

VI. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO A LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 44/2007-PS

*Dra. Olga Islas de González Mariscal**

PRIMERA PARTE

1. ANTECEDENTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL ARTÍCULO 18

México se encontraba sumamente rezagado en materia de justicia para las personas menores de edad. Ello a pesar de haber ratificado diversos instrumentos internacionales referentes a la justicia de menores y adolescentes.

Era ya un compromiso ineludible crear un nuevo modelo cuyos puntos fundamentales garantizaran los derechos de los menores de edad y que rigiera en todo el país. Era necesario brindar la protección integral y otorgar el tratamiento que merece este grupo de personas tan vulnerables. La legislación

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

relativa, a pesar de los grandes esfuerzos de los especialistas, se encontraba notoriamente retrasada e influenciada por diferentes orientaciones, hasta cierto punto contradictorias entre sí. Todavía subsistía el debate sobre la edad de los menores que podían ser sometidos a un procedimiento, a su imputabilidad o inimputabilidad y a la naturaleza de la legislación tutelar o garantista. De fondo, este debate que parte de razones inobjetables de naturaleza garantista, adolece de algunos puntos débiles, porque cualquier modelo garantista toma, inevitablemente, del tutelar medidas fundamentales, tales como las que están implícitas en el "interés superior del niño" reconocido en casi todos los instrumentos internacionales.

A este respecto, el doctor García Ramírez sostuvo, en su voto razonado a propósito de la Opinión Consultiva 17/202 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, que: "Ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen las del proyecto garantista, ni tampoco éstas las de aquél, si unas y otras se consideran en sus aspectos esenciales. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario en el otro".¹

Con la reforma al artículo 18 constitucional se pretendió dar vigencia a los principios contenidos en instrumentos internacionales adoptados por nuestro país, tales como: la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, de 1924;

¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Derechos humanos de los niños y adolescentes", en *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año LXXIV, No. 2, mayo-agosto, México, 2008, p. 24.

la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, conocida como Reglas de Beijing, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985; la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riad, de 1988; y las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, adoptadas por la Asamblea General en la Resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990.

México ratificó el 10 de agosto de 1990 la Convención sobre los Derechos del Niño, y, al hacerlo —como se dice en la exposición de motivos— "se comprometió a adoptar todas las medidas administrativas, jurídicas, legislativas y de cualquier otra índole, necesarias para dar efectividad a los derechos en ella reconocidos, dentro de los que se encuentra el debido proceso legal, en caso de infracción a la ley penal" y otros principios tan importantes como el de preservar el interés superior del niño.

Como consecuencia de ese compromiso se reformó, en diciembre de 1999, el artículo 4o. de la Constitución para incorporar, a su marco normativo, a las niñas y niños como sujetos con plenos derechos. Asimismo, estableció que "El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto y la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos". Con el mismo propósito se elaboró la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria del

artículo 4o. constitucional, misma que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2000. Su objetivo fue el de "garantizar a niñas, niños y adolescentes, la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución".

En esta ley se reconoce, en su Título Cuarto, el "derecho al debido proceso en caso de infracción a la Ley penal". Establece, también los lineamientos fundamentales de un sistema especializado de justicia para adolescentes acorde con lo previsto por la Convención sobre los Derechos del Niño y a las garantías individuales consagradas en la Norma Fundamental.

Vale recordar que la mayoría de las leyes locales sobre la materia no estaban acordes con los cambios operados hasta el año 2000, ni con los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal únicamente adoptó sólo algunos aspectos fundamentales del garantismo prevaleciente. También es importante tener presente que el artículo 18 constitucional, antes de la reforma, señalaba de manera escueta que: "La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores". Ante esta situación, el legislativo federal consideró urgente replantear los sistemas de justicia para menores en todo el país, mediante una gran reforma al artículo 18 constitucional "...para legitimar y sustentar constitucionalmente un nuevo sistema de justicia para menores de edad y establecer las exigencias mínimas a que éste deberá responder...". Se puntualiza, en la misma exposición de motivos, que la reforma introduciría,

en el texto constitucional "...las bases, principios y lineamientos esenciales, necesarios para la implementación de un Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes en todo el país".

Al hablar del procedimiento pretendido, se anota que en él se habrían de observar "...todas las garantías derivadas de nuestro ordenamiento constitucional, lo dispuesto por los artículos 37² y 40³ de la Convención sobre los Derechos del Niño y en los artículos 44 y 45 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes". Estos últimos son bastante similares al contenido de los anteriormente citados de la Convención.

Se precisa, además, que en cuanto a los límites de la edad se tomaron en consideración las disposiciones de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en la que se "...considera niños a todas aquellas personas menores de 12 años y adolescentes a aquellas personas mayores de 12 y menores de 18 años". En virtud de esta distinción, la iniciativa se refiere a un sistema integral de justicia penal para adolescentes, que deja fuera a los niños menores de doce años, los cuales sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

² Los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley, y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

³ El artículo 40 es de especial trascendencia porque contiene los lineamientos a los que deberán sujetarse las autoridades, cuando un menor de edad haya infringido las leyes penales. Asimismo puntualiza los derechos de los niños cuando se encuentren en la situación antes puntualizada.

Se subraya, entre otros principios fundamentales, en la aplicación de justicia para adolescentes, "...el interés superior y la protección integral del adolescente, lo que debe conducir a las autoridades, órganos e instancias que intervengan en las distintas fases de la misma, a actuar en todo momento, de conformidad con aquello que sea más conveniente para su reinserción social y familiar, así como el pleno desarrollo de su personalidad y capacidades". Asimismo, se destacan el principio de legalidad, el de mínima intervención del derecho penal, el de celeridad procesal y el de pluralidad de medidas resolutivas.

Se argumenta, en el mismo documento derivado de la exposición de motivos, que "...para facilitar la unificación en la aplicación de la justicia de menores de edad y permitir un mejor desarrollo, se prevé, para esta materia, la existencia de la competencia concurrente entre la Federación, los Estados y el Distrito Federal". De acuerdo con la exposición de motivos en un primer momento, se pensó en la elaboración, por parte del Congreso de la Unión, de una Ley Reglamentaria del artículo 18 constitucional para establecer las bases, lineamientos y principios que guiaran la creación del sistema integral de justicia para adolescentes, inclusive se pensó en disponer de la competencia concurrente; por lo cual en el primer proyecto de Decreto se proponía adicionar a la fracción XXI del artículo 73 constitucional, un párrafo en el que se estableciera "la facultad del Congreso de la Unión para expedir las leyes que fijan la concurrencia y las bases normativas y de coordinación a las que deberán sujetarse la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en la implementación y aplicación del Sistema de Justicia Penal para Adolescentes...". Esta pretendida adición fue descartada en la segunda lectura por

considerar que podría afectar la soberanía de los Estados, además de que las bases y lineamientos dispuestos en las reformas al citado artículo 18 eran muy claras.

2. REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL. PUNTO CENTRAL DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 44/2007-PS

a) El 12 de diciembre de 2005 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto mediante el cual se reforma el párrafo cuarto del artículo 18 constitucional y se adicionan al mismo, los párrafos quinto y sexto, y con este motivo se recorren, en su orden, los dos últimos párrafos por no corresponder a la materia de la justicia para menores.

El nuevo texto postula:

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

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

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

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

b) Del texto de la citada reforma se desprenden los siguientes postulados:

i) La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para adolescentes.

ii) El sistema será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad.

iii) En dicho sistema se garantizarán los derechos fundamentales que reconoce la Constitución para todo

individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de persona en desarrollo les han sido reconocidos.

iv) La operación del sistema, en cada orden de gobierno, estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes.

v) En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal.

vi) Deberá haber independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas.

vii) Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente.

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

ix) Las medidas aplicadas deberán ser proporcionales a la conducta realizada.

x) El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda. Además, únicamente podrá aplicarse a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

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

xii) Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos de rehabilitación y asistencia social.

Es importante anotar que la reforma, tal como se publicó, incluía dos artículos transitorios, de los cuales me ocuparé después de abordar algunos de los postulados antes anotados y que guardan relación con la contradicción de tesis que se comenta.

3. ARTÍCULOS TRANSITORIOS

a) *Reforma de 2005*

La reforma —como ya se apuntó— contenía dos artículos transitorios. El primero, señalaba que el decreto entraría en vigor a los tres meses siguientes a su publicación, lo cual significaba, de manera muy clara, que la entrada en vigor sería a partir del 12 de marzo de 2006. En el segundo artículo, se decía: "los Estados de la Federación y el Distrito Federal contarán con seis meses a partir de la entrada en vigor del decreto, para crear las leyes, instituciones y órganos que se requieren para la aplicación del presente decreto". De acuerdo con este señalamiento el plazo concluiría el 12 de septiembre de 2006.

Es importante destacar que el segundo artículo transitorio conlleva, entre otros, dos graves problemas: el primero lo

constituye el plazo tan reducido concedido a las entidades federativas y al Distrito Federal para elaborar las leyes correspondientes, adecuar otras leyes y organizar todo lo necesario para construir el sistema integral de justicia para adolescentes, requerido en la Constitución.

Simplemente la especialización del personal que habría de hacerse cargo de las diversas funciones inherentes al sistema integral de justicia para menores (adolescentes) requería de un tiempo mucho mayor que el concedido. Si a esa capacitación del personal se agrega todo lo relativo a la creación, organización y funcionamiento de las instituciones de procuración, impartición y ejecución de esa justicia especializada, el plazo, al menos, se habría triplicado. Por otro lado, la carencia de recursos para cumplir con la exigencia constitucional, hacía casi imposible lograr la gran empresa.

Sin embargo, al concluir el plazo, irreflexivamente determinado por el legislador, dieciocho Estados habían elaborado durante el 2006 sus respectivas leyes: Guanajuato fue la primera entidad federativa que la concluyó (el 1o. de agosto); le siguió Coahuila (1o. de septiembre); San Luis Potosí (5 de septiembre); Puebla (6 de septiembre); Colima, Nayarit y Oaxaca (9 de septiembre); Nuevo León (10 de septiembre); Aguascalientes, Durango, Sinaloa, Tamaulipas y Veracruz (11 de septiembre); Campeche, Jalisco, Quintana Roo, Sonora y Tabasco (12 de septiembre). Unos días después de la fecha señalada como límite: Querétaro (15 de septiembre); Chihuahua (16 de septiembre); Hidalgo y Tlaxcala (25 de septiembre); Zacatecas (30 de septiembre); Yucatán (1o. de octubre); Baja California Sur (26 de octubre); Baja California (27 de octubre). En el siguiente año de 2007 le

siguieron los Estados de: Michoacán (16 de enero); Estado de México (25 de enero); Chiapas (7 de marzo); Distrito Federal (14 de noviembre); y Morelos (23 de noviembre). El único Estado de la República que no ha cumplido con el derecho, hasta ahora es Guerrero.

El segundo problema es que, en ese momento, no se incluyó a la Federación, que, de acuerdo con lo preceptuado en el párrafo cuarto, también estaba obligada a establecer el correspondiente sistema de justicia para adolescentes en materia federal. Cabe preguntarse: ¿qué estuvo detrás de esta trascendente omisión? Como se ha dicho, ¿fue realmente una omisión involuntaria? o ¿el legislador de manera intencional no quiso fijarle un plazo a la Federación para dar cumplimiento al mandato del Decreto?

Si aconteció lo primero, debe resaltarse la gravedad del hecho: el legislador (Poder Reformador), al elaborar una reforma, y precisamente de la Carta Fundamental de los mexicanos, no observó el cuidado que insoslayablemente debe tener en su actividad legislativa. El Ministro Ponente de la contradicción de tesis 44/2007-PS, así como la Primera Sala en su integridad, con demasiada discreción y cortesía anotaron que: "En teoría la norma idóneamente aplicable al caso sería la que expidiera tal Congreso para el orden federal [...] y que tales órganos jurisdiccionales federales estuvieren funcionando. Sin embargo, y sin que de alguna manera esto sea un reproche por omisión legislativa al Congreso (recuérdese que al legislador federal el Poder Reformador no le impuso plazo), en el orden federal aún no se ha establecido el sistema integral de justicia para adolescentes". Realmente, sí debería haber sido un reproche y una crítica severa.

Si fue lo segundo (no quiso fijarle plazo a la Federación), es muy preocupante, porque significa que el legislador le concedió privilegios a la Federación para el cumplimiento del decreto, sin tomar en consideración las consecuencias que esta omisión originaría.

La falta de una legislación Federal en esta materia ha dado margen a múltiples resoluciones subjetivas y hasta contradictorias entre sí, lo que ha creado graves problemas que, de manera primordial, han afectado los derechos de los menores, reconocidos plenamente en la Constitución, en diversos tratados internacionales y en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Así que el mayor tropiezo para el funcionamiento integral del sistema ha sido que no existía plazo para que la Federación cumpliera con lo que a esta materia le correspondía. Mientras no lo haga, el pretendido sistema integral de justicia para los adolescentes no dará los resultados deseados.

b) Reforma a los artículos transitorios

Transcurridos más de tres años de publicada la reforma constitucional que se analiza (12 de diciembre de 2005), y al advertir la grave omisión de no haber incluido a la Federación en el segundo artículo transitorio, dos senadores del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, en sesión celebrada por la Comisión Permanente el 21 de enero de 2009, presentaron una iniciativa con proyecto de decreto mediante la cual se adiciona un segundo párrafo al artículo segundo transitorio, y un artículo tercero transitorio al decreto por el que se reformó y adicionó el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el documento relativo, a manera de exposición de motivos, se reconoce que:

...pese a lo establecido en el cuarto párrafo del artículo 18 reformado, no se incluyó en el régimen transitorio la temporalidad para que operaran las reglas del sistema en el ámbito federal, por lo que, una vez implantada la reforma a escala local, se hace evidente la necesidad del establecimiento de leyes, instituciones y órganos específicos para el ámbito federal. Esta omisión es justamente la que da origen a la presente propuesta...

En esta misma exposición de motivos se acepta otra falla que se pretende subsanar mediante las adiciones propuestas a los artículos transitorios aprobados por el mismo Congreso. Se dice:

En los artículos transitorios del decreto referido no fueron considerados algunos de los elementos necesarios para armonizar dos sistemas, con lo que se genera una posibilidad de impunidad por razones puramente formales y procesales.

En virtud de lo anterior, se considera de gran importancia determinar en el régimen transitorio el período en el cual debe expedirse la legislación secundaria en el ámbito federal; y, por otro lado, lograr la implantación del sistema integral en todos los sistemas locales, en beneficio de los menores ya procesados, sin que ésta provoque que se dejen de sancionar conductas realizadas durante la vigencia de la legislación anterior.

Después de las diferentes etapas legislativas la minuta en estudio fue aprobada por el Congreso y turnada para con-

sulta a las Legislaturas de los Estados. Una vez aprobada, el Decreto se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2009.

Dicho Decreto establece:

Artículo Único. Se adicionan un segundo párrafo al artículo segundo transitorio y un artículo tercero transitorio al Decreto por el que se declara reformado el párrafo cuarto y adicionados los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de diciembre de 2005, para quedar como sigue:

Transitorios

Primero. ...

Segundo. ...

La Federación contará con un año a partir de la entrada en vigor del presente decreto, para expedir las leyes y establecer las instituciones y los órganos que se requieran en el orden federal para la implementación del sistema de justicia integral para adolescentes.

Tercero. Los asuntos en trámite hasta el momento en que entren en vigor las leyes y se implementen las instituciones y los órganos a que se refiere el transitorio anterior se concluirán conforme a la legislación con que se iniciaron. Los asuntos que se encuentren pendientes de resolución en el momento en que inicie la operación del nuevo sistema

se remitirán a la autoridad que resulte competente para que continúe en el conocimiento de éstos hasta su conclusión.

Artículo Transitorio Único. El presente decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

c) Cabe advertir que el plazo concedido a las legislaturas locales —Estados de la Federación y Distrito Federal—, a pesar de que la tarea de construir un sistema integral de justicia para adolescentes era ardua y problemática, sobre todo por no contar con el presupuesto necesario, por la carencia de espacios y de recursos humanos idóneos, únicamente se le concedieron seis meses para cumplir con el requerimiento constitucional; en cambio, a la Federación, después de casi tres años de concluido el plazo para los Estados y para el Distrito Federal, se le otorga un año más para cumplir su encomienda.

Con esta nueva reforma, queda claro que el tan publicitado sistema integral de justicia para adolescentes se verá realmente configurado hasta finales de agosto de 2010.

Ante la actitud del legislador, es oportuno recordar unas ideas del Dr. Sergio García Ramírez a propósito del oficio del legislador:

Supongo que el legislador deliberando en su fuero interno, trabajando en el rigor de su conciencia, debe vivir largas noches de angustia e insomnio. Cuando imagina una ley o recibe un proyecto, comienza el grave ejercicio de responsabilidad que concluirá en la norma positiva. Esta se agrega

inmediatamente a la historia. Es historia, desde que inicia su vigencia. Y a partir de ese punto también comienza, inexorablemente, el juicio de la historia sobre el trabajo del legislador.⁴

En este caso, el juicio de la historia ya comenzó y no es nada positivo.

4. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES

El párrafo cuarto del artículo 18 constitucional postula que:

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

Para Ruth Villanueva Castilleja "Un Sistema Integral de Justicia para Menores Infractores debe conceptualizarse como un conjunto de instituciones, tribunales y autoridades especializadas interrelacionados para la atención de los menores infractores en materia de prevención, procuración e impar-

⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Una reforma constitucional inquietante", en *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año LXIV, No. 1, enero-abril, México, 1998, p. 3.

tición de justicia, y ejecución de medidas, que forman una unidad con plena independencia entre ellas, pero con el mismo fin común...".⁵

Un "sistema integral" material de justicia para menores (adolescentes) requiere, para ser realmente integral, abarcar los siguientes subsistemas: a) preventivo; b) de procuración de justicia (persecución y defensa); c) de impartición de justicia (judicial); d) ejecutivo, y e) de seguimiento de los casos (postejecutivo). Además, y esto es fundamental, debe estar regido por un integral sistema jurídico penal.

Ahora bien, cada subsistema constituye, por sí mismo, un sistema en razón de que cada uno incluye los cuatro componentes de todo sistema material: 1) composición: los elementos materiales del sistema; 2) estructura: los vínculos materiales que mantienen unificados coherentemente a los elementos; 3) entorno: cada subsistema tiene como entorno a los otros cuatro subsistemas y a los restantes sistemas sociales, y con todos ellos mantiene vínculos materiales, y 4) mecanismo: las conductas de las personas que tienen a su cargo las tareas propias del subsistema y que hacen funcionar a éste.

Un sistema integral jurídico de carácter penal (sustantivo, adjetivo y ejecutivo), emanado de los respectivos procesos legislativos, constituye un sistema conceptual y, por ende, incluye únicamente, tres componentes: 1) composición: las

⁵ VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, "La reforma al artículo 18 constitucional y su impacto en el sistema de menores infractores", en *Panorama Internacional para Justicia Penal. Temas diversos. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados, Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal*. Coordinadores Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007, p. 353.

normas jurídicas de carácter penal pertenecientes al sistema (elementos del sistema); 2) estructura: conexiones lógicas y semánticas coherentes entre las normas de carácter penal del sistema y entre éstas y las de su entorno, y 3) entorno: la restante normatividad jurídica.

El sistema integral material de justicia para menores (adolescentes) viene a ser un supersistema, que incluye: composición: los cinco subsistemas materiales anteriormente anotados; 2) estructura: los vínculos materiales que unen a los subsistemas entre sí y con su entorno; 3) entorno: los sistemas sociales que rodean al supersistema, y 4) mecanismo: las tareas que se deben realizar en los cinco subsistemas.⁶

a) La prevención, en este contexto, significa instrumentar medidas idóneas para evitar la realización de conductas antisociales por los menores, desde sus diferentes áreas de desarrollo y educación (familiar, escolar, social, laboral, etcétera), tomando en cuenta todos los factores que entran en juego en el propiciamiento de las conductas irregulares. Los factores son múltiples: disfunción familiar, desamparo total de los niños, extrema pobreza, desempleo, marginación, discriminación, rezago en la prestación de toda clase de servicios públicos, proliferación de drogas y facilidad para obtenerlas y otros más que no sólo han sido señalados, sino analizados por especialistas.

Sin la instrumentación e implementación de programas bien diseñados y la de las medidas idóneas para abatir los

⁶ Las ideas se obtuvieron de tres libros: del BUNGE, Mario. *A la caza de la realidad*, Gediza, Barcelona, 2007, pp. 182 a 191. *Emergencia y convergencia*, Gediza, Barcelona, 2004, pp. 45 a 60, y *Diccionario de Filosofía*, Ed. Siglo XXI, México, 2001, pp. 196 y 197.

factores que propician las conductas antisociales, poco se conseguirá. Esta etapa es insoslayable en un sistema integral de justicia para adolescentes; sin embargo, el texto del artículo 18 constitucional no menciona lo que:

La Organización de las Naciones Unidas ha señalado que «una política de justicia de menores que no vaya acompañada de un conjunto de medidas destinadas a prevenir la delincuencia juvenil comporta graves limitantes». Sin embargo, la realidad que se ve en la República mexicana en cuanto a este tema es que únicamente en nueve legislaciones [estatales] se observa que se atiende a este subsistema, encontrando una profunda desatención a un aspecto tan importante.⁷

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) también postulan medidas importantes que habrían de tomarse en cuenta.

b) En el ámbito de la procuración de justicia, además de la especialización del personal, se requieren edificios o, al menos, espacios específicos adecuados e independientes en las instituciones ya existentes destinadas al Ministerio Público, áreas que deberán ser remodeladas para acondicionarlas a fin de realizar su función especializada.

c) Lo mismo se podría decir de lo concerniente a la defensa y particularmente a la defensoría pública, indispensable en esta materia para asistir jurídicamente al menor y

⁷ VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, "XIII Congreso Nacional y VI Internacional sobre menores infractores. Importancia de la especificidad de la materia", *Criminalia*, Academia..., *op. cit.*, Año LXXV, No. 3, septiembre-diciembre, México, 2008, p. 5.

ejercer todas las funciones propias de la defensa y así cumplir con el principio del debido proceso legal.

d) Respecto de la instancia judicial, tanto los Jueces como los Magistrados deberán ser profesionales calificados y especializados en la justicia y el trato adecuado para los menores. Los tribunales o áreas de impartición de justicia deben estar dedicadas específicamente a la atención de los menores (adolescentes).

e) En el ámbito ejecutivo, el personal deberá también estar especializado. En cuanto a los espacios para el tratamiento e internamiento del menor, éstos deberán ser lugares adecuados para dar cabida a los menores que deben ser tratados, como lo marcan, entre otros instrumentos internacionales, la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. No se trata de cualquier lugar que se destine para estos efectos, como suele suceder, sino del lugar que cuente con las instalaciones necesarias y adecuadas para el fin propuesto.

f) En cuanto a la legislación (sustantiva, adjetiva y ejecutiva) se debe atender a los postulados constitucionales, especialmente a los previstos en el artículo 18, y a los contenidos en instrumentos internacionales de los cuales México es parte. Todo esto sin olvidar que prioritariamente se debe tener presente el "interés superior del niño".

El referido artículo 18 no dio cabida a todos los subsistemas que necesariamente debieron ser reconocidos en el "sistema integral"; como ya lo señalamos, nada se dijo de la

prevención. También se guardó silencio por lo que respecta al seguimiento de los casos, tema de suma importancia para lograr la real "reintegración social y familiar del adolescente". Dicho texto sólo señala, de manera destacada, el establecimiento del sistema integral de justicia para adolescentes, cuya operación estará a "cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializadas en la procuración e impartición de justicia para adolescentes".

La construcción del sistema no es tarea fácil. La dificultad para dar cumplimiento a los requerimientos del nuevo modelo de justicia, por parte de las entidades federativas y del Distrito Federal, ha sido tan profunda y tan compleja que se puede afirmar que el pretendido sistema integral no se ha logrado todavía. En gran parte porque se trata de múltiples leyes (emitidas éstas por cada una de las 31 entidades federativas y el Distrito Federal) que deben tener como directriz fundamental el texto constitucional, que sólo contiene los principios básicos que constituyen el punto de partida para la elaboración total de las diversas leyes que han de regir la materia de menores (adolescentes) en cada entidad federativa y en el Distrito Federal.

Por otra parte, de particular importancia era y es la especialización del personal encargado de "la procuración e impartición de justicia", lo cual ameritaba bastante tiempo, recursos y voluntad férrea, por parte de todos los Estados de la República y el Distrito Federal, para lograrlo. No menciono a la Federación porque ésta, a pesar de quedar comprendida en el cuarto párrafo del art. 18 constitucional, no hizo ningún esfuerzo.

5. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El artículo 18 de la Norma Fundamental consagra en su texto el interés superior del niño cuando se refiere a la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite el caso, "atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente". Textualmente no lo incluye en toda la instrumentación del sistema integral de justicia; sin embargo, en la exposición de motivos su atención es más amplia.

El "interés superior del niño" debe entenderse como el principio fundamental del sistema integral de justicia para adolescentes que, con la reforma, se consagró en la Constitución, en acatamiento de los postulados contenidos en diversos instrumentos internacionales. Es un principio garantista básico en cuanto a los derechos de los menores y las obligaciones del Estado.

Múltiples autores se han referido a este tema. Sergio García Ramírez dice que se "trata de una regla sustantiva proyectada sobre todos los extremos de la cuestión: la tarea legislativa, el desempeño jurisdiccional, la aplicación administrativa, y las políticas públicas". Informa que se invoca con gran frecuencia en documentos internacionales concernientes al menor. Así aparece, "a título de consideración fundamental para la protección especial y la dotación de oportunidades y servicios, en el principio 2 de la Declaración de Derechos Humanos del Niño, de 1959".⁸

⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Derechos Humanos de los Niños...". *op. cit.*, p. 17.

De acuerdo con Cillero Bruñol, es una garantía, en virtud de la cual en toda decisión concerniente al niño se deben considerar, primordialmente, sus derechos; dicha garantía no sólo obliga al legislador sino, también, a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y hasta a los padres del menor; es, también, una directriz política para la formulación de políticas públicas.⁹

En este mismo sentido se expresan la mayoría de los autores.¹⁰

Mónica González Contró se pregunta "¿Cómo se determina el interés superior del niño? La respuesta es fundamental, pues [...] mediante esta noción podría justificarse casi cualquier tipo de actuación...". Se trata de "un interés especial con una mayor fuerza para desplazar a otras pretensiones". En atención a algunas críticas sobre la comprensión precisa de este interés, afirma: "Ciertamente se trata de un concepto problemático, pero del que no es posible prescindir si los derechos de los niños deben ser tomados en serio, en especial por su profunda vinculación con la dignidad de la persona, en tanto sitúan al niño como un verdadero titular de los derechos derivados de la Convención".¹¹

En la Opinión Consultiva 17/02, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisa, respecto del interés superior

⁹ "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, M. (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá, Temis-Depalma, 1998, p. 84.

¹⁰ Véase: "Reforma de artículo 18 constitucional en materia de justicia para adolescentes de RAMÍREZ, Paula España Beguerisse, en *Criminalia*, Academia..., op. cit., Año LXXI, No. 3, sept.-dic., México, 2005, pp. 204 y 205.

¹¹ *Derechos Humanos de los Niños: Una propuesta de fundamentación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2008, pp. 404 a 410.

del niño: "Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño".¹²

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño se refiere reiteradamente a este interés en diversos artículos, unos de carácter general y otros específicamente cuando el menor ha infringido las leyes penales, como es el caso del artículo 40.2b.iii.¹³ Puede afirmarse que es uno de los principios más importantes de la Convención. El artículo 3.1 postula: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". En el artículo 9, en sus partes 1 y 3, se dispone que "ningún niño puede ser separado de sus padres, a menos que esta medida sea necesaria para la protección del interés superior del niño."

Las Reglas de Beijing destacan que el tratamiento de menores en establecimientos penitenciarios tiene como objeto "garantizar su cuidado y protección, así como su educación y

¹² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional", en *Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos*, México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2006, p. 64.

¹³ Artículos 40.2b.iii: "Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales".

formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constitutivo y productivo en la sociedad" (26.1). También indica que los menores confinados en establecimientos penitenciarios "recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria —social, educacional, profesional, psicológica, médica y física— que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano" (26.2). Se interpreta, de varios postulados, el interés primordial o superior del niño, aunque no se invoque esa denominación.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes incluye, en el artículo 3, entre los principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes "el interés superior de la infancia." Hace alusión también a este principio el artículo 45: en el punto C, en relación a la privación de la libertad; y el punto K, referido al derecho "de quienes están privados de su libertad de mantener contacto permanente y constante con su familia salvo en los casos que lo impida el interés superior de la infancia".

6. SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO

a) La principal característica del sistema acusatorio es la separación de las tres funciones procesales: acusación, defensa y decisión. Cada una de éstas es llevada por un sujeto (órgano) diferente, de manera independiente y sin interferencias de los otros dos. Esto quiere decir que en este sistema no está permitido que una misma función se lleve a cabo por más de un órgano, ni tampoco que un mismo órgano tenga a su cargo más de una función.

Por otra parte, los actos de acusación y defensa se llevan a cabo íntegramente ante el órgano de decisión. Además, el órgano acusador y el de defensa que representa al acusado se encuentran en paridad jurídica; esto significa que les asisten iguales derechos en cuanto a buscar y ofrecer pruebas y alegar ante el Juez.

Por lo que respecta al Juez (Juez de derecho o tribunal) puede afirmarse que es un árbitro; por lo mismo, un sujeto imparcial. No le está permitido investigar; por tanto, no tiene facultades para introducir elementos probatorios en ningún momento del procedimiento; sus actos son exclusivamente decisorios y, al finalizar el procedimiento, resuelve después de valorar las pruebas conforme al sistema de la íntima o de la libre convicción.

Como consecuencia de la igualdad en la actuación de acusador y acusado, el procedimiento es contradictorio, lo que a su vez determina necesariamente la oralidad y la publicidad. En otros términos: la oralidad y la publicidad vienen a ser consecuencias necesarias de la dialéctica entre acusación y defensa.¹⁴

b) En el sistema acusatorio, consagrado de manera expresa en la Constitución (art. 20), la función de investigar los delitos y de acusar ante los tribunales corresponde al Ministerio Público (la investigación también compete a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función art. 21). El Ministerio Público es un órgano administrativo dependiente del Poder

¹⁴ Todas estas ideas se extrajeron de ISLAS, Olga y RAMÍREZ, Elpidio, *El sistema procesal penal en la Constitución*, Porrúa, México, 1979, pp. 12 a 14.

Ejecutivo. La defensa, está prevista como un derecho indeclinable de toda persona imputada. La función decisoria (imposición de las penas), con base en las probanzas, corresponde exclusivamente a la autoridad judicial (art. 21).

c) El artículo 18 no alude de manera expresa al sistema acusatorio, no obstante se establece varias disposiciones que sólo tienen cabida en dicho sistema. En el párrafo 4o. se habla de un sistema integral de justicia "en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo", reconocimiento que sólo ocurre en el sistema procesal acusatorio. Particularmente, respecto de los menores, habrá que tomar en cuenta todos aquellos derechos específicos que por su carácter de persona en desarrollo les han sido reconocidos en la Constitución, en el área internacional y en las leyes correspondientes.

En el párrafo sexto se prescribe que "en todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal"; y esta garantía, que en realidad no es una sino un conjunto de garantías o derechos especialmente importantes para los adolescentes que se encuentran en desgracia, por la imputación de algún delito, sólo concuerda con el sistema acusatorio. Se precisa, también, en el mismo párrafo sexto, que debe existir "independencia entre las autoridades que efectúan la remisión y las que impongan las medidas". La independencia de tales autoridades es uno de los principios fundamentales del sistema acusatorio. Por otra parte, y como consecuencia, únicamente el sistema acusatorio puede garantizar las exigencias del nuevo derecho para menores o adolescentes, consagrado en el artículo 18 constitucional.

7. RESPETO AL DEBIDO PROCESO LEGAL

El artículo 18 constitucional, en su párrafo sexto dispone: "En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal".

Con el término "debido proceso" se quiere indicar que durante un enjuiciamiento se deben respetar todas las garantías consignadas en la Constitución para todas las personas. Dichas garantías, en el ámbito del sistema de justicia penal, están contenidas en los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23. Tratándose de los adolescentes habrá que añadir a estas garantías inherentes a toda persona, las que les son propias por su condición única (de menor), reconocidas tanto en la Constitución como en los tratados internacionales y en las leyes relativas.

Para los sistemas garantistas el debido proceso legal es el principio de mayor importancia. En este sentido para los adolescentes en el debido proceso legal deben quedar comprendidos todos los derechos para el imputado previstos en el artículo 20 constitucional y, preponderantemente, las siguientes garantías: a) presunción de inocencia; b) derecho a una defensa adecuada; c) juicio seguido ante un Juez independiente, imparcial y especializado en la materia de menores; d) juicio contradictorio, y e) respeto pleno a los derechos fundamentales.

En la Constitución Federal, el debido proceso legal presume el sistema procesal acusatorio.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes postula, en su artículo 44, una regla muy ge-

neral de que: "Las normas protegerán a niñas, niños y adolescentes de cualquier injerencia arbitraria o contraria a las garantías constitucionales o a los derechos reconocidos en esta ley y en los tratados suscritos por nuestro país, en términos de artículo 133 constitucional." En el artículo 46 se señala, con exactitud, que los procedimientos a los que se someta a una o a un adolescente que presuntamente haya infringido la ley penal, se les deberán respetar todas las garantías procesales dispuestas en la Constitución, y particularmente: a) presunción de inocencia; b) celeridad; c) defensa; d) no ser obligado al careo judicial o ministerial; e) contradicción y f) de oralidad.

Por su parte, el artículo 45 establece lineamientos muy parecidos a los previstos en los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El señalamiento de esta garantía, en su amplio desarrollo, es vasto en los instrumentos internacionales.

La Convención de los Derechos del Niño, prevé en su artículo 40.1 que:

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

Con ese mismo fin de protección del niño en el artículo 40.2 establece derechos rectores de especial importancia relacionados con el debido proceso legal: a) de legalidad; b) de presunción de inocencia; c) de ser informado, sin demora, de los cargos que pesan en su contra; d) de asistencia jurídica para su defensa; e) de celeridad: que su causa sea dirimida sin demora; f) de jurisdicción y audiencia: ser juzgado por un "órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley;" g) de presencia de su defensor en todos los actos del juicio; h) de no ser obligado a prestar testimonio o a declararse culpable; i) de interrogar a los testigos de cargo y de que se escuche a los testigos de descargo en condiciones de igualdad; j) a poder impugnar la medida impuesta (derecho de apelación); k) de contar con asistencia gratuita de un intérprete, en caso necesario, y l) respeto a su vida privada.

Es importante destacar que las Reglas de Beijing, regulan principios similares a los de la citada Convención.

8. ESPECIALIZACIÓN

El quinto párrafo del artículo 18, dispone textualmente que: "...la operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializadas en la procuración e impartición de justicia para adolescentes".

Bajo esta tesitura, la especialización es un requerimiento constitucional que inexorablemente debe estar presente en todos los ámbitos del sistema integral de justicia para adolescentes; esto es, en la prevención, procuración de justicia,

impartición (instancia judicial) y ejecución, ya que sólo así se puede garantizar la real existencia del sistema integral de justicia para adolescentes. Debe quedar bien claro que el artículo constitucional que se analiza se refiere, de manera expresa, a "instituciones" especializadas y, obviamente, al personal que las integra.

Esta figura es una garantía de primer orden para el menor adolescente, pues significa una exigencia ineludible para poder cumplir con el tratamiento que, de acuerdo a los principios instaurados en los instrumentos internacionales, debe dársele a este grupo de personas tan vulnerable. Es un principio que implica una diferencia cualitativa entre las autoridades responsables de la justicia para adultos y la de los menores. Doctrinariamente, respecto a la especialización de quienes manejan la justicia de menores, no hay discrepancia.

Las Reglas de Beijing,¹⁵ postulan, en la Regla 22, la necesidad de contar con personal especializado y capacitado; especifica que para garantizar la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se le impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación y de repaso durante el servicio, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción. La Regla 12 se refiere concretamente a la especialización ("instrucción y capacitación especial") de la policía.

¹⁵ De manera general, en el punto 2.3, al abordar el "Alcance de las Reglas y definiciones utilizadas", en el punto 2.3, prescribe: "En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargadas de las funciones de administración de la justicia de menores [...]".

La Convención sobre los Derechos del Niño destaca cómo deber "...los Estados Partes tomar todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido las leyes penales (art. 40, apartado 3).

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes dispone, a este respecto, principios sumamente parecidos a los de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, en el artículo 45-E prevé el deber de promover códigos o leyes en los que se establezcan procedimientos y se creen instituciones y autoridades especializadas para el tratamiento de quienes se alegue han infringido las leyes penales: "Entre estas acciones se establecerán Ministerios Públicos y Jueces especializados". Asimismo, en el inciso D prescribe que se crearán instituciones especializadas para el tratamiento e internamiento de los adolescentes; el artículo 48 se refiere, también, a la especialización del personal y propone, para una mejor defensa y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes a nivel nacional: "las instituciones que la Federación, el Distrito Federal, los estados y municipios establezcan, en el ámbito de sus respectivas competencias, contarán con el personal capacitado y serán instancias especializadas con funciones de autoridad para la efectiva procuración del respeto de tales derechos".

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en la acción de inconstitucionalidad 37/2006, básica en la contradicción de tesis que se comenta) analiza los alcances del término especialización y considera que éste tiene tres vertientes,

de acuerdo con los requerimientos constitucionales, cuyo objeto es: a) regir la organización del trabajo, lo que supondría la creación de dependencias (judiciales o no judiciales) de competencia exclusiva en esta materia, por ejemplo: "la creación de fiscalías o mesas especializadas del Ministerio Público que conozcan exclusiva y excluyentemente de menores infractores" (esto es lo que los instrumentos internacionales llaman "especialización orgánica"); b) regir la asignación de competencias, lo cual se traduciría en que la ley dotase expresamente a ciertos órganos "de competencia específica en materia de menores, no bastando, entonces, para juzgar a un menor [...] la competencia genérica en materia penal o mixta", y c) hacer referencia al perfil del funcionario, "lo que supondría un conocimiento específico de la materia y la concientización en cuanto al trato que debe preferirse al menor".

Por otra parte, el Alto Tribunal —en esta contradicción 44/207-PS— considera que "...si bien el que se reúnan estas tres formas de concebir la especialización sería lo idóneo —lo que es consecuente con los fines de la reforma—, la exigencia constitucional referida debe entenderse, en primer término y con carácter exigible, a la especialización como un requisito que debe cubrir el perfil del funcionario [inciso c) anterior]". Y continúa señalando que los instrumentos internacionales sólo exigen una capacitación o instrucción específica a estos funcionarios: "No es su propósito obligar a los Estados a adoptar cierta forma de organización" ni mucho menos, de acuerdo a una mala entendida especialización, proponerla "a modo de nicho excluyente y excluido del resto".

A mi juicio, como ya lo expresé al inicio, la especialización también debe ser orgánica tanto, en el área del Ministerio

Público como en la defensoría, tribunales y ejecución. Históricamente los tribunales para menores eran independientes del Poder Judicial. La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 40.3, habla de "instituciones específicas"; e igualmente lo hace la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y el mismo artículo 18 constitucional.

En el ámbito de la procuración, impartición y ejecución de la justicia, el personal no sólo debe ser profesional en la función que normalmente se desempeña en la justicia para adultos, sino debe, además, estar capacitado y especializado para atender de manera exclusiva los problemas de los menores (adolescentes).

Ruth Villanueva dice que:

...la especialización de la materia no puede obedecer a meras imposiciones ni habilitando personal carente de la debida capacitación o, en el mejor de los casos, capacitados en cursos cuyos contenidos y duración no cumplen con la normatividad en materia de educación en México ni con los principios de las normas de Naciones Unidas, que especifican una especialización, no [sólo] en materia penal, sino esencialmente dirigida al conocimiento del menor en todos sus aspectos.¹⁶

Por otra parte, como se desprende del mismo artículo, deberá contarse con lugares adecuados para el desempeño

¹⁶ Documento dirigido a la XL Legislatura de la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, suscrito, entre otros diversos Institutos, el de 'Prevención del Delito e Investigación Penitenciaria'.

de todas las funciones que se requieren en materia de justicia para menores, pero, de manera muy especial, del lugar destinado para el tratamiento en internamiento, que tiene como finalidad "la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades". No se trata de un sitio cualquiera que se destine para esos efectos, como suele suceder, sino de un lugar que tenga las instalaciones necesarias y adecuadas para lograr el fin propuesto. Es decir, un auténtico centro de internamiento, idóneo para proporcionar las medidas de tratamiento que amerite el menor.¹⁷

Aparejado al tema de la especialización, también suele hablarse de la "especificidad". El Dr. García Ramírez manifiesta que:

"Especificidad significa provisión de medios especiales para el menor de edad, en procuración de su interés y de su desarrollo integral. Bajo esta regla —también con alcances sustantivos, orgánicos y adjetivos— no basta la adopción de medidas generales como las correspondientes a los titulares de derechos humanos en general. Hay diferencia entre adultos y menores"¹⁸ [estos últimos reclaman medidas adicionales].

9. MEDIDAS

El artículo 18 es muy explícito en cuanto a las bases que deberán guiar la imposición de medidas. En principio prescribe

¹⁷ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y Carbonell, Miguel. "Constitución y justicia para adolescentes", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2007, p. 57.

¹⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Derechos humanos de los niños...", *op. cit.*, p. 20.

que "...se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente". Puntualiza en el párrafo sexto que "...las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente" y añade que las medidas "...deberán ser proporcionales a la conducta realizada" y subraya como fin de éstas "...la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades".

El internamiento lo prevé como medida extrema aplicable "...únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves"; en tal caso, procederá por el tiempo más breve. Las medidas, por tanto, en el mayor número de casos deben ejecutarse en externamiento (en libertad).

El establecimiento de las formas alternativas de justicia es sumamente importante porque permite que el juzgador determine la medida más adecuada, de acuerdo a la situación específica del menor, en el caso concreto, con observancia relevante del "interés superior del menor" y del fin perseguido con la medida que es la "reintegración social y familiar del adolescente".

El Dr. García Ramírez¹⁹ informa que la Corte Interamericana se ha pronunciado a favor de los medios alternativos, pero con cautela y sin menoscabo de los derechos de las

¹⁹ *Ibid.*, p. 25.

personas. Esta cautela obedece a que en el ámbito de los adultos, con frecuencia hay "entendimiento" entre las autoridades y los litigantes.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 40.4 dispone diversas medidas alternativas; con dichas medidas se pretende no llegar a procedimientos judiciales, pero su aplicación se condiciona al respeto pleno de los derechos humanos y las garantías legales. Tales medidas son: las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en el artículo 45-G prevé, a este respecto un texto casi igual que el de la Convención.

Las Reglas de Beijing en la Regla 18.1. prescribe: Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar por una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas pueden aplicarse simultáneamente: "a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Servicios económicos, indemnizaciones y devoluciones; e) Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo

y en actividades análogas; g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) Otras órdenes pertinentes".

Respecto de la proporcionalidad de las medidas, en atención a las conductas realizadas, debe quedar claro que dicha proporcionalidad debe entenderse inscrita en el ámbito de aplicación propio del sistema de justicia para adolescentes con las características precisadas en la reforma; no puede confundirse con la que es propia del sistema penal para adultos.

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

En relación al internamiento, la Convención sobre los Derechos del Niño postula que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se utilizará sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda (artículo 37, punto b). Las Reglas de Beijing prevén este principio y, consideran que "la pérdida de la libertad como estar aislados de su contexto social habitual agudiza los efectos negativos" del confinamiento (artículo 19, parte 1).

Ya se puntualizó que las medidas tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. En este punto, la Convención sobre los Derechos del Niño destaca "la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste

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

10. DERECHO A LA DEFENSA PÚBLICA

El texto del artículo 18 no hace referencia expresa a la defensa; sin embargo, al postular el sistema integral de justicia anota, que en este sistema deberán garantizarse los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución y, en ella, en diversos artículos, se manifiesta la actuación de la defensa. De manera específica, la fracción VIII del apartado B, del artículo 20, consigna el derecho a una defensa adecuada por abogado, el cual será elegido libremente por el imputado desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrarlos, "después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera". En el mismo artículo 20 se apunta que "...la confesión rendida sin la asistencia de la defensa carece de valor probatorio".

El artículo 17 establece la obligación para la Federación, los Estados y el Distrito Federal de garantizar la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población; además, deberán asegurar las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores.

Por otra parte, —como ya se anotó— la propia reforma al artículo 18, prescribe; en el sexto párrafo: "En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal", y, en esta garantía, está comprendida la defensa de los adolescentes a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales.

En las legislaciones Estatales debe quedar regulado, de manera puntual, el derecho a la defensa pública de los menores que por su situación personal deben estar muy bien asistidos desde el momento de su detención, ello para que no se les violen los derechos que les asisten y se les defienda de manera profesional y especializada.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en el artículo 45-H postula: "Que todo aquél adolescente que presuntamente ha infringido las leyes penales, tenga derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a cualquier otra asistencia adecuada, a fin de salvaguardar sus derechos. Consecuentemente, se promoverá el establecimiento de Defensores de Oficio Especializados". Este derecho del menor es de particular importancia por referirse precisamente a la defensoría pública especializada.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 40, punto iii), le garantiza al niño que su causa será dirimida en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado, teniendo en cuenta en particular su edad o situación.

En la Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, el artículo 18.a) prevé:

"Los menores tendrán derecho al asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita", obviamente cuando ésta exista, también, y tendrán derecho a comunicarse de manera privada y confidencial con dichos asesores.

SEGUNDA PARTE

1. ADMISIÓN DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS

La admisión de la contradicción de tesis 44/2007-PS era absolutamente indispensable, ya que la diversidad de opiniones en la solución de casos, en cuanto a la competencia para conocer de delitos federales cometidos por menores, ha venido ocasionando injusticias, perjuicios y hasta violaciones a los derechos reconocidos, en la Constitución y en los instrumentos internacionales, a los menores de edad involucrados. No se ha tomado en cuenta que, en toda actuación en el ámbito de la justicia para los menores, hay que atender, de manera primordial, a la protección integral y al interés superior de los menores (adolescentes), que es uno de los postulados de la reforma al artículo 18 constitucional.

2. COMENTARIO GENERAL

La solución a la que arribó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de ésta contradicción de Tesis es de especial relevancia porque termina con la incertidumbre al resolver sobre la competencia para conocer de los delitos federales cometidos por menores o adolescentes y, como ya lo apuntamos, evita a la vez los perjuicios que se les puedan ocasionar con trámites largos y traslado al Distrito Federal.

La Primera Sala, antes de su conclusión final, además de valorar los criterios sustentados tanto por el Quinto Tribunal Colegiado del Octavo Circuito como por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito, analizó los preceptos constitucionales y legales que pudieran coadyuvar en la solución de la contradicción.

Su punto de partida, como era lo acertado, fue la reforma al artículo 18 constitucional (publicada el 12 de diciembre de 2005, en el *Diario Oficial de la Federación*), ya que dicha reforma plantea un nuevo modelo de justicia para adolescentes. Algunos de los criterios sustentados en este caso, ya se habían aportado por parte del Pleno de la Suprema Corte al resolver la acción de inconstitucionalidad 37/2006. En ella se examinaron los principios fundamentales que constituyen el eje del nuevo modelo, tales como: el interés superior y la protección integral de los adolescentes, el de intervención mínima del derecho penal, el de respeto a los derechos fundamentales de toda persona sujeta a proceso penal, el de reintegración social y familiar del adolescente (finalidad de la medida impuesta), el de especialización, el de igualdad y no discriminación y el de presunción de inocencia.

En esta misma jurisprudencia, además de otros temas que guardan relación con la tesis que aquí se comenta, se abordó el de la independencia que debe haber entre las autoridades que remiten y las que imponen las medidas. Se citan diversos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño que son de aplicación indispensable y varias de las Reglas de Beijing.

Del tema anterior derivó el análisis de cómo deben ser los tribunales que operan en el sistema de justicia para adoles-

centes: formal y/o materialmente. El Alto Tribunal, en su reflexión, tomó como base lo prescrito por la Constitución, específicamente, recurrió a las disposiciones contenidas en los artículos 1o., 4o. y 17; asimismo, relacionó, los artículos 16 y 21.

Una vez estudiado el contexto constitucional, atendió al marco legal del caso en que se plantea en la contradicción de tesis. Debe resaltarse que todo el problema competencial tiene su origen en el artículo segundo transitorio, que no le fijó plazo a la Federación para estructurar el sistema integral de justicia para adolescentes en materia federal.

Aquí se examinan las dos posibilidades legales para determinar la competencia. Por un lado, los artículos 500 y 501 del Código Federal de Procedimientos Penales y, por otro, los artículos 4o., 5o. y 6o. de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Las soluciones—como se manifiesta en el cuerpo de esta contradicción—son excluyentes.

De acuerdo con mi criterio, la única solución, constitucional y legalmente fundada referente al conflicto competencial planteado, es la asumida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; es decir, la que fundamenta la competencia de los tribunales locales de menores (fuero común) para conocer de los delitos federales cometidos por menores o adolescentes, en la relación de la fracción I del artículo 104 y el artículo 18 constitucionales y los artículos 500 y 501 del Código Federal de Procedimientos Penales. Esto, por diversas razones:

a) Los referidos artículos 500 y 501, a pesar de que datan de 1934, no han sido derogados: están vigentes.

b) Esta solución al conflicto competencial es acorde a los postulados (principios) que resultan del nuevo sistema integral de justicia para adolescentes.

c) No viola garantías ni derechos de los menores, ya que con esta solución permanecen en el lugar en que se encuentra su familia, situación sumamente favorable para el menor y recomendada por los instrumentos internacionales.

d) Es acorde a las prescripciones formuladas por los instrumentos internacionales referidos a la materia de menores.

La otra solución: fundamentada en los artículos 4o., 5o. y 6o. de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, es totalmente discordante con los aspectos medulares del nuevo sistema integral de justicia para adolescentes, establecido mediante la reforma al artículo 18 constitucional.

Específicamente esta discordancia se debe a que el Consejo de Menores: a) es una autoridad administrativa dependiente del Poder Ejecutivo; b) realiza funciones que deben ser independientes una de otra ya que no hay independencia entre el órgano que remite y el que determina la medida; c) no es compatible con el sistema procesal acusatorio consagrado en la Constitución, y d) no tiene la posibilidad de cumplir con los requerimientos del debido proceso legal en toda su integridad.

A propósito de la solución a la que arriba la Suprema Corte de Justicia de la Nación en este conflicto competencial, se ha emitido una crítica severa,²⁰ la cual es pertinente introducir en este documento. Se dice que lamentablemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha convalidado

la conducta abúlica del legislador federal, de no cumplir con la obligación constitucional [establecida en la reforma del artículo 18] que ellos mismos redactaron, trasladando la responsabilidad de juzgar a los menores infractores de un delito federal a una autoridad que no es la competente, en lugar de obligar al Congreso de la Unión a que cumpla con su encomienda legislativa de crear sus leyes, tribunales y órganos especializados. Pero no sólo eso, también se subraya que: "fundamentar su recomendación en el artículo 500 del Código Federal de Procedimientos Penales es ignorar que el mismo era válido para cuando estaba vigente el régimen tutelar y su aplicación correspondía a una autoridad administrativa que ya no existe en las entidades federativas".

Además, agrega algunas consecuencias de este razonamiento. A mi juicio, esta crítica es plenamente desafortunada y no amerita mayor comentario; sin embargo, su molestia respecto de la actitud del legislador es justificada.

Asimismo, anota que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en criterios vertidos en algunas tesis, únicamente cita el artículo 500 del Código Federal de Procedimientos Penales,

²⁰ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, "Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a los delitos federales cometidos por menores de dieciocho años de edad" *Criminalia, Academia...*, *op. cit.*, Año LXXIV, No. 2, mayo-agosto, 2008, pp. 77 a 85.

...Omitiendo el contenido completo del Capítulo II, del Título Decimosegundo sobre Menores, dado que este Capítulo comprende cuatro artículos (500, 501, 502 y 503) y éste último es fundamental para explicar porqué la resolución del más Alto Tribunal es tendenciosa [...], pues dicho precepto textualmente señala: En todo lo relativo al procedimiento, medidas y ejecución de éstas, los tribunales federales para menores y las demás personas y autoridades que deban intervenir, se ajustarán a lo previsto en la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal.

En esta misma línea crítica, señala:

Sabe perfectamente la Suprema Corte que con la reforma al artículo 18 constitucional se sustituyó el régimen tutelar por el garantista y cuyos objetivos son totalmente diversos, de manera que al invocar o remitir a un artículo que estaba destinado para aquél régimen ya abrogado viola con ello las garantías y derechos de los menores infractores y vulnera además los principios de los instrumentos jurídicos internacionales en materia de niños y adolescentes.

A este respecto, lo único que podemos decir es que el artículo 503 que, efectivamente aludía al Consejo Tutelar de Menores Infractores del Distrito Federal, fue derogado, lo cual consta en el artículo Tercero Transitorio de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre de 1991. Ante esta situación la crítica es totalmente infundada. La interpretación que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación es plenamente ajustada

a derecho y, además, de importancia superlativa en cuanto a la protección de los derechos y garantías de los menores o adolescentes.

Independientemente de lo apuntado, no quiero dejar fuera de mi comentario el hecho de que en ninguno de los dos casos planteados por los Magistrados que originaron esta controversia, se advierte la intervención del defensor de los adolescentes, la cual hubiera podido dar claridad al problema, ya que se debió aducir, en favor de los adolescentes "el interés superior del niño", con la amplitud que a dicho interés le da la Convención de los Derechos del Niño; asimismo, el derecho del adolescente a no ser separado de sus padres (desarraigado de su familia), lo cual también es un principio rector en diversos instrumentos internacionales, y en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Art. 45-K).