les otorga dignidad. No podemos dar alguna idea de la causa que mueve a los adolescentes a delinquir, sobre los tipos de conductas que cometen, pero sí es necesario en lo que se refiere a la prevención, que es una parte importantísima y además, es una obligación asumida internacionalmente.

QUINTA.- La mejor manera de prevenir el delito es garantizar el acceso a todos los satisfactores de niños y adolescentes, que cada niño y adolescente tenga acceso a la educación, a la salud a una familia, a un medio ambiente adecuado,

por eso se habla del desarrollo y cultivo de la personalidad del adolescente desde la primera infancia y que el Estado tiene una obligación de garantizar todas las condiciones que permitan que este desarrollo se dé de manera adecuada y esto como forma, como mecanismo para prevenir el delito en la sociedad.

SEXTA.- La reforma constitucional señala que los menores de doce años serán sujetos de rehabilitación y asistencia social, pero nadie ha definido qué significa eso, en realidad no tenemos significados concretos, ni hemos delimitado qué va a suceder cuando un menor de doce años comete un delito, sobre todo un delito grave, ¿quién es el encargado de la rehabilitación?, se puede interpretar que el DIF, se puede interpretar que las organizaciones no gubernamentales; es decir, hay una laguna que es necesario llenar y es necesario definir sobre todo porque nadie se está haciendo cargo de eso, es una de las grandes carencias.

La definición de lo que es el interés superior del niño es todo aquello que debe conducir a las autoridades, a los órganos e instancias que intervengan en las distintas fases del sistema, a actuar en todo momento de conformidad con aquello que sea más conveniente para la reinserción social y familiar del adolescente, así como para el pleno desarrollo de su persona y sus capacidades.

El preso, de acuerdo con el artículo 18 constitucional, y en particular el adolescente, tiene derecho a la reintegración social y familiar, como forma de tratamiento: Si esa es la finalidad de la pena privativa de libertad, el adolescente tiene derecho a exigirle al Ejecutivo que lo readapte, que lo reintegre a la sociedad. El derecho a la reintegración social y familiar es un derecho constitucionalmente protegido.

BIBLIOGRAFÍA

- Acero, Julio “El procedimiento penal mexicano”. México, Ediciones Especiales, 1991.
- Aldrete Anaya, María del Carmen. “Problemática de los menores infractores dentro de jurisdicción penal a partir de la creación de jueces para menores infractores”. México, UNAM.
- Aries, Philippe. “El Niño y la vida familiar en el antiguo régimen”, México, Taurus, 2001.
- Arilla Bas, Fernando “El procedimiento penal en México”. México, Porrúa, 1997.
- Azua Reyes, Sergio. “Metodología y técnicas de la investigación jurídica”. México, Porrúa, 2005.
- Barragán Salvatierra, Carlos. “Derecho procesal penal”. México, McGraw-Hill, 1999.
- Carbonell, Miguel, “Constitución y Menores de Edad”. México, Porrúa.
- Carrara, Francesco, “Programa del Curso de Derecho Criminal”, Parte General Volumen I, Buenos Aires, Depalma, 1944.
- Castellanos Tena, Fernando, “Lineamientos Elementales de Derecho Penal” Parte General, México, Porrúa, 1987.
- Ceniceros, José Ángel y Garrido, Luis. “La delincuencia infantil en México”. México, Botas, 1936.
- Cosío Villegas, Daniel. “Historia Mínima de México”. México, El Colegio de México, 2001.
- Díaz Palos, Fernando, “Teoría General de la Imputabilidad”. Barcelona, Bosch, 1965.

García Méndez, Emilio. “Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia”. México, Fontamara, 1999.

García Ramírez, Sergio. “Cuestiones terminológicas y penales contemporáneas (estupefacientes, psicotrópicos, aborto, sanciones, menores infractores)”. México, Instituto de Ciencias Penales, 1981.

García Ramírez, Sergio. “La imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano”. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.

García Ramírez, Sergio. “Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Comparados”. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.

Goderch Manau, Secundino. “Tratado de la menor de edad”. Barcelona, Bosh.

González Placencia, Luis. “Justicia penal para adolescentes en conflicto con la ley penal” México, Instituto de Ciencias Penales, 2006.

Hernández Quiroz, Aureliano. “Derecho protector de menores”. Jalapa, Universidad Veracruzana, 1967.

Jescheck, Hans-Heinrich. “Tratado de Derecho Penal Tomo I”. Bosch España 1981.

Margadant, Guillermo. “Introducción a la Historia del Derecho Mexicano”. México, UNAM, 1971.

Raffo Á, Héctor. “Menores Infractores”. La Roca, Buenos Aires, 2000.

Rodríguez Devesa, José María: “La problemática jurídica de la delincuencia de menores”. En delincuencia juvenil. Universidad de Santiago Compostela España, 1973.

Reyes Echandia, Alfonso, "Imputabilidad". Colombia, Temis, 1989.

Rodríguez Manzanera, Luis. "Criminalidad de menores". México, Porrúa.

Romo Medina, Miguel. "Criminología y Derecho". México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1989.

Rodríguez Morullo, Gonzalo. "Derecho Penal Parte General", Manuales Civitas, España, 1977.

Ruiz de Chávez, Leticia. "Marginalidad y conducta antisocial de menores (un estudio exploratorio)". México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1978.

Ruiz Funes, Mariano. "Criminalidad de los menores". México, UNAM, 1953.

Solís Quiroga, Héctor. "Justicia de Menores". Porrúa, México, 1986.

Tocaven García, Roberto. "Menores Infractores". México, EDICOL, 1993.

Tocaven García, Roberto. "Psicología criminal". México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1990.

Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad. México, TRILLAS.

Villanueva, Ruth. "Menores Infractores y menores víctimas". Argentina, Marcos Lerner, 2004.

Villanueva Castillejas, Ruth. "La justicia de menores infractores en la reforma al artículo 18 Constitucion". México, Delma, 2006.

Welzel Hans. "Derecho Penal Alemán". Editorial jurídica de Chile, Chile 1970

Witker, Jorge. "Metodología Jurídica". México, Mc-Graw-Hill, 2002.

Zaffaroni ,Eugenio Raul. "Tratado de derecho penal ", PARTE GENERAL TOMO IV EDIAR ARGENTINA 1982

DICCIONARIOS

Chávez Castillo, Raúl. “Diccionario Práctico de Derecho”. México, Porrúa, 2005.

De Pina Vara, Rafael. “Diccionario de Derecho”. México, Porrúa, 1996.

Moreno Rodríguez, Rogelio. “Diccionario de Ciencias Penales”. Buenos Aires, Ad-hoc, 2001.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA

LEYES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal

Código de Procedimientos Penales

Ley Federal de Justicia para Adolescentes

MESOGRAFÍA

www.iin.oea.org

[www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/los derechos del niño-y-las teorías de los derechos-introducción a un debate.isabelfanlocortes](http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/los_derechos_del_niño-y-las_teorías_de_los_derechos-introducción_a_un_debate.isabelfanlocortes).

[www.minyersky_N el nino como sujeto de derecho](http://www.minyersky_N_el_nino_como_sujeto_de_derecho)

www.iin.oea.org/cursos

[_a distancia/expltacion sexual/Lectura3.NuevoParadigma.pdf](http://_a_distancia/expltacion_sexual/Lectura3.NuevoParadigma.pdf).

[www.cimacnoticias.com.mx/especiales/amndi/productos redandi/6 manual ninezperiodismo.pdf](http://www.cimacnoticias.com.mx/especiales/amndi/productos_redandi/6_manual_ninezperiodismo.pdf)

[www.iin.oea.org/el interes superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf) (Miguel Cillero Bruñol)

www.segob.gob.mx

HEMEROGRAFICA

Revista del Posgrado de Derecho de la UNAM.Vol.3. Núm.5, pág. 3.2007

Senado de la República, "Dictamen de las comisiones unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; y de Estudios Legislativos Segunda". Gaceta parlamentaria, núm. 103, 31 de marzo de 2005.

OTROS

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (RIAD)

Reglas mínimas de las naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing).