

No. 1

Reforma al Artículo 18 Constitucional
R e t o s y P e r s p e c t i v a s

Consejo Editorial

Raúl González Salas-Campos

Moisés Rodríguez Santillán

Miguel Carbonell Sánchez

Pedro Zaragoza Galván

José Luis Orona Zermeño

Ramon Raguez Vallés Santiago Mir Puig

DIRECTORIO DE LA COMISION ESTATAL DE DERECHOS HUMANOS

Lic. Omar Williams López Ovalle
Presidente

M.V.Z. José de Jesús Guzmán de Alba
Consejero

Lic. Fernando Quesada Leos
Consejero

Lic. Elsa Gabriela Ruiz Guillen
Consejero

Lic. Víctor Manuel Jiménez Durán
Consejero

Lic. Moisés Rodríguez Santillán Consejero

Lic. Carlos Antonio Gutiérrez Gutiérrez
Coordinador de Comunicación Social

El Ombudsman es una revista especializada en el tema de derechos humanos. Es editada con recursos propios de la Comisión Estatal de Derechos Humanos del estado de Aguascalientes y su finalidad es poner en la mesa de la discusión temas de trascendencia reuniendo a expertos en el tema. Esta edición consta de 500 ejemplares más reposiciones y corresponde al número uno de la serie El Ombudsman. Fue impresa en los Talleres Gráficos del Gobierno del Estado, en papel educación de 60 kgs. El diseño estuvo a cargo de Kathyna Guel Milonás, bajo el cuidado de Yessica Janet Pérez Carreón, Patricia García Santana y Carolina Ramírez Lomas. Agosto 2006.

ÍNDICE	PÁGINA
PRESENTACIÓN.	11
ANÁLISIS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL DEL 12 DE MARZO DEL 2006.	
Por la Dra. Victoria Adato Green	15
● Panorama actual	17
● Diagnóstico.	18
● Contenido de la Reforma.	
● Características de la Reforma.	
Personal especializado en materia de impartición de justicia para el adolescente.	
PRINCIPIOS PARA UNA NUEVA LEGISLACIÓN ESTATAL PARA EL TRATAMIENTO DE MENORES INFRACTORES.	
Por el Dr. Raúl González-Salas Campos	23
1. Nuevo Artículo 18 Constitucional.	27
2. Acorde con la Legislación Internacional.	29
3. Informes del Estado Mexicano y Recomendaciones del Comité.	30
4. Un nuevo sistema legal para menores.	34
5. Reglas de Beijing.	37
6. Directrices de RIAD.	50
7. Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.	52
8. Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.	54
EL MARCO NORMATIVO Y LOS ESTÁNDARES DE DERECHO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ, Y LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL.	
Por Juan Carlos Guiérrez Contreras	57
MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA ADOLESCENCIA.	
LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL Y LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LOS ADOLESCENTES.	61
RETOS Y PERSPECTIVAS DE AGUASCALIENTES ANTE LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL.	
Por la Lic. María Teresa Isabel Martínez Mercado	64
EL RETO DE AGUASCALIENTES EN LA NUEVA JUSTICIA DE MENORES.	
Por M.D. José Luis Eloy Morales Brand	67
Referencias	75

REQUERIMIENTOS DE ADECUACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE JUSTICIA JUVENIL DE CONFORMIDAD CON LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL.

Por Carlos Ríos Espinoza

83

I. Sentido de la Cuestión

85

II. La reforma constitucional de acuerdo a sus antecedentes legislativos

87

III. Alcances de la reforma constitucional en materia de justicia para adolescentes.

91

1. Crear un sistema integral con garantías judiciales iguales a las que se aplican en el caso de los adultos, además de garantías que tengan en cuenta que los adolescentes se encuentran en proceso de desarrollo.

93

2. Crear leyes, procedimientos y autoridades específicos para atender los casos de adolescentes.

94

3. Determinar exactamente una edad mínima y una máxima de imputabilidad penal.

95

4. Crear Instituciones de asistencia para niños no imputables.

5. Establecer el principio de reserva de ley.

96

6. Establecer el principio de Proporcionalidad entre el delito y la sanción.

7. Establecer el principio de subsidiariedad en la aplicación de las medidas sobre todo los que impliquen privación de la libertad.

8. Establecer institutos que permitan resolver alternativamente los conflictos de naturaleza penal.

97

9. Establecer procedimientos en los que se observe la garantía del debido proceso legal.

IV. Nota Final

102

UNA PRIMERA VISIÓN AL CONTENIDO DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Por Sergio Rodríguez Prieto

103

	PÁGINA
RETOS DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES ANTE LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL.	
Por Moisés Rodríguez Santillán	111
BIBLIOGRAFÍA	116
LA IMPUTABILIDAD DISMINUÍDA COMO ORÍGEN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PARA MENORES DELINCUENTES.	
Por Lic. Federico Carlos Soto Acosta	117
PRÓLOGO.	119
INTRODUCCIÓN.	
LOS MENORES Y EL DERECHO PENAL.	
Derecho Penal de Menores.	120
IMPUTABILIDAD.	124
DETERMINISMO O POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO.	126
A) IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA PUNIBILIDAD.	130
B) IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DEL DELITO.	
1.- Imputabilidad como capacidad de acción.	
2.- Imputabilidad como capacidad jurídica del deber.	
3.- Imputabilidad como elemento del sujeto de acción.	130
C) IMPUTABILIDAD COMO CAPACIDAD DE DERECHO PENAL.	
D) IMPUTACION COMO ELEMENTO DE CULPABILIDAD.	
E) IMIPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD.	131
IMPUTABILIDAD DISMINUIDA	134
INIMPUTABILIDAD	139
CULPABILIDAD	150

	PÁGINA
<u>EPOCA ANTÍGUA</u>	
<u>ROMA</u>	150
<u>ENTRE LA CAIDA DEL IMPERIO ROMANO Y LA REVOLUCIÓN FRANCESA</u>	
<u>DESPUÉS DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA</u>	151
EL POSITIVISMO	
TENDENCIAS ECLÉCTICAS	152
TEORÍAS DE LA CULPABILIDAD	155
A) La culpabilidad como relación psicológica.	
B) Culpabilidad como reprochabilidad.	
(Normativismo).	
CULPABILIDAD DISMINUIDA	160
LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL	167
CONCLUSIONES	169
NOTAS BIBLIOGRÁFICAS	170

PRESENTACIÓN

Sin lugar a dudas, el contar con una publicación periódica especializada en derechos humanos, resulta una herramienta de información actualizada para la comunidad preocupada por el avance de aquellos. Así, en la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, iniciamos con la revista *El Ombudsman* cuyo objetivo es dar cuenta del debate académico que se está generando en este país por los derechos fundamentales. Hoy en día, resulta necesario contar con más espacios de discusión en los derechos de la ciudadanía frente al Estado y los propios particulares para ir avanzando hacia una sociedad más igualitaria. El contenido que pretendemos abordar en *EL Ombudsman* tiene que ver con la clara intención de reflejar los cambios que están surgiendo en nuestras instituciones jurídicas, al mismo tiempo que impulsar el fortalecimiento de los derechos humanos en nuestra sociedad. La periodicidad de *EL Ombudsman* será de seis meses. Con ello, pretendemos empezar mesuradamente una actividad que sabemos no es fácil, cuya permanencia dependerá de la atención que le dispensen nuestros lectores. Velar por el respeto de los Derechos Humanos en la Entidad, es una de las ocupaciones de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos en Aguascalientes y parte fundamental para lograrlo es la difusión de los mismos.

Así pues, en este primer número, y teniendo en cuenta que el 12 de diciembre de 2005, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma del párrafo cuarto, y adición del quinto y sexto respecto del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; reformas que implican diversas obligaciones para la Federación y las Entidades Federativas, como:

- El establecimiento de un sistema integral de justicia para los menores de 18 años y mayores de 12, a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales; sistema que deberá garantizar los derechos específicos que les han sido reconocidos en su calidad de personas en desarrollo y los Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución a todo individuo.
- La especialización en la procuración e impartición de justicia para adolescentes de instituciones, autoridades y tribunales que estén a cargo de operar dicho sistema,
- El establecimiento de medidas de orientación, protección y tratamiento que se aplicaran al menor según lo amerite el caso, mismas que deben atender a la protección e interés superior del adolescente, así como el establecimiento de formas alternativas de justicia,
- Así mismo, expresamente asegura que el sistema que se establezca, debe respetar la garantía del debido proceso legal, la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas, que deberán ser proporcionales a la conducta realizada con la finalidad de la reintegración social y familiar del adolescente y el pleno desarrollo de su persona y capacidades;

- Y, expresamente señala que el internamiento sólo podrá aplicarse por el tiempo más breve a mayores de 14 años como medida extrema por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Reformas que entraron en vigor el día 12 de marzo de 2006, y que según el transitorio Segundo de las mismas los Estados cuentan a partir de entonces con 6 meses para crear las leyes, instituciones y órganos que se necesiten para la aplicación de la misma.

Elo se traduce en que las entidades federativas entre ellas, Aguascalientes tiene el compromiso de observar la reforma y para ello se encuentra con el reto de operativizar la misma, lo cual implica que se deben hacer las modificaciones e implementaciones legales e institucionales necesarias para ello.

La Comisión Estatal de los Derechos Humanos, preocupada por el respeto de los Derechos Humanos de los menores de 18 años, y la aplicación irrestricta de la Ley, organizó con el apoyo de la LIX Legislatura del Estado, el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, la Secretaría de Seguridad Pública y la Universidad Autónoma de Aguascalientes, el Seminario Nacional denominado “Retos y Perspectivas de Aguascalientes ante la Reforma al Artículo 18 Constitucional”, con la finalidad de abordar el tema de la reforma y sus implicaciones para el Estado; a dicho seminario se invitaron a expertos en la materia locales y nacionales, que enriquecieron a los asistentes con sus ponencias y aportaron sus conocimientos para la operativización de la reforma.

Así pues, ésta revista -que constituye la primera de la serie-, es producto de los trabajos llevados a cabo en dicho seminario, se traduce en uno de los resultados palpables del esfuerzo hecho por la Comisión de Derechos Humanos para que en nuestro Estado se respeten los Derechos Humanos de los menores de 18 años a los que se les atribuya la realización de un hecho antisocial calificado como grave por las leyes penales, pues contiene la aportación de especialistas en la materia que enriquecerán al lector sobre las implicaciones para el Estado de la reforma al artículo 18 Constitucional y lo consentizarán de la imperante necesidad de respetar los Derechos Humanos de dichos menores.

Omar Williams López Ovalle
Julio de 2006

Dra. Victoria Adato Green

ANÁLISIS DE LA REFORMA AL
ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL
DEL 12 DE MARZO 2006.

BREVE ANALISIS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL DEL 12 DE MARZO DE 2006.

Dra. Victoria Adato Green

En la exposición del tema se abordará en forma sintética, en primer término la presentación del panorama actual de los menores infractores que se encuentran en internamiento; en segundo término se tratará el contenido de la reforma y por último los problemas principales que se deben resolver para ejecutar la reforma constitucional.

PANORAMA ACTUAL. En la República Mexicana durante el año 2005, recibieron tratamiento en internación un total de 8,354 menores, en los 55 Centros de tratamiento interno del país. De la cifra anterior, 917 corresponden al Distrito Federal.

Los Estados de la República que tienen Centros con mayor población, en condiciones de violación permanente a sus derechos fundamentales son los que se encuentran en Chiapas, Veracruz, Quintana Roo, Estado de México y en el Distrito Federal el Centro de Tratamiento para Varones.

*Las infracciones que son causa del internamiento de menores son:

Contra el patrimonio:	56.93%
Contra la vida e integridad corporal:	17.61%
Contra la integridad y libertad sexual:	12.28%
Contra la salud:	5.63%

*Las edades de los menores infractores en promedio son:

Varones	17 años
Niñas	15 años

*El 90% de los menores internos padecen adicciones que destruyen su cerebro y su organismo; dicho porcentaje es equivalente a 7,518 menores de la población de los Centros de Tratamiento del país. La sustancia más consumida es la marihuana, pero el comportamiento de consumo indica que los inhalantes están ganando terreno en las preferencias de los menores, debido a su bajo costo.

*En la mayoría de los casos los menores provienen de familias desintegradas en las que han padecido abusos y violencia.

*Gran parte de la población de los Centros de Menores infractores presenta una deficiente educación, en virtud de que el 43% de dicha población no asistió de manera regular a la escuela.

*En los centros de menores no se hace la clasificación correspondiente, tomando en cuenta la edad, sexo y la infracción cometida y tal omisión produce la

contaminación de los que tienen menor edad.

Diagnóstico. En los centros de reclusión los menores infractores no reciben el tratamiento adecuado que debe proporcionárseles institucionalmente. Los centros carecen de la atención médica, psicológica y/o psiquiátrica para combatir adicciones, así como la pedagógica y de capacitación laboral, esta situación de manera fatal determinará que los menores al obtener su liberación se incorporen a la sociedad, con graves deficiencias y resentimientos con una probabilidad muy alta de que al ser adultos cometan delito, como consecuencia de que la institución en donde permanecieron sin libertad no realizó con eficacia y responsabilidad sus atribuciones.

El lunes 12 de diciembre de 2005 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma Constitucional al artículo 18, adicionando los párrafos 5º. y 6º.

La reforma entró en vigor el 12 de marzo de 2006 y los Estados de la Federación y el Distrito Federal contarán con 6 meses a partir de la entrada en vigor de la reforma, que será el 12 de septiembre del año 2006, para crear leyes, instituciones y órganos que se requieran para aplicar la reforma Constitucional.

Contenido de la Reforma. La materia de la reforma es la creación de un Sistema integral, aplicable a quienes se les atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales, adolescentes que tengan entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad.

Respecto a los niños y niñas mayores de 12 años y menores de 14 años de edad que hayan realizado una conducta prevista como delito, se establece que sólo serán sujetos de rehabilitación y asistencia social

Características del Sistema. Del texto de la reforma, se advierte que es garantista, ya que se alude a que en los procedimientos seguidos a los adolescentes se cumplirá la garantía del debido proceso penal, y los derechos fundamentales que reconoce la Constitución, para todo individuo y los específicos que por su condición de personas en desarrollo le han sido reconocidos.

Con la entrada en vigor de la reforma, se elimina el sistema tutelar que regía en 14 Estados y el Sistema Mixto en 7 Estados de la República.

Personal especializado en materia de impartición de justicia para adolescentes.

Para la operación del sistema la reforma impone el establecimiento de instituciones, tribunales y autoridades especializadas en procuración e impartición de justicia para adolescentes. En el texto constitucional se precisa como garantía para los menores sometidos al procedimiento, que el personal de las instituciones de internamiento, sean especialistas en adolescentes infractores.

Tipo de medidas para aplicarse a los adolescentes que estableció la reforma. El texto constitucional precisa las siguientes medidas: orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, y el internamiento que será la medida extrema y por el tiempo más breve, aplicable esta última a los adolescentes mayores de 14 años de edad que hubieran cometido conductas antisociales calificadas como graves.

Se advierte que en la reforma, los adolescentes para hacerse acreedores de una medida de internamiento, que es prisión, deben haber realizado conductas tipificadas como delitos graves.

Respecto de las medidas, la Constitución puntualiza que éstas deben ser proporcionales a la conducta realizada.

La Reforma establece que la aplicación de las medidas tendrán como fin:

- A) La reintegración social y familiar del adolescente; y
- B) Lograr el pleno desarrollo de su persona y capacidades.

Algunos de los problemas que se deben resolver para ejecutar la reforma Constitucional.

1. En la República mexicana, la edad penal es diferente en cada Estado veamos: 16 años en 15 Estados: Aguascalientes, Coahuila, Durango, Guanajuato, Michoacán, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán.

17 años en Tabasco

18 años en 16 Estados: Baja California, Baja California Sur, Campeche, Colima, Chiapas, Chihuahua, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Morelos, Nuevo León, Sinaloa, Sonora, Zacatecas y en el Distrito Federal

Una de las primeras acciones que tendrán que realizar los Estados que tienen una edad penal menor de 18 años de edad es hacer un censo del número de procesados y sentenciados menores de 18 años para que sean trasladados a las instituciones del sistema integral de justicia para adolescentes y aplicarles en su beneficio la retroactividad de las reformas tanto de la Constitución como de las leyes secundarias que entren en vigor y que sean consecuencia de la reforma Constitucional.

2. Proveer lo necesario para que las instalaciones de internamiento sean adecuadas y que permitan en principio, una mínima clasificación por sexo, edad y por la infracción cometida, con el objeto de evitar la contaminación de los adolescentes en rango de edad de 16 a 18 años y los menores de estas edades.

3. Las instalaciones deben ser las apropiadas para que se apliquen los tratamientos individualizados a los adolescentes y que permitan su reintegración

social y familiar, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades, por lo que será necesario establecer espacios para las áreas médicas, de psicología, el sistema educativo en el que se cumpla con las garantías de los artículos 3º. y 4º. de la Constitución, asimismo, los lugares necesarios para las visitas familiares, en el caso de que estas sean positivas para el adolescente, espacios apropiados para el deporte, y sobre todo instalaciones diseñadas para el tratamiento de las adicciones de los adolescentes en conflicto con la ley, este último requerimiento se justifica en atención a que el 90% de los menores actualmente internos padecen adicciones que los destruyen física y mentalmente y que no son atendidos por la autoridad garante, la secretaria de salud y sus áreas desconcentradas, con esta omisión se viola además en forma reiterada en los centros de menores lo dispuesto por el párrafo 3º., del artículo 4º., Constitucional que contiene la garantía de la protección de la salud.

4. La reforma Constitucional impone el deber a las legislaturas de los Estados de legislar especialmente sobre la materia y resolver problemas que específicamente se precisan, como que las medidas que se apliquen a los adolescentes deben ser proporcionales a la conducta realizada, ante este señalamiento el Poder Legislativo de cada Estado debe proveer lo conducente con el fin de legislar tanto en materia sustantiva como en materia adjetiva para integrar el sistema de justicia para adolescentes, o bien resolver el problema por la vía fácil, pero no la más adecuada, como lo sería crear disposiciones en el Código Penal Federal y en el del orden común en el que se dispusiera que en el caso de que los adolescentes concretaran las conductas típicas descritas en los Códigos, la “medida aplicable” sería la correspondiente a la 1/2 o a la 1/4 o a la 3ª. Parte de la que corresponde a los mayores de 18 años de edad. También es necesario determinar con precisión la medida de internamiento, toda vez que la reforma integral de justicia para adolescentes dispone que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce la Constitución para todo individuo y es incuestionable que la medida de internamiento es prisión y en consecuencia para imponerla deben cumplirse con las garantías que se contienen en los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución y su inobservancia, determinará violación de garantías que darían lugar validamente a la promoción del amparo para restaurar el orden Constitucional violado. En este mismo orden de ideas será necesario precisar en la ley el catálogo de “Conductas antisociales graves” que dan lugar al “internamiento”.

1. La reforma ordena que el personal que debe operar el sistema debe ser especializado en la procuración e impartición de justicia para adolescentes, por lo que los gobiernos de los Estados deberán convocar a personas que acrediten la especialidad en la materia, para que se integren al sistema en virtud de que en el supuesto de que la autoridad facultada para la investigación de los delitos y la impartición de justicia para adolescentes no cuente con la especialidad que exige

Constitucional, serán autoridades incompetentes por carecer de uno de los requisitos -la especialidad- que expresamente señala el texto constitucional, y en consecuencia sus determinaciones violarán la garantía del artículo 16 constitucional que establece que todo acto de molestia debe ser por mandamiento escrito de la autoridad competente

2. Los gobiernos de los Estados, deberán impulsar la redacción de reglamentos para los centros de internamiento de adolescentes acordes a los lineamientos constitucionales que permitan que las medidas que se apliquen, sobre todo las de internamiento sean para lograr la protección integral del adolescente y del interés superior de este.

Finalmente, no debemos olvidar que en la estructura de una personalidad sana participan: la familia que forma, proporciona enseñanza de valores, protege y sobre todo proporciona afecto a los menores de edad que son personas en proceso de desarrollo que aprenden e imitan las conductas de sus padres.

Especial importancia para la formación positiva del menor la tienen las instituciones del sector educativo, los maestros forman también al menor, proporcionándoles las bases del conocimiento científico, humanístico y ético.

La sociedad es parte determinante para la formación positiva del menor, con ejemplos de solidaridad, convivencia pacífica y cívica.

Se ha comprobado que los menores y adolescentes infractores, lo son, como consecuencia de que uno de estos tres factores formativos no ha actuado de manera eficiente en la labor que le corresponde, familias desintegradas, violentas, sistema educativo negativo con maestros apáticos, irresponsables y al final del sistema negativo una sociedad indiferente, consumista y egoísta.

No victimicemos por segunda vez a los adolescentes que enfrentan un conflicto con la ley y prestemos atención prioritaria a este grupo de mexicanos que son el presente de México y del cual todos somos responsables.

Dr. Raúl González-Salas Campos

PRINCIPIOS PARA UNA NUEVA
LEGISLACIÓN ESTATAL PARA EL
TRATAMIENTO DE MENORES
INFRACTORES.

“Principios para una nueva legislación estatal para el tratamiento de menores infractores”.

Dr. Raúl González Salas Campos

1. Nuevo artículo 18 Constitucional.
 - 1.1 Entrada en vigor.
 - 1.2. Un nuevo sistema integral de justicia para cada entidad federativa.
 - 1.3. Sin ley reglamentaria ni competencia concurrente.
2. Acorde con la legislación internacional.
 - 2.1. Obligación de adecuar la legislación al artículo 18 y a la Convención.
 - 2.2. Legislación internacional es obligatoria.
 - 2.3 Sistema de Vigilancia. Comité de los Derechos del Niño.
3. Informes del Estado mexicano y Recomendaciones del Comité.
 - 3.1 Observaciones y Recomendaciones Generales del Comité.
 - 3.2 Las observaciones y recomendaciones son vinculantes.
 - 3.3 La ley más favorable.
 - 3.4 Observaciones finales del Comité.
 - 3.5 Recomendaciones Generales del Comité a México.
 - 3.6 Otras recomendaciones del Comité.
4. Un nuevo sistema legal para menores.
 - 4.1 Marco constitucional e internacional para el nuevo sistema legal para menores.
 - 4.2 Dos sistemas, tutelar o penal.
 - 4.3 El artículo 18 prevé un sistema garantista del debido proceso.
 - 4.4 Sistema mixto, tutelar y garantista en el diseño del nuevo sistema para menores.
5. "REGLAS DE BEIJING"
 - 5.1 Objetivos principales.
 - a)Mínima intervención del sistema de justicia. Promover siempre el bienestar del menor.
 - b)Normas mínimas para los menores delincuentes según cada sistema jurídico. Edad y definición de menor y delito.
 - c)Delitos en razón de su condición. Ausencias injustificadas, desobediencia en la escuela y en la familia, ebriedad en público.
 - d)Mayoría de edad penal.
 - e)Sistema tutelar y no penal.
 - f)Profesionalidad para tomar las medidas más adecuadas en cualquier etapa procedimental en todos los niveles en las etapas de los juicios.
 - g) Sistema garantista para los menores.

h) Protección de la intimidad

5.2 Investigación y procesamiento.

- a) Detención del menor.
- b) Remisión del menor a instituciones de la comunidad.
- c) Especialización policial.

5.3 Prisión preventiva.

5.4 La sentencia o la resolución y sus consecuencias.

- a) La sentencia o la resolución.
- b) Principios rectores de la sentencia y la resolución.
- c) Pluralidad de medidas alternativas al confinamiento.
- d) Libertad condicional.
- E) El confinamiento en establecimientos penitenciarios, último recurso.

5.5 Tramitación de los procedimientos.

- a) Asistencia jurídica gratuita y derecho de los padres a participar en la defensa.
- b) Informes sobre investigaciones sociales antes de la resolución.
- c) Prevención de demoras innecesarias.
- d) Registros.

6. DIRECTRICES DE RIAD.

- 6.1 Efectos vinculantes de estas Directrices.
- 6.2 Finalidad: Prevenir el delito.
- 6.3 Prevención mediante la socialización e integración de la familia, la educación, formación profesional, medio laboral, organizaciones voluntarias.

7. Reglas Para La Protección De Los Menores Privados De Libertad

- 7.1 El encarcelamiento.
- 7.2 El objeto de las presentes Reglas es:
- 7.3 Los Estados deberán incorporar estas Reglas a la legislación o modificarla, además:
- 7.4 Alcance y aplicación de las Reglas.

8. Ley para la Protección de los Derechos de Niñas , Niños y Adolescentes.

1. Nuevo artículo 18 Constitucional. El lunes 12 de diciembre de 2005 en el Diario Oficial de la Federación el Ejecutivo Federal publica el DECRETO por el cual, el Congreso de la Unión, del artículo 18 Constitucional reforma su párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden sus últimos dos párrafos para quedar como sigue:

Artículo 18.

.....

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

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

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

.....

1.1 Entrada en vigor. El artículo primero transitorio del Decreto establece para su entrada en vigor el 12 de marzo de 2006; y el artículo segundo transitorio otorga un plazo de 6 meses a partir de su entrada en vigor, es decir hasta el 12 de septiembre de 2006, para que los Estados de la Federación y el Distrito Federal adecuen o creen sus leyes, instituciones y órganos para conforme al nuevo artículo 18 Constitucional.

1.2. Un nuevo sistema integral de justicia para cada entidad federativa. Según el nuevo artículo 18 todos los estados y el Distrito Federal deberán:

a) Conformar un sistema integral de justicia, para lo cual todas las leyes que deban tratar con adolescentes entre 12 y 18 años que hayan cometido algún delito, deberán respetar los derechos fundamentales o garantías individuales. Y si el delito fue cometido por un menor de 12 años, éstos solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

b) En este nuevo sistema, se **deberán respetar los principios del debido proceso** legal. Es decir: las garantías que el artículo 20 constitucional establece para el inculpado, más aquéllas garantías procesales: como las de presunción de inocencia, privacidad y confidencialidad del procedimiento;

c) El nuevo sistema permite a los estados, establecer “**formas alternativas de justicia**”, las que deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente.

d) Con **instituciones, tribunales y autoridades especializadas** en la procuración e impartición de justicia para adolescentes, las cuales:

- **deberan gozar de independencia**; Esto es, ya no todas las autoridades deberán depender del Ejecutivo, sino solo el Ministerio Público investigador, y quien juzgue tendrá que depender del poder judicial.

- unas tendrán la **función de remitir** y otras de **imponer las medidas** que se adopten;

- podrán aplicar medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente;

- e) Las medidas que se impongan a los adolescentes:

- “deberán ser **proporcionales a la conducta realizada**” (respetando el principio de proporcionalidad);

- “tendrán como **fin la reintegración social y familiar del adolescente**, y “el pleno desarrollo de su persona y capacidades.

- “el **internamiento** se utilizará solo como **medida extrema** y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

1.3. Sin ley reglamentaria ni competencia concurrente. En la exposición de motivos se pensó que el Congreso de la Unión crearía una Ley Reglamentaria de este artículo 18 que desarrollara a profundidad las bases, lineamientos y principios en el tratamiento de los adolescentes, para que conforme a esta ley se establecieran las obligaciones a la Federación, Estados y DF y se implementara el sistema de Justicia Penal para adolescentes. Inclusive se pensó en crear la **competencia concurrente**, para lo cual se proponía adicionar la fracción XXI al 73 de la Constitución en los siguientes términos.

Art. 73.- El congreso tiene facultad:

XXI.- ...

...

Para expedir las leyes que establezcan las bases normativas y de coordinación a las que deberán sujetarse la Federación, los Estados y el DF, en el establecimiento y funcionamiento del sistema de justicia penal para adolescentes, previsto en el artículo 18 de esta Constitución.

Las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos Segunda de la Cámara de Senadores, consideraron que la misma no resultaba procedente, pues con las reformas y adiciones propuestas al artículo 18 constitucional se establece claramente la concurrencia en materia de justicia penal para adolescentes, sin mayor limitación que la observancia y el apego a las bases, principios y lineamientos esenciales, y la adición propuesta a este artículo 73: “podría invadir el ámbito competencial de las legislaturas locales, en detrimento de la soberanía de los estados”.

2. Acorde con la legislación internacional. Esta reforma del artículo 18 Constitucional, según la exposición de motivos, se inspira en:

- a) Declaración de los Derechos del Niño
- b) Convención de los Derechos del Niño
- c) Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores de 1985 (Reglas de Beijing)
- d) Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia Juvenil de 1991 (Directrices de RIAD)
- e) Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, y
- f) Ley para la Protección de los Derechos de Niñas y Niños y Adolescentes.¹

2.1. Obligación de adecuar la legislación al artículo 18 y a la Convención. Las entidades federativas y el DF, están obligadas a realizar sus adecuaciones y sus legislaciones conforme los principios y límites mínimos que se desprenden del artículo 18 constitucional. Estos son límites mínimos que deben adoptar todas las legislaciones. Y también deben adoptar aquellos que se desprenden de la Convención de los Derechos del Niño, que también es vinculante y obligatorio para las entidades federativas y el Distrito Federal, por ser un tratado Internacional suscrito por México en términos del artículo 133 de la Constitución.

2.2. Legislación internacional es obligatoria. Respecto a los otros instrumentos

¹Que entró en vigor el 29 de mayo de 2000 en toda la república mexicana por ser una ley federal.

internacionales como son las Reglas y las Directrices, estos solo serán vinculantes en la medida en que se vayan citando y aplicando a través de la costumbre por las entidades federativas. Estas reglas y directrices son instrumentos y guías para los Estados que sirven para la protección de los derechos humanos. Establecen y generan normas que tienen un estándar de protección más alto, ya que lo que hacen, generalmente, es desarrollar las normas consagradas en los tratados y darles aplicación concreta.

2.3 Sistema de Vigilancia. Comité de los Derechos del Niño. La Convención para los Derechos del Niño, en su artículo 43 inciso 1², establece un Comité de los Derechos del Niño, que supervisa la forma en que los Estados parte deben cumplir sus obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es decir, cuando un país ratifica la Convención, asume la obligación jurídica de implementar los derechos reconocidos por el tratado. La ratificación no es más que el reconocimiento de los derechos que debe asumir, pero no basta para garantizar su efectivo cumplimiento en la práctica. Todo país parte asume la obligación complementaria de presentar informes periódicos al Comité sobre la manera en que se facilita el ejercicio de los derechos. Este sistema de vigilancia de los derechos humanos es común a todos los tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.

3. Informes del Estado mexicano y Recomendaciones del Comité. Para cumplir su obligación de presentación de informes, los Estados partes deben informar por primera vez dos años después de su ratificación, y posteriormente cada cinco años³. Además del informe gubernamental, el Comité recibe información sobre la situación de los derechos humanos en los países a través de otras fuentes, entre ellas las organizaciones no gubernamentales, organismos de las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales, instituciones académicas y la prensa. Teniendo presente toda la información disponible, el Comité examina el informe junto con los representantes oficiales del Estado Parte. Sobre la base de este diálogo, el Comité expresa sus preocupaciones y recomendaciones, conocidas como "observaciones finales", las cuales son públicas. Entre otros puntos sostuvo, que es una nación conformada preponderantemente por menores, prácticamente durante todo el siglo XX se ha conservado una estructura en que dos tercios del total de la población poseen una edad inferior a los 18 años. En su informe respecto al tratamiento de Menores infractores, solo aludió parcialmente al otorgado en el Distrito Federal⁴.

²Artículo 43.1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.

³México cumplió la primera obligación en el año de 1997, pero desde esa fecha no ha vuelto a cumplir con el Comité. Para consultar el informe inicial presentado por el Gobierno de México, véanse CRC/C/3/Add.11; en cuanto a su examen por el Comité, véanse los documentos CRC/C/SR.106 y SR. 107. Los anexos se pueden consultar en los archivos de la Secretaría.

⁴Véer reporte en documento anexo

3.1 Observaciones y Recomendaciones Generales del Comité. El Comité también hace públicas su interpretación del contenido de las disposiciones de los derechos recogidos en la Convención, que se conocen como "Observaciones Generales", y también expresa recomendaciones generales sobre cuestiones temáticas o sobre sus métodos de trabajo. Celebra discusiones públicas, o días de debate general sobre determinados problemas, como "La violencia contra los niños".

3.2 Las observaciones y recomendaciones son vinculantes. Las recomendaciones y observaciones generales emitidas por el Comité al país parte, son también vinculantes para el estado y **esta obligado a aplicarlas.** Esto es, deben ser consideradas por los Estados ya que al ser parte del Convención estos reconocen que es el Comité el órgano facultado para interpretar y evaluar la práctica de los estados respecto de sus obligaciones adoptadas a través de la convención⁵.

3.3 La ley mas favorable. Una cuestión en el Derecho Internacional, es que se debe aplicar la ley más favorable al menor en la protección de los derechos humanos. Si una moderna legislación sobre menores infractores es más protectora de los derechos del niño, será aceptable aún cuando no coincida literalmente con el artículo 18 constitucional ni con los tratados. Habrá que valorar si la norma internacional es más protectora o la nacional, como puede suceder con la LpDNNA. Conforme a estos principios siempre tendrá que aplicarse la ley más protectora. Lo que buscan estos principios es generar **estándares internacionales** que sirvan de guía a los estados para la protección de los derechos fundamentales. Estos son los principios generales del Derecho Internacional.

a) Así lo establece la Convención:

Art. 41. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

- a) El derecho de un Estado Parte; o
- b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

b) También las Reglas de Beijing:

9.1 Ninguna disposición de las presentes Reglas podrá ser interpretada en el sentido de excluir a los menores del ámbito de la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas y de otros instrumentos y normas reconocidos por la comunidad internacional relativos al cuidado y protección de los jóvenes.

Comentario. La regla 9 tiene por objeto evitar todo equívoco en lo tocante a la interpretación y aplicación de las presentes Reglas en consonancia con

⁵ En la medida en que las Entidades Federativas las citen y las apliquen en la práctica, por vía de costumbre se volverán vinculatorias y obligatorias para el Estado. Lo que significará que aquella legislación estatal que las cite y aplique será más moderna y acorde con el derecho internacional de los derechos humanos.

los principios contenidos en los instrumentos y normas internacionales pertinentes -- vigentes o en desarrollo -- relativos a los derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de los Derechos del Niño y el proyecto de convención sobre los derechos del niño. Conviene precisar que la aplicación de las presentes Reglas es sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera instrumentos internacionales que contengan disposiciones de aplicación más amplia. (Véase también la regla 27.)

c) y asimismo, Las Reglas para la protección de los menores privados de libertad:

9. Ninguna de las disposiciones contenidas en las presentes Reglas deberá interpretarse de manera que excluya la aplicación de los instrumentos y normas pertinentes de las Naciones Unidas ni de los referentes a los derechos humanos, reconocidos por la comunidad internacional, que velen mejor por los derechos; la atención y la protección de los menores, de los niños y de todos los jóvenes.

3.4 Observaciones finales del Comité. El 10 de noviembre de 1999, el Comité emitió sus Observaciones finales a México. Entre otras, señaló:

a) preocupa todavía al Comité que la legislación nacional vigente sobre los derechos de la infancia, en los planos tanto federal como estatal, **siga sin recoger los principios de las disposiciones de la Convención;**

b) que las medidas tomadas para armonizar la legislación nacional parezcan un tanto fragmentarias y no correspondan al criterio holístico de la Convención. **El Comité reitera su recomendación de que el Estado Parte continúe el proceso de reforma legislativa para velar por que la legislación nacional relacionada con los derechos del niño, en los planos tanto federal como estatal, corresponda plenamente a los principios y disposiciones de la Convención y refleje su carácter holístico.**

c) En cuanto a la administración del sistema de justicia de menores, el Comité sigue preocupado porque: **No todas las leyes federales y estatales se ajustan a los principios y disposiciones de la Convención, especialmente en lo que atañe a la baja edad de responsabilidad penal;**

d) La privación de libertad no se utiliza sistemáticamente como último recurso;

e) A menudo se encierra a los niños junto con adultos en las comisarías de policía;

⁶ De holismo. M. Fil. Doctrina que propugna la concepción de cada realidad como un todo distinto de la suma de las partes que lo componen

- f) Los casos se tramitan lentamente;
- g) Las condiciones en los centros de detención son muy insatisfactorias;
- h) Los delincuentes juveniles no tienen suficiente acceso a la asistencia jurídica;
- i) Las medidas de rehabilitación para delincuentes juveniles son insuficientes;
- j) La vigilancia y la supervisión en los centros de detención son insuficientes;
- k) El personal adiestrado en los centros de detención es limitado.

3.5 Recomendaciones Generales del Comité a México. El Comité, teniendo en cuenta los artículos 37, 40 y 39 y otras normas pertinentes a este respecto, como las Reglas de Beijing, Las Directrices de Riad y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, recomendó que el Estado Parte:

- a) aplique efectivamente **un sistema de justicia de menores conforme con la Convención** y con otras normas internacionales conexas;
- b) garantice el **mejoramiento de las condiciones de los niños** que viven en cárceles y centros de detención;
- c) cree **centros para la rehabilitación** de los niños que viven en conflicto con la justicia;
- d) prohíba el **empleo de la violencia** por los agentes de orden público;
- e) se cerciore de que la privación de libertad se utiliza sólo **como último recurso**;
- f) garantice el **rápido acceso a la justicia** de los niños en detención preventiva;
- g) conciba **soluciones distintas** de la privación de libertad;
- h) refuerce los **programas de formación** en las normas internacionales pertinentes **para jueces, profesionales y el personal** que trabaja en la justicia de menores.

3.6 Otras recomendaciones del Comité. El Comité sugiere que México estudie la posibilidad de **buscar asistencia técnica** de, entre otros, la Oficina del Alto

Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Centro de Prevención del Delito Internacional, el UNICEF y la Red Internacional de Justicia de Menores por conducto del Grupo de Coordinación sobre Justicia de Menores. Por último, el Comité recomienda que, a la luz del párrafo 6 del artículo 44 de la Convención, el **informe periódico** y las respuestas presentadas por escrito por el Estado Parte **se pongan ampliamente a disposición del público en general** y que se estudie la posibilidad de publicar el informe, junto con las actas resumidas pertinentes y las observaciones finales aprobadas por el Comité. Este documento debería ser objeto de una amplia distribución para promover el debate y el conocimiento de la Convención, así como su aplicación y vigilancia en el seno del Gobierno, en el Parlamento y entre el público en general, incluidas las organizaciones no gubernamentales interesadas.

4. Un nuevo sistema legal para menores. Conforme al artículo 18 constitucional, cada entidad federativa tiene la obligación de crear o adecuar la legislación estatal para que sea moderna en el tratamiento de menores infractores y que cumpla con los principios del artículo 18 constitucional, de la Convención de los Derechos del Niño, así como con las otras normas internacionales, como las Reglas mínimas de las 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) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Esta tarea es urgente y perentoria, y propia de un moderno legislador que tiene a su alcance todos estos instrumentos internacionales para conformar la mejor legislación posible que cumpla con efectividad con la protección de los derechos humanos de los menores.

4.1 Marco constitucional e internacional para el nuevo sistema legal para menores. Un buen marco de referencia para crear y adecuar las normas estatales en la protección de los derechos humanos en el tratamiento de los menores infractores lo da, efectivamente el artículo 18 Constitucional, y también la Convención de los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Directrices de RIAD, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y la Ley Federal para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

4.2 Dos sistemas, tutelar o penal. Ha existido una gran tensión entre estas dos direcciones. Uno pretende tratar a los menores infractores con instituciones específicas y con sus reglas particulares. El otro quiere aplicarles el orden jurídico penal, a través de las policías, Ministerios Públicos, jueces y prisiones. A este sistema se le ha llamado, ahora, garantista. Y pretende hacerse ver como opositor al tutelar.

La Convención de los derechos del Niño, así como la legislación internacional,

tanto las directrices y las Reglas, son eminentemente proteccionista del menor, establece:

Artículo 40.- 1. todo niño que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

En el preámbulo, la Declaración de los Derechos del Niño reconoce: "El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento"

4.3 El artículo 18 prevé un sistema garantista del debido proceso. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de la legislación internacional, los Estados Partes garantizarán, que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, las siguientes garantías:

a) **de legalidad.** Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones **que no estaban prohibidos** por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) **de presunción de inocencia.** Se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

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

d) **de jurisdicción, audiencia y defensa.** La causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor 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;

e) **a no confesar, a interrogar y a defensa.** No será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

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

g) **a tener intérprete gratuito.** El niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

h) **de respeto a su vida privada.** Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

4.4 Sistema mixto, tutelar y garantista en el diseño del nuevo sistema para menores. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular, para ello deberán promover:

a) establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos.

b) una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

c) **siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales,** en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

d) Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, 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.

Las Reglas mínimas de Beijing disponen expresamente que corresponderá a cada sistema jurídico nacional fijar las edades mínima y máxima a estos efectos, respetando así cabalmente los sistemas económico, social, político, cultural y jurídico de los Estados Miembros. Ello significa que la noción de "menor" se aplicará a jóvenes de edades muy diferentes, edades que van de los 7 años hasta los 18 años o más. Dicha flexibilidad parece inevitable en vista de la diversidad de sistemas jurídicos nacionales, tanto más cuanto que no restringe los efectos de las Reglas mínimas. La regla 2.3 responde a la necesidad de leyes nacionales que tengan expresamente por objeto la aplicación óptima de las Reglas mínimas, tanto desde un punto de vista jurídico como práctico.

5. "REGLAS DE BEIJING". Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores .

Estas reglas son orientaciones básicas de carácter general que se refieren a la política social en su conjunto y tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría **reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores** y, a su vez, reducir al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención. Esas medidas de atención de los menores con fines de prevención del delito antes del comienzo de la vida delictiva constituyen requisitos básicos de política destinados a obviar la necesidad de aplicar las presentes Reglas.

5.1 Objetivos principales. Destaco aquí algunos de los objetivos principales que tienen estas Reglas de Beijing, sobre la base de conformar un sistema de justicia propio para los menores y diferente al de los adultos, cuyo principio fundamental es la mínima intervención del derecho penal. Así se deduce de las siguientes reglas

a) Mínima intervención del sistema de justicia. Promover siempre el bienestar del menor. Regla 1

- promover el bienestar del menor;
- reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley;
- permitir la inclusión de la familia, de voluntarios y de otros grupos de carácter comunitario, así como a las escuelas y otras instituciones de la comunidad;
- que la justicia de menores se conciba como parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país se administre en el marco general de justicia social para que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad;
- estas Reglas se aplicarán según el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales que predominen en cada uno de los Estados Miembros;
- que los servicios de justicia de menores se deberán perfeccionar sistemáticamente para a elevar y mantener la competencia de sus funcionarios, y los métodos, enfoques y actitudes.

b) Normas mínimas para los menores delincuentes según cada sistema jurídico. Edad y definición de menor y delito. Regla 2.

- con imparcialidad, sin distinción alguna, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

- **menor** es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respetivo, puede ser castigado por un delito en **forma diferente a un adulto**; se aplicará a jóvenes de edades muy diferentes, que van de los 7 años hasta los 18 años o más

- **delito** es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley y con arreglo al sistema jurídico de que se trate; y

- **menor delincuente** es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.

c) Delitos en razón de su condición. Ausencias injustificadas, desobediencia en la escuela y en la familia, ebriedad en público. Regla 3

La regla 3 amplía el ámbito de aplicación de la protección otorgada por las Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores de modo que abarque:

a) Los llamados "delitos en razón de su condición" previstos en diversos sistemas jurídicos nacionales con arreglo a los cuales se considera delito en los menores una gama de comportamiento distinta y, por lo general, más amplia que en el caso de los adultos (por ejemplo, etc.) (regla 3.1);

b) Los procedimientos relativos a la atención al menor y a su bienestar (regla 3.2);

c) El procesamiento de los delincuentes adultos jóvenes, aunque en este caso la aplicación de las Reglas dependerá de las disposiciones pertinentes sobre la mayoría de edad (regla 3.3). La ampliación del ámbito de aplicación de las Reglas de modo que abarquen las tres esferas antes mencionadas parece justificada. La regla 3.1 prevé garantías mínimas en esas esferas, y se estima que la regla 3.2 constituye un paso positivo en el establecimiento de un sistema más imparcial, equitativo y humano de justicia para todos los menores que transgreden la ley.

d) Mayoría de edad penal. Regla 4

- 4.1 En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.

e) Sistema tutelar y no penal.

- 5.1 El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

El primer objetivo de esta regla es el fomento del bienestar del menor. Este es el enfoque principal de los sistemas jurídicos en que los menores delincuentes son procesados por tribunales de familia o autoridades administrativas, pero también debe hacerse hincapié en el bienestar de los menores en los sistemas judiciales que siguen el modelo del tribunal penal, contribuyendo así a evitar las sanciones meramente penales. (Véase también la regla 14.) El segundo objetivo es el "principio de la proporcionalidad". Este principio es conocido como un instrumento **para restringir las sanciones punitivas**, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil).

f) Profesionalidad para tomar las medidas más adecuadas en cualquier etapa procedimental en todos los niveles en las etapas de los juicios. Regla 6 y 22.

6.1 Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, **se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios** y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.

Los Comentarios a las Reglas pretenden que los Estados conciban un sistema que siempre sea en beneficio del menor y con una administración eficaz, justa y humanitaria. Dentro de la cual haya profesionales que sean quienes tengan facultades discrecionales en todos los niveles importantes del procedimiento para tomar las medidas más adecuadas en cada caso particular -previendo controles y equilibrios para evitar cualquier abuso en la toma de las facultades discrecionales-. Consideran que la competencia y el profesionalismo son los instrumentos más adecuados para tomar las mejores medidas y también para restringir su ejercicio abusivo. No se pueden concretar los mecanismos en este documento, *"pues no se prestan fácilmente para incorporarlos en reglas mínimas internacionales, que probablemente no podrán abarcar todas las diferencias que existen en los sistemas judiciales"*

22. Necesidad de personal especializado y capacitado

22.1 Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el

servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción.

22.2 El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores.

Las personas competentes para conocer en estos casos pueden tener orígenes muy diversos (jueces municipales en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y en las regiones en que ha tenido influencia el sistema jurídico de ese país; jueces con formación jurídica en los países que siguen el derecho romano y en las regiones de su influencia; personas con formación jurídica o sin ella designadas por elección o por nombramiento administrativo, miembros de juntas de la comunidad, etc., en otras regiones). Es indispensable que todas estas personas tengan siquiera una formación mínima en materia de derecho, sociología, psicología, criminología y ciencias del comportamiento. Esta es una cuestión a la que se atribuye tanta importancia como a la especialización orgánica y a la independencia de la autoridad competente. Tratándose de trabajadores sociales y de agentes de libertad vigilada, tal vez no sea viable la exigencia de especialización profesional como requisito previo para el desempeño de funciones en el ámbito de la delincuencia juvenil. De modo que la titulación mínima podrá obtenerse mediante la instrucción profesional en el empleo. Las titulaciones profesionales constituyen un elemento fundamental para garantizar la administración imparcial y eficaz de la justicia de menores. Por consiguiente, es necesario mejorar los sistemas de contratación, ascenso y capacitación profesional del personal y dotarlo de los medios necesarios para el desempeño correcto de sus funciones. Para lograr la imparcialidad de la administración de la justicia de menores debe evitarse todo género de discriminación por razones políticas, sociales, sexuales, raciales, religiosas, culturales o de otra índole en la selección, contratación y ascenso del personal encargado de la justicia de menores. Así lo recomendó el Sexto Congreso. Por otra parte, el Sexto Congreso hizo un llamamiento a los Estados Miembros para que garantizaran el tratamiento justo y equitativo de las mujeres como miembros del personal encargado de administrar la justicia penal y recomendó que se adoptaran medidas especiales para contratar, dar capacitación y facilitar el ascenso de personal femenino en la administración de la justicia de menores.

g) Sistema garantista para los menores.

7.1 En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la

confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.

h) Protección de la intimidad

8.2 En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente.

La regla 8 también hace hincapié en la importancia de proteger a los menores de los efectos adversos que pueden resultar de la publicación en los medios de comunicación de informaciones acerca del caso (por ejemplo, el nombre de los menores que se presume delincuentes o que son condenados). Corresponde proteger y defender, al menos en principio, el interés de la persona. (El contenido general de la regla 8 se sigue concretando en la regla 21.)

5.2 Investigación y procesamiento. Regla 10

a) Detención del menor.

10.1 Cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el más breve plazo posible.

10.2 El juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor.

10.3 Sin perjuicio de que se consideren debidamente las circunstancias de cada caso, se establecerán contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el menor delincuente para proteger la condición jurídica del menor, **promover su bienestar y evitar que sufra daño.**

Comentario. Para poner en libertad inmediata al menor, no se debe atender a lo establecido en el artículo 20 fracción I de la Constitución, en cuanto a que la libertad provisional dependa de que se trate de un delito grave o no. Pues solo así se puede cumplir con la idea de promover su bienestar y evitar que sufra daño. Esta decisión es una facultad discrecional. La posibilidad de poner en libertad al menor (regla 10.2) deberá ser examinada sin demora por el juez u otros funcionarios competentes. Por éstos se entiende toda persona o institución en el más amplio sentido de la palabra, incluidas las juntas de la comunidad y las autoridades de policía, que tengan facultades para poner en libertad a la persona detenida. (Véase también el párr. 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.) La regla 10.3 trata de algunos aspectos fundamentales del procedimiento y del comportamiento que deben observar los agentes de policía y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en los casos de delincuencia de menores. La expresión "evitar ... daño" constituye una fórmula flexible que

abarca múltiples aspectos de posible interacción (por ejemplo, el empleo de un lenguaje duro, la violencia física, el contacto con el ambiente). Como la participación en actuaciones de la justicia de menores puede por sí sola causar "daño" a los menores, la expresión "evitar ... daño" debe, por consiguiente, interpretarse en el sentido amplio de reducir al mínimo el daño al menor en la primera instancia, así como cualquier daño adicional o innecesario. Ello es de particular importancia en el primer contacto con las organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley, que puede influir profundamente en la actitud del menor hacia el Estado y la sociedad. Además, el éxito de cualquier otra intervención depende en gran medida de esos primeros contactos. En tales casos, la comprensión y la firmeza bondadosa son importantes.

b) Remisión del menor a instituciones de la comunidad. Regla 11.

11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente.

11.2 La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores **estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial**, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.

11.3 Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, **la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente**, cuando así se solicite.

11.4 Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.

Esta regla señala que se tratará de evitar, en lo posible y cuando proceda, que se remitan al menor ante la justicia penal, dando preferencia hacia servicios apoyados por la comunidad, pues la finalidad es mitigar los efectos negativos del procedimiento de la justicia, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello la remisión desde el comienzo a servicios sustitutorios puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo. La remisión puede utilizarse en cualquier momento del proceso de adopción de decisiones por la policía, el Ministerio fiscal u otros órganos como los tribunales, juntas o consejos. La remisión pueden realizarla una, varias o todas las autoridades, según las reglas y normas de los respectivos sistemas y en

consonancia con las presentes Reglas. No debe limitarse necesariamente a los casos menores, de modo que la remisión se convierta en un instrumento importante.

c) Especialización policial. Regla 12.

12.1 Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad.

Como la policía es el primer punto de contacto con el sistema de la justicia de menores, es muy importante que actúe de manera informada y adecuada. Aunque la relación entre la urbanización y el delito es sin duda compleja, el incremento de la delincuencia juvenil va unido al crecimiento de las grandes ciudades, sobre todo a un crecimiento rápido y no planificado. Por consiguiente, son indispensables contingentes especializados de policía, no sólo como garantía de la aplicación de los principios concretos previstos en el presente instrumento (como la regla 1.6), sino también, de forma más general, para mejorar la prevención y represión de la delincuencia de menores y el tratamiento de los menores delincuentes.

5.3 Prisión preventiva Regla 13.

13.1 Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

13.2 Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

13.3 Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.

13.4 Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y recluidos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.

13.5 Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia -- social, educacional, profesional, psicológica, médica y física -- que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.

Los menores corren un gran peligro de sufrir "influencias corruptoras" mientras se

encuentren en prisión preventiva. De ahí la importancia de insistir en la necesidad de medidas sustitutorias. De esta forma la regla 13.1 anima a idear medidas nuevas e innovadoras que permitan evitar dicha prisión preventiva en interés del bienestar del menor. Los menores que se encuentren en prisión preventiva deben gozar de todos los derechos y garantías previstas en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente en el artículo 9, en el inciso B del párrafo 2 del artículo 10 y en el párrafo 3 de dicho artículo. Las diferentes formas de asistencia que pueden llegar a ser necesarias se han enumerado para señalar la amplia gama de necesidades concretas de los jóvenes reclusos que hay que atender (por ejemplo, mujeres u hombres, toxicómanos, alcohólicos, menores con perturbaciones mentales, jóvenes que sufren el trauma, por ejemplo, del propio arresto, etc.). El Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su resolución 4, sobre la elaboración de normas de justicia de menores, especificaba que dichas reglas debían, entre otras cosas, reflejar el principio básico de que la prisión preventiva debe usarse únicamente como último recurso, que no debe mantenerse a ningún menor en una institución donde sea vulnerable a las influencias negativas de reclusos adultos y que deben tenerse siempre en cuenta las necesidades propias de su estado de desarrollo.

5.4 La sentencia o la resolución y sus consecuencias. Reglas 14, 17, 18, 19 y 28.

a) La sentencia o la resolución. Regla 14.

14.1 Todo menor delincuente cuyo caso no sea objeto de remisión (con arreglo a la regla 11) será puesto a disposición de la autoridad competente (corte, tribunal, junta, consejo, etc.), que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo.

14.2 El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente.

No es fácil elaborar una definición de órgano o persona competente para dictar sentencia que goce de aceptación universal. Con "autoridad competente" se trata de designar a aquellas personas que presiden cortes o tribunales (unipersonales o colegiados), incluidos los jueces letrados y no letrados, así como las administrativas (por ejemplo, los sistemas escocés y escandinavo), u otros organismos comunitarios y más oficiosos de arbitraje, cuya naturaleza les faculte para dictar sentencia. Sea como fuere, el procedimiento aplicable a los menores delincuentes deberá ceñirse a las reglas mínimas que se aplican en casi todo el mundo a todo delincuente que disponga de defensa con arreglo al procedimiento penal conocido como "debido proceso legal". De conformidad con el debido proceso, en un "juicio imparcial y equitativo" deben darse garantías tales como la presunción de inocencia, la presentación y examen de testigos, la igualdad en

materia de medios de defensa judicial, el derecho a no responder, el derecho a decir la última palabra en la vista, el derecho de apelación, etc. (Véase también la regla 7.1)

b) Principios rectores de la sentencia y la resolución. Regla 17

17.1 La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

a) 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;

b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;

c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada;

d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.

17.2 Los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital.

17.3 Los menores no serán sancionados con penas corporales.

17.4 La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento.

El principal problema con que se tropieza al elaborar directrices para la resolución judicial en casos de menores estriba en el hecho de que están sin resolver algunos conflictos entre opciones fundamentales, tales como los siguientes:

- a) Rehabilitación frente a justo merecido;
- b) Asistencia frente a represión y castigo;
- c) Respuesta en función de las circunstancias concretas de cada caso frente a respuesta en función de la protección de la sociedad en general;
- d) Disuasión de carácter general frente a incapacitación individual.

Con la diversidad de causas y respuestas que caracterizan a la delincuencia juvenil se da un intrincado entrelazamiento de estas alternativas. No incumbe a las presentes Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores prescribir el enfoque que haya que seguir, sino más bien determinar uno que esté

en la mayor consonancia posible con los principios aceptados a escala internacional. Por consiguiente, los elementos fundamentales contenidos en la regla 17.1, especialmente en **los incisos a y c, deben considerarse principalmente como directrices prácticas para establecer un punto de partida común**; si las autoridades pertinentes actúan en consonancia con ellas (véase también la regla 5), podrán hacer una importante contribución a la protección de los derechos fundamentales de los menores delincuentes, especialmente los derechos fundamentales a la educación y al desarrollo de la personalidad. El inciso b de la regla 17.1 significa que los **enfoques estrictamente punitivos no son adecuados**. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven. De conformidad con la resolución 8 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas, dicho inciso alienta el uso, en la mayor medida posible, de medidas sustitutorias de la reclusión en establecimientos penitenciarios teniendo presente el imperativo de responder a las necesidades concretas de los jóvenes. Debe, pues, **hacerse pleno uso de toda la gama de sanciones sustitutorias existentes, y deben establecerse otras nuevas sanciones**, sin perder de vista la seguridad pública. **Habría de hacerse uso de la libertad vigilada en la mayor medida posible, mediante la suspensión de condenas, condenas condicionales, órdenes de las juntas y otras resoluciones**. El inciso c de la regla 17.1 corresponde a uno de los principios rectores contenidos en la resolución 4 del Sexto congreso, que propugna **evitar el encarcelamiento en casos de menores salvo que no haya otra respuesta adecuada para proteger la seguridad pública**. La facultad de suspender el proceso en cualquier momento (regla 17.4) es una característica inherente al tratamiento dado a los menores frente al dado a los adultos. En cualquier momento pueden llegar a conocimiento de la autoridad competente circunstancias que parezcan aconsejar la suspensión definitiva del proceso.

c) Pluralidad de medidas alternativas al confinamiento. Regla 18

18.1 Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

- a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión;
- b) Libertad vigilada;
- c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad;
- d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;

- e) Ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;
- f) Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;
- g) Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;
- h) Otras órdenes pertinentes.

18.2 Ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario.

Estas reglas constituyen opciones para la aplicación efectiva de resoluciones alternativas. Las correcciones aplicadas en la comunidad son una medida tradicional que asume en la actualidad múltiples facetas. Por ello debería alentarse a las autoridades pertinentes a que presten servicios de base comunitaria. La regla 18.2 hace referencia a la importancia de la familia que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es "el elemento natural y fundamental de la sociedad". Dentro de la familia, los padres tienen, no sólo el derecho, sino también la responsabilidad de atender y supervisar a sus hijos. Por consiguiente, la regla 18.2 establece que la separación de los hijos respecto de sus padres sea una medida aplicada como último recurso. Sólo puede recurrirse a ella cuando los hechos que constituyen el caso exigen claramente la adopción de esta grave medida (por ejemplo, el abuso de menores).

d) Libertad condicional. Regla 28

28.1 La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible.

28.2 Los menores en libertad condicional recibirán asistencia del correspondiente funcionario a cuya supervisión estarán sujetos, y el pleno apoyo de la comunidad.

La facultad para conceder la libertad condicional puede conferirse a la autoridad que se menciona en la regla 14.1 o a una autoridad distinta. De ahí que en el presente caso proceda hablar de "correspondiente" y no de autoridad "competente". Cuando las circunstancias lo permitan, se deberá optar por conceder la libertad condicional en lugar de dejar que el menor cumpla toda la pena. Cuando se tengan pruebas de un progreso satisfactorio hacia la rehabilitación, siempre que sea posible podrá concederse la libertad condicional, incluso a delincuentes que se consideraron peligrosos en el momento de su

confinamiento en un establecimiento penitenciario. Al igual que la libertad vigilada, la libertad condicional podrá supeditarse al cumplimiento satisfactorio de los requisitos especificados por las autoridades pertinentes durante un período de tiempo estipulado en la orden, por ejemplo, el relativo al "buen comportamiento" del delincuente, la participación en programas comunitarios, su residencia en establecimientos de transición, etc. Cuando se conceda la libertad condicional a un delincuente se deberá designar a un agente de libertad vigilada o a otro funcionario para que supervise su comportamiento y le preste asistencia (en particular si aún no se ha implantado el régimen de libertad vigilada), y estimular el apoyo de la comunidad.

e) El confinamiento en establecimientos penitenciarios, último recurso. R. 19⁸

19.1 El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible.

Los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de establecimientos penitenciarios. Las diferencias encontradas en el grado de eficacia del confinamiento en establecimientos penitenciarios comparado con las medidas que excluyen dicho confinamiento son pequeñas o inexistentes. Es evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario parece ejercer inevitablemente sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. Sucede así sobre todo en el caso de los menores, que son especialmente vulnerables a las influencias negativas; es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que éstos se encuentran, no cabe duda de que tanto la pérdida de la libertad como el estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos. La regla 19 pretende restringir el confinamiento en establecimientos penitenciarios en dos aspectos: en cantidad ("último recurso") y en tiempo ("el más breve plazo posible"). La regla 19 recoge uno de los principios rectores básicos de la resolución 4 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas: **un menor delincuente no puede ser encarcelado salvo que no exista otra respuesta adecuada**. La regla, por consiguiente, proclama el principio de que, si un menor debe ser confinado en un establecimiento penitenciario, la pérdida de la libertad debe limitarse al menor grado posible, a la vez que se hacen arreglos institucionales especiales para su confinamiento sin perder de vista las diferencias entre los distintos tipos de delincuentes, delitos y establecimientos penitenciarios. En definitiva, deben considerarse preferibles los establecimientos "abiertos" a los "cerrados". Por otra parte, cualquier instalación debe ser de tipo correccional o

⁸ Ver también reglas 23 sobre el *Tratamiento fuera de los establecimientos penitenciarios*. Regla 24 sobre la prestación de asistencia; **Regla 25**, sobre *Movilización de voluntarios y otros servicios de carácter comunitario*; **Regla 26**, - *Objetivos del tratamiento en establecimientos penitenciarios*; **Regla 27**, - *Aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobados por las Naciones Unidas*; y Regla 29. *Sistemas intermedios* (establecimientos de transición, hogares educativos, centros de capacitación diurnos y otros sistemas pertinentes que puedan facilitar la adecuada reintegración de los menores a la sociedad).

educativo antes que carcelario.

5.5 Tramitación de los procedimientos. Reglas 15, 16, 20.

a) Asistencia jurídica gratuita y derecho de los padres a participar en la defensa. Regla 15.

15.1 El menor tendrá derecho a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso o a solicitar asistencia jurídica gratuita cuando esté prevista la prestación de dicha ayuda en el país.

15.2 Los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor. No obstante, la autoridad competente podrá denegar la participación si existen motivos para presumir que la exclusión es necesaria en defensa del menor.

La autoridad competente, para dictar una sentencia justa en el caso, puede utilizar con provecho, sobre todo, la colaboración de los representantes legales del menor (o, a los mismos efectos, de algún otro asistente personal en el que el menor pueda depositar y deposite realmente su confianza). Este interés puede verse frustrado si la presencia de los padres o tutores en las vistas ejerce una influencia negativa, por ejemplo si manifiestan una actitud hostil hacia el menor, de ahí que deba perverse la posibilidad de su exclusión de la vista.

b) Informes sobre investigaciones sociales antes de la resolución. Regla 16⁹.

16.1 Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito.

c) Prevención de demoras innecesarias. Regla 20

20.1 Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias.

d) Registros. Regla 21

21.1 Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas.

⁹ Ver también Regla 30 que alude a la Investigación, planificación y formulación y evaluación de políticas como base de la planificación y de la formulación y la evaluación de políticas.

21.2 Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.

La regla trata de ser una transacción entre intereses contrapuestos en materia de registros y expedientes: los de los servicios de policía, el Ministerio fiscal y otras autoridades por aumentar la vigilancia, y los intereses del delincuente. (Véase también la regla 8.) La expresión "otras personas debidamente autorizadas" suele aplicarse, entre otros, a los investigadores.

6. DIRECTRICES DE RIAD. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

6.1 Efectos vinculantes de estas Directrices. Deberán interpretarse y aplicarse en el marco general de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de los Derechos del Niño, y la Convención sobre los Derechos del Niño, y en el contexto de las Reglas de Beijing, así como de otros instrumentos y normas relativos a los derechos, los intereses y el bienestar de todos los menores y jóvenes.

6.2 Finalidad: Prevenir el delito. Estas directrices se dirigen a prevenir el delito. Para ello pretende que los jóvenes se dediquen a actividades lícitas, útiles y se orienten con criterio humanista, con el fin de que no cometan delitos. Considera necesario que la sociedad procure el desarrollo de los adolescentes, respetando y cultivando su personalidad desde su primera infancia. Los jóvenes deben desempeñar una función activa y participativa en la sociedad, y no ser considerados por esta como objeto de socialización o control.

Los Estados deben hacer estudios sistemáticos y elaborar medidas preventivas. Penalizar al niño cuando realice conductas, sin que perjudiquen su desarrollo ni la de los demás. Para esto debe cada Estado crear oportunidades educativas, que sirvan de apoyo para el desarrollo personal de los jóvenes, y sobre todo en aquellos que están en peligro de riesgo social y necesitan cuidado y protección especial; Formular servicios, programas, doctrinas y criterios para crear leyes, procesos, instituciones, instalaciones y red de servicios que tengan el fin de reducir las oportunidades de cometer infracciones así como de condiciones que las propicien.

Evitar hacer calificativos de "extraviado", "delincuente" o "predelincente" que solo contribuye a que desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.

6.3 Prevención mediante la socialización e integración de la familia, la educación, formación profesional, medio laboral, organizaciones voluntarias.

Señalan que deberá prestarse especial atención a las políticas de prevención que

¹⁰Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990

favorezcan la socialización e integración eficaces de todos los niños y jóvenes, en particular por conducto de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias. Se deberá respetar debidamente el desarrollo personal de los niños y jóvenes y aceptarlos, en pie de igualdad, como copartícipes en los procesos de socialización e integración.

a) integridad de la familia, que permita a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. A falta de un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, la comunidad debe ayudar a los padres y recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deben reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el "desplazamiento" de un lugar a otro. Los gobiernos deberán adoptar medidas para fomentar la unión y la armonía en la familia y desalentar la separación de los hijos de sus padres, salvo cuando circunstancias que afecten al bienestar y al futuro de los hijos no dejen otra opción viable.

b) La educación. Los gobiernos tienen la obligación de dar a todos los jóvenes acceso a la enseñanza pública; los sistemas de educación, además de sus posibilidades de formación académica y profesional, deberán dedicar especial atención a:

- a) enseñar los valores fundamentales y fomentar el respeto de la identidad propia, de los valores sociales del país en que vive el niño, de las civilizaciones diferentes de la suya y de los derechos humanos y libertades fundamentales;
- b) fomentar y desarrollar en todo lo posible la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física de los jóvenes;
- c) lograr que los jóvenes participen activa y eficazmente en el proceso educativo en lugar de ser meros objetos pasivos de dicho proceso;
- d) desarrollar actividades que fomenten un sentimiento de identidad y pertenencia a la escuela y la comunidad;
- e) alentar a los jóvenes a comprender y respetar opiniones y puntos de vista diversos, así como las diferencias culturales y de otra índole;
- f) suministrar información y orientación en lo que se refiere a la formación profesional, las oportunidades de empleo y posibilidades de carrera;
- g) proporcionar apoyo emocional positivo a los jóvenes y evitar el maltrato psicológico;
- h) evitar las medidas disciplinarias severas, en particular los castigos corporales.

c) adoptar políticas y estrategias generales de prevención del uso indebido del alcohol, drogas y otras sustancias. Las escuelas deberán servir de centros de información y consulta para prestar atención médica, asesoramiento y otros servicios a los jóvenes, sobre todo a los que están especialmente necesitados y son objeto de malos tratos, abandono, victimización y explotación.

7. Reglas para la protección de los menores privados de libertad¹¹

Estas reglas imponen que el sistema de justicia de menores respete los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental, para ello:

7.1 El encarcelamiento:

- deberá usarse como último recurso. - sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas de Beijing.

- por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. Su duración debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.

7.2 El objeto de las presentes Reglas es:

- establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad.

- servir de patrones prácticos de referencia y para brindar alientos y orientación a los profesionales que participen en la administración del sistema de justicia de menores.

- ponerse a disposición del personal de justicia de menores en sus idiomas nacionales.

Los menores que no conozcan suficientemente el idioma hablado por el personal de establecimiento de detención tendrán derecho a los servicios gratuitos de un intérprete siempre que sea necesario, en particular durante los reconocimientos médicos y las actuaciones disciplinarias.

7.3 Los Estados deben incorporar estas Reglas a la legislación o modificarla, además:

- establecer recursos eficaces en caso de inobservancia, incluida la indemnización en los casos en que se causen perjuicios a los menores.

- vigilar su aplicación.

- adoptar medidas eficaces para fomentar los contactos abiertos entre los

¹¹Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990

menores y la comunidad local.

7.4 Alcance y aplicación de las Reglas.

a) Definiciones.

- menor, toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley;

- **privación de libertad**, toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

b) Modalidad de la privación de la libertad. Deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores. Derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad.

c) respeto a los derechos civiles, económicos, políticos, sociales o culturales que les correspondan

d) Aplicación en todos los centros. Estas Reglas se aplican a todos los centros y establecimientos de detención de cualquier clase o tipo en donde haya menores privados de libertad.

e) Presunción de inocencia del menor y medidas sustitutorias. Regla 16.

f) Ver las reglas siguientes de la 21 a la 81 que establecen la forma de respetar y realizar:

- Ingreso, registro, desplazamiento y traslado
- Clasificación y asignación
- Medio físico y alojamiento
- Educación, formación profesional y trabajo
- Actividades recreativas
- Religión
- Atención médica
- Notificación de enfermedad, accidente y defunción
- Contactos con la comunidad en general
- Limitaciones de la coerción física y del uso de la fuerza
- Procedimientos disciplinarios
- Inspección y reclamaciones
- Reintegración en la comunidad
- Personal

8. Ley para la Protección de los Derechos de Niñas y Niños y Adolescentes. Esta ley garantiza el Derecho al debido proceso de los menores al igual que la Convención, Basta leer sus artículos 44 y 45. No repito estos artículos que ya se refieren a lo dicho anteriormente, solo destaco algunos puntos más:

Artículo 45.-

H. Que todo aquel 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 promover- el establecimiento de Defensores de Oficio Especializados.**

I. Que en los casos que se presume se han infringido las leyes penales, se respete el **derecho a la presencia de sus ascendientes, tutores, custodios** o de quienes estén responsabilizados de su cuidado.

K. Que quienes sean privados de su libertad **tenga derecho a mantener contacto permanente y constante con su familia**, con la cual podrá convivir, salvo en los casos que lo impida el interés superior de la infancia.

Que no procederá la privación de libertad en ningún caso cuando se trate de niñas o niños. Cuando se trate de adolescentes que se encuentren en circunstancias extraordinarias, de abandono o de calle, no podrán ser privados de su libertad por esa situación especialmente difícil.

Artículo 46. Los procedimientos a los que se someta a una o un adolescente que presuntamente haya infringido la ley penal, deberán **respetar todas las garantías procesales dispuestas en la Constitución**, particularmente las siguientes:

A. Garantía de presunción de inocencia, de conformidad con la cual se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario.

B. Garantía de celeridad, consistente en el establecimiento de procedimientos orales y sumarios para aquellos que estén privados de su libertad.

C. Garantía de defensa, que implica los deberes de: informar al adolescente, en todo momento, de los cargos que existan en su contra y del desarrollo de las diligencias procesales; asegurarle la asistencia de un defensor de oficio, para el caso de que el adolescente o su representante legal no lo designe; garantizarle que no se le obligue a declarar contra sí mismo, ni contra sus familiares; garantía de que no será obligado al careo judicial; permitirle que esté presente en todas las diligencias judiciales que se realicen y que sea oído, aporte pruebas e interponga recursos.

D. Garantía de no ser obligado al careo judicial o ministerial.

E. Garantía de contradicción, que obliga a dar a conocer oportunamente, al adolescente sometido a proceso todas las diligencias y actuaciones del mismo, a fin de que puedan manifestar lo que a su derecho convenga e interponer recursos.

F. Garantía de oralidad en el procedimiento, que lleva a que se escuche directamente al adolescente implicado en el proceso.

Artículo 47. El adolescente que infrinja las normas administrativas quedará sujeto a la competencia de las instituciones especializadas o de las instituciones equivalentes en la Entidad Federativa en la que se encuentren, las cuales deberán asistirlo sin desvincularlo de sus familias y sin privarlo de su libertad.



Juan Carlos Gutiérrez Contreras

EL MARCO NORMATIVO Y LOS
ESTÁNDARES DE DERECHO
INTERNACIONAL PARA LA
PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ, Y LA
REFORMA AL ARTÍCULO 18
CONSTITUCIONAL.

EL MARCO NORMATIVO Y LOS ESTÁNDARES DE DERECHO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ, Y LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL

Juan Carlos Gutiérrez Contreras

Reflexión preliminar

El objetivo de la presente ponencia es reflexionar sobre el marco jurídico Internacional en materia de protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y los criterios para incorporarlos en la actual discusión de la reforma al artículo 18 Constitucional y su armonización a nivel estatal mediante la creación de la ley reglamentaria a la mencionada reforma.

Previamente, quiero referirme a la relación existente entre derechos humanos, derecho penal y estado de derecho. Es importante entender que los derechos humanos están ubicados como sustento de la pirámide básica normativa del estado de derecho, y que este proceso se ha venido configurando históricamente hasta nuestros días.

El Estado liberal burgués se fundamenta en el suceso histórico de la revolución francesa, la cual constituye el cambio de paradigma con el antiguo modelo feudal. A partir de la revolución francesa se empieza a construir el moderno estado de derecho, es decir empieza a surgir el concepto de estado liberal y sus subsecuentes desarrollos normativos que van configurando lo que hoy entendemos como estado de derecho.

En ese marco es crucial reconocer que los procesos históricos que se han venido desarrollando a nivel mundial, han configurado paulatinamente el derecho internacional de los derechos humanos.

La construcción de este bloque normativo, empieza a conformarse, como lo dije, desde la revolución francesa, pero cobra vida, posterior a la Segunda Guerra Mundial con el surgimiento de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948.

Bajo estos criterios, es necesario comprender que el concepto de los derechos humanos hacen parte del englobe total del concepto de estado de derecho. Esta es

¹Abogado, con especialización en Derecho Penal, Criminología y Estudios de Doctorado y Maestría en Derecho Penal, y Derechos Humanos.; Profesor de la Maestría en Derechos Humanos Universidad Iberoamericana; Profesor de la Maestría Derecho Constitucional y Amparo, ITESO- Guadalajara; Profesor del Seminario Derechos Humanos en el Centro de Docencia e Investigación Económica CIDE; Profesor de derechos humanos en la Maestría de Cooperación al desarrollo del Instituto de Investigación Mora, profesor de Derecho Penal en la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Benito Juárez de Oaxaca y Diplomado del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM sobre el derecho a la no discriminación; Profesor de Derechos Humanos y conferencista en el Diplomado en Derechos Humanos de la Universidad de la Ciudad de México

marco jurídico internacional de protección de la persona humana.

Dentro de este proceso, se observa la articulación simbiótica y necesaria, en cualquier discusión que deba abordar reformas legales y procesales con afectación de derechos individuales, pues el marco jurídico positivo de derecho internacional tiene la posibilidad de guiar el proceso de configuración normativa en derecho interno, siempre bajo la óptica de interpretación de las normas constitucionales y por tanto las normas penales, a la luz de los principios que guían el derecho internacional de los derechos humanos

Una vez realizados estos breves prolegómenos, quisiera proponer la discusión, igualmente importante, de la armonización legislativa de los tratados internacionales en México, en virtud del artículo 133 de la Constitución.

En este aspecto, es pertinente reiterar que el proceso de sincronía de la norma en los dos niveles mencionados, no se presenta de forma automática ni positiva, es decir, no estamos armonizando los Tratados en virtud de su incorporación del derecho internacional a la legislación mexicana, el objeto es abordar la discusión desde el contenido sustantivo y doctrinario de los derechos.

Para aclarar la propuesta, pensemos en el derecho a la educación reconocido en la Constitución Mexicana, a pesar de su configuración constitucional, el contenido doctrinario de este derecho lo encuentro ampliamente desarrollado en las observaciones generales que hace el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, por ello, para su interpretación debo utilizar el estándar internacional.

Con esta mirada superamos la discusión kelseniana de la ubicación normativa y avanzamos en la protección concreta de los derechos de las personas.

La discusión procesal de la competencia y ubicación del tratado en la normatividad interna es importante, pero esta discusión no tendría sentido si no vamos a utilizar el derecho sustantivo para confrontar las normas del derecho internacional y buscar ayuda en éstas para desarrollar las garantías de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Mexicana y en las leyes que reglamentan los derechos fundamentales.

Esta reflexión fundada en un falso dilema, invocada muchas veces por los juristas, tiene la capacidad de encerrarnos en un callejón sin salida, pues únicamente pretende encontrar respuestas en una exclusiva interpretación jerárquica del artículo 133 Constitucional en México, sin abordar el contenido del Tratado de derechos humanos en cuestión y los derechos que consagra.

Por ello, la salida al laberinto propuesto no es otra que una adecuada interpretación, ya realizada en varios puntos cardinales del Continente, por

tribunales judiciales que han entendido y asumido la idea del denominado por la doctrina “bloque de constitucionalidad”, lo que implica desarrollar en los casos concretos, el contenido de los derechos consagrados constitucionalmente y en el caso que las leyes inferiores a la Constitución entren en contradicción, el tratado puede entrar a suplir la ley mediante una interpretación más comprensiva del derecho que se pretende resguardar.

La Corte colombiana ha empleado la figura del bloque de constitucionalidad en materia de derechos constitucionales como una herramienta de extensión de las garantías sustanciales de los derechos de las personas; en este sentido ha señalado que la operancia del bloque de constitucionalidad se produce en sentido lato y en sentido estricto.

En sentido estricto ha dicho que éste comprende las reglas y principios del artículo 93 de su Constitución, en cuanto la habilitación hermenéutica allí contenida sirve de parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad abstracto de las leyes y demás actos equiparables y como garantía de la expansión de la tutela de la dignidad humana.

Con especial énfasis, la Corte al definir las garantías establecidas en la Constitución invoca como recurso principal argumental las referencias, por vía de autoridad, a la jurisdicción de los casos resueltos por la Corte Europea de Derechos Humanos de una parte, mientras que de otra, también acude al recurso argumental de la ampliación del sistema normativo pues recoge los desarrollos del sistema interamericano de derechos humanos y especialmente sus textos normativos como parte del bloque de constitucionalidad.

En definitiva, bajo este criterio de interpretación, podríamos afirmar que La vigencia plena de los derechos humanos parte por reconocer su indisoluble relación con el concepto de Estado Social, Democrático y de Derecho. Ello, obviamente si entendemos que no puede existir un Estado de Derecho democrático si no se respetan los derechos humanos consagrados en los Instrumentos Internacionales, lo cual a la vez se enraíza con el objetivo de todo Estado de Derecho, lograr la plena eficacia y garantía de los derechos fundamentales de la persona humana, “exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constituyen hoy elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho: El Establecimiento jurídico constitucional de los derechos humanos fundamentales, eje de todo Estado de Derecho”.²

MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA ADOLESCENCIA

La Reforma al artículo 18 retoman los principios de la Convención de Derechos nos, que reconocen al niño su condición de sujeto de derecho y establece la

2 En este sentido ver Díaz Elías, Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Edit Taurus, pp 38 y ss. O como plantea Ferrajoli: “Le legitimidad del sistema político aparece, así, condicionada a la tutela y efectividad de los principios y derechos fundamentales”. En Ferrajoli, Luigi: Derechos y Garantías, La Ley del más Débil. Trota, p, 11.

obligación al Estado de brindarles medidas especiales de protección del Niño (CDN), junto con otros instrumentos internacionales, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconocen al Niño su condición de sujeto de derecho y establece la obligación al Estado de brindarles medidas especiales de protección.

En este sentido, el principio de *"interés superior del niño"*, expresado por la CDN significa una nueva concepción respecto a la condición jurídica y material de la infancia, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, abandonando la concepción del sujeto como *"incapaz"* y logrando el respeto de todos sus derechos, y constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños, lo cual supone no solo una garantía para éstos sino una limitación para los Estados al momento de interpretar normas o legislar en el ámbito interno en la materia., así como el reconocimiento de una protección adicional.

Al respecto, es importante enfatizar que del *"corpus juris"* de protección de la infancia, en especial el gran número de ratificaciones de la Convención de Derechos del Niño, excepción hecha por Estados Unidos y Somalia, se configura un amplio consenso internacional (opinio iuris communis) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia y del cual se desprende la obligación especial para los Estados de adecuar *"una política integral para la protección de los niños"* y la adopción de todas las medidas necesarias para garantizar el disfrute pleno de sus derechos.

Estos principios desarrollados ampliamente por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, deben reflejarse en la legislación interna mediante un proceso de adecuación normativa, como lo presentamos en la parte inicial de este texto, que establezca entre otros aspectos, la garantía del debido proceso en todo trámite judicial o administrativo al cual se vea sometido el adolescente. Esta garantía ha sido configurada como uno de los elementos sustanciales del Estado de Derecho, y guía para configurar cualquier modelo democrático respetuoso de los derechos fundamentales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo órgano de derechos humanos de la región latinoamericana, ha establecido que los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías.

Tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la

sociedad democrática. En ésta “los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho Constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.

Específicamente en el campo de los derechos de niños, niñas y adolescentes, la Corte en su Opinión Consultiva No 17, ha señalado como una obligación que se desprende de la Convención Americana, firmada y ratificada por el Estado Mexicano, que las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de la Convención Americana, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.

El artículo 19 de la Convención Americana estipula que: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor de edad requieren por parte de la familia, la sociedad y el Estado”. La Corte Interamericana ha establecido que el artículo 19 de la Convención alude a medidas especiales de protección referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación.

Este desarrollo interpretativo del alcance del artículo 19 es realizado por la Corte, a partir de una mira complementaria con un más amplio marco normativo de protección internacional, específicamente la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Dice la Corte: “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

Así para dar contenido al artículo 19 de la Convención se requiere tomar en cuenta los avances normativos y doctrinarios en la materia. En particular, considerar los preceptos de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y las normas específicas que atañen a la situación de la niñez.³

Al ratificar la Convención y desde allí cada vez que aceptó otros Instrumentos fundamentales de Protección de los Derechos Humanos, en especial al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Los Estados adquieren el compromiso de velar por la infancia de una manera especial dentro de la responsabilidad por la realización y el respeto de los derechos humanos en general.

³Existen normas internacionales específicas para el tratamiento de menores privados de libertad, entre ellas las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad, de 1990, las Reglas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores o Reglas de Beijing, de 1985, y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil o Directrices de RIAD.

En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos.

Estos criterios jurídicos establecidos tanto en el corpus juris de protección de los derechos de la niñez, como en la jurisprudencia de sus órganos no pueden ser objeto de interpretación restrictiva de ninguna índole, lo cual ha sido evidente en la práctica y tratamiento del fenómeno en México.

LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL Y LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LOS ADOLESCENTES

El sistema que por muchos años prevaleció en México y que deberá ser totalmente reformado con la entrada en vigor de la reforma al Artículo 18 constitucional, consideraba al sujeto menor de edad como un ser carente de capacidades de decisión, posibilidad de reflexión, ausencia de derechos y objeto de protección.

Este sistema denominado "Tutelar", de acuerdo con diversos autores, se basa en un uso indiscriminado del encierro (eufemísticamente llamado internamiento) de niños, niñas y jóvenes, desconociendo los derechos y garantías fundamentales de los que son titulares todas las personas sin distinción de edad, fundamentalmente, el principio de legalidad; el principio de culpabilidad por el acto; la presunción de inocencia; y el debido proceso legal, todos ellos principios liberales clásicos del Estado de Derecho.

La reciente reforma constitucional realizada al Artículo 18 en México, aprobada por el Congreso de la Unión en noviembre de 2005 y sancionada mediante Decreto Presidencial de 12 de diciembre de 2005, trasciende de forma sustancial la aplicación actual de justicia en materia de niños, niñas y adolescentes y retoma de forma acertada los principios del derecho internacional de los derechos humanos.

En particular, ordena a la Federación, los Estados y el Distrito Federal establecer, 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.

Como se observa, la Reforma incorpora en el tratamiento de los jóvenes infractores el principio de legalidad material y formal, y crea un sistema de aplicación de justicia basado en los derechos constitucionales. Así mismo, al definir claramente la edad de intervención penal, cierra de manera acertada una laguna legal que generó gravísimos casos de actuaciones ministeriales arbitrarias en contra de niños y niñas.

La reforma, además, comporta grandes retos para todos los sectores del poder público encargados de su implementación, en particular ordena crear en cada estado y en la federación instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes, atendiendo siempre la protección integral y el interés superior del adolescente, que incluye, como hemos reiterado, la garantía del debido proceso legal, la proporcionalidad de la sanción con respecto a la gravedad del acto ocasionado y el fin resocializador que justifica la pena.

Los criterios esbozados sobre el impacto de la reforma y su adecuación en las leyes estatales y federal, deben generar, además profundas transformaciones en el campo de sus operadores. Por ello es crucial el establecimiento de mecanismos que destinen un presupuesto adecuado para adelantar su implementación exitosa.

Ello, además debe acompañarse de un proceso de capacitación que incluyan los principios que y estándares de derecho internacional que inspiran las nuevas leyes y, especialmente deben reconocer al personal que ha venido realizando una importante labor desde los Consejos de menores, allí se encuentra una amplia experiencia y capacidad profesional que sin duda servirá para completar el proceso de implementación legal.

Por último, debe trabajarse arduamente en la prevención del delito mediante la redefinición de políticas públicas y acciones de prevención y tratamiento hacia los niños, niñas y adolescentes.

En especial se debe reiterar que la concreción de cualquier acción de política pública debe reconocer el carácter indivisible de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, y la obligación que tiene el Estado en este tema de adoptar todas las medidas y acciones positivas prestacionales que aseguren la plena vigencia de sus derechos y garantías (especialmente la vigencia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), estableciendo condiciones que permitan la concreción del proyecto de vida individual y su correlato colectivo, basado en el principio de respeto irrestricto de la autonomía de los niños, niñas y adolescentes.

Lic. María Teresa Isabel Martínez Mercado

RETOS Y PERSPECTIVAS DE
AGUASCALIENTES ANTE LA
REFORMA AL ARTÍCULO 18
CONSTITUCIONAL.

“Retos y Perspectivas de Aguascalientes ante la reforma al Artículo 18 Constitucional”

Lic. María Teresa Isabel Martínez Mercado.

La reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de diciembre de 2005, que modifica sustancialmente el sistema de justicia aplicable a quienes aún no hayan cumplido 18 años de edad y realicen conductas consideradas como delito, entraña para Aguascalientes los siguientes retos:

En primer término, conocer las dimensiones del problema al que las autoridades y la sociedad, habrán de enfrentarse puesto que la mera planeación de reformas legales e institucionales debe partir de la realidad existente, no únicamente de la exigencia implícita en el precepto citado de realizar las adecuaciones necesarias en un plazo perentorio que, por cierto, concluye el próximo 12 de septiembre.

Al respecto es de señalarse que la delincuencia de menores en Aguascalientes, en los últimos años, no representa el problema abrumador que pudiera pensarse pues ni el número de menores de 16 años que actualmente son atendidos por las autoridades correspondientes, ni el de mayores de esta edad pero menores de 18 que con las leyes vigentes están siendo juzgados como adultos, permiten calificar el problema de la delincuencia juvenil en nuestra Entidad, como grave, lo cual no significa que debamos desentendernos del mismo.

En efecto, un estudio de campo realizado con información proporcionada por los Jueces del fuero común, durante el primer cuatrimestre del presente año, respecto del número de personas con edades entre 16 y 18 años al cometer la conducta por la que se les ha seguido un procedimiento penal, arrojó los resultados siguientes:

Tabla 1.- Indiciados con edades entre 16 y 18 años, a los que se les siguió procedimiento penal en los Juzgados del Fuero Común del Estado de Aguascalientes, en los años 2003, 2004, 2005 y hasta febrero de 2006.

2003	2004	2005	2006
41	29	15	2

La disminución en el número de expedientes a partir del año 2004 se explica por el inicio de la vigencia de la Legislación Penal, la cual contiene, con relación al anterior Código Penal, un mayor número de delitos en los que el perdón de la víctima extingue la acción penal. Los datos anteriores indican que al haber acuerdos en la etapa de averiguación previa, disminuyó el número de asuntos consignados a los juzgados penales y, por otra parte, que la mayoría de los hechos

en que han participado menores no constituyen delitos graves. Así lo demuestra también el examen del tipo de delitos por los que se siguió procedimiento a menores de entre 16 y 18 años, en los juzgados penales del Estado, durante los últimos tres años (Tabla 2).

Tabla 2.- Tipos de delitos presuntamente cometidos por personas con edades entre 16 y 18 años, a los que se les siguió procedimiento penal en los Juzgados del Fuero Común del Estado de Aguascalientes, en los años 2003, 2004, 2005 y hasta febrero de 2006.

Tipos de Delitos *	2003	2004	2005	2006
Robo	33	25	18	2
Robo de uso	1			
Tentativa de Robo	1			
Daño	1	2	3	
Lesiones	11	4		
Aborto		1		
Violación		1		
Homicidio		2	1	
Secuestro		2		
Atentados a la Estética Urbana	1			
Incesto	1			
Incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar.			1	
Allanamiento	1			
Portación de Arma Prohibida	1			
Vagancia y Malvivencia	1			
Abuso de Confianza			2	
Falsificación de documentos		2		
Falsedad en declaración	1			
Uso de documentos falsos		2		
Pandillerismo		1		

* La estadística contempla los casos de concurso de delitos, es decir, el número total de delitos no representa el número total de indiciados.

De los números anteriores se desprende que al legislar para adecuar las leyes locales a las exigencias del artículo 18 Constitucional, debe tenerse en cuenta, que la mayoría de los hechos que pueden calificarse como delitos en los cuales participan los menores, no son graves y es posible incluirlos entre aquellos en que un acuerdo entre los involucrados o el resarcimiento del daño causado permitiría dar por concluido el asunto en el ámbito penal, sin perjuicio de las medidas de orientación al menor y/o los padres o tutores para prevenir conductas similares.

Al plantear las reformas de que se habla, deben incluirse los siguientes aspectos:

Determinar qué conductas serán consideradas como infracciones o delitos, en el caso de ser cometidas por menores de 18 años de edad, sin que baste la sola

remisión a las figuras típicas que contempla la Legislación Penal vigente, pues la redacción de las que se refieran a los menores debe ser distinta. También se deben precisar las consecuencias legales de la realización de dichas conductas.

Otro tema a legislar es el de los procedimientos que habrán de seguirse en las etapas de investigación y juicio, tratándose de conductas calificadas como delitos, realizadas por menores. Aquí es pertinente destacar que la redacción del artículo 18 Constitucional indica que el procedimiento más adecuado en cuanto a justicia de menores, es el oral, acusatorio, pues en éste se tienen mayores posibilidades de cumplir con la exigencia de prontitud y transparencia que las circunstancias de los indiciados ameritan.

Las leyes que sean creadas o reformadas (Leyes Orgánicas) deben incluir las disposiciones relativas a la organización y funcionamiento de las instancias que serán las encargadas de procurar y administrar justicia, así como de la defensa efectiva de los menores, la representación adecuada de las presuntas víctimas, la aplicación de las medidas de retención y custodia en los pocos casos en que ésta sea procedente, al igual que de brindar la orientación, protección y rehabilitación de que habla la norma constitucional que citamos. Así, los ordenamientos en cuestión deben prever el procedimiento de selección del personal especializado que en la Procuraduría General de Justicia, el Poder Judicial y las instituciones a las que se encomiende la ejecución de las medidas provisionales y que como consecuencia del juicio deban aplicarse, entre las cuales estará el equivalente del Instituto Tutelar, así como las funciones específicas que habrán de cumplir.

También debe incluirse al Sistema DIF Estatal y DIF Municipales, toda vez que los menores de 12 años que cometan infracciones no quedan excluidos de atención, sino que ésta debe ser exclusivamente en el ámbito de la rehabilitación y la asistencia social, funciones que, por su naturaleza, corresponden a dichas instituciones de apoyo a la infancia y la familia.

Con relación al personal de las dependencias que se mencionan, que habrá de atender la justicia de menores en todas sus etapas, el precepto de la Constitución General de la República del que partimos establece que deberá ser **especializado**. La especialización requerida obviamente estará determinada en los ordenamientos secundarios correspondientes y será la adecuada precisamente para conocer y entender las circunstancias particulares de los menores. Hablar de instancias especializadas no significa que deberán dedicarse de manera exclusiva a la justicia de adolescentes pues ello sería, desde el punto de vista administrativo, inviable. En efecto, si el número de personas de entre 16 y 18 años que en 2005 fueron sujetas a procedimiento penal ascendió sólo a 19, no es posible pretender que un juez penal se dedique sólo a este tipo de asuntos, cuando la carga de trabajo de los juzgados penales del fuero común es de aproximadamente 400 expedientes nuevos cada año. Es decir, un juez penal que tenga el perfil y los conocimientos

requeridos para atender la justicia de menores, también debe tener jurisdicción sobre procedimientos seguidos contra adultos y lo mismo debe decirse respecto de los agentes del Ministerio Público y los Defensores Públicos.

Un tema fundamental en esta materia, es el relativo a las formas alternativas de justicia, entre ellas la mediación y conciliación. Si partimos del hecho demostrado de que en Aguascalientes la mayoría de los ilícitos en que participan menores de 18 años no son graves, así como de dos premisas básicas: la primera, la víctima quiere una solución en breve plazo, generalmente consistente en el resarcimiento del daño que sufrió y, la segunda, la justicia de menores, en particular, debe ser pronta; entonces la mejor opción es dar oportunidad a que los involucrados, con el apoyo de personas capacitadas para ello, encuentren sus propias soluciones. De hecho, esta parte de la reforma constitucional de que tratamos es la que tiene mayor avance puesto que la Mediación y Conciliación en Aguascalientes ha demostrado su efectividad y, además, instancias como la Procuraduría General de Justicia y el Poder Judicial ofrecen este tipo de atención desde hace tiempo, con resultados positivos debidamente documentados.

Así pues, en cuanto a este punto, la reforma a las leyes secundarias lo que debe hacer es incluir la alternativa de solución por la vía de la mediación y conciliación, ya sea voluntaria o como un paso previo obligatorio a las instancias jurisdiccionales, cuidando de que no se convierta en un medio de denegación de justicia.

Otro tema a considerar en el aspecto legislativo, es la transición entre las normas legales de actual vigencia y las reformadas. En otras palabras, debe establecerse con precisión qué debe hacerse con aquellas personas que tenían entre 16 y 18 años de edad al cometer un ilícito y que actualmente están sujetas a procedimiento penal o que ya fueron sentenciadas, en ambos supuestos, como adultos.

Al respecto, es claro que el sólo inicio de la vigencia de las reformas al artículo 18 Constitucional no produce como resultado que los procesos de los menores de 18 años, o las sentencias condenatorias, simplemente queden sin efecto y, como consecuencia, los indiciados o sentenciados, se vean exentos de toda consecuencia legal. En efecto, precisamente el segundo Transitorio del decreto en cuestión establece un plazo de 6 meses (que es el que está transcurriendo) para que los Estados de la Federación reformen sus leyes y realicen las adecuaciones a las instancias que habrán de encargarse de la justicia de menores. Y es en tales reformas donde debe precisarse qué efectos legales tendrán los procedimientos penales actualmente en curso y las sentencias condenatorias ya pronunciadas, además de la suerte de quienes se encuentran sujetos a algún tipo de medida en el Instituto Tutelar, al amparo de la legislación que actualmente lo rige.

Se ha mencionado en diversos foros que la justicia de menores requiere, además de reformas legales, fuertes inversiones económicas. Yo considero que, para hablar de recursos materiales primero debe pensarse en los recursos humanos. Es decir, el tamaño del problema en Aguascalientes no exige, desde mi punto de vista, la construcción de edificios costosos o la contratación de gran número de especialistas. Sí se requiere, en cambio, la inversión de grandes cantidades de trabajo y de creatividad para reorganizar instituciones, capacitar personal y optimizar recursos.

Esto es así porque, como ya señalamos, la reforma constitucional no exige, y el número de procedimientos contra menores no justifica, la creación de instancias exclusivas o de autoridades dedicadas sólo a los menores. En la Procuraduría General de Justicia, ya se denominó como especializados en materia de justicia de menores a agentes del Ministerio Público de la plantilla de personal preexistente, lo que incluso, fue publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado. El Poder Judicial cuenta con instalaciones adecuadas para la impartición de justicia con el procedimiento oral, acusatorio y, por otra parte, la carga de trabajo en los juzgados penales hace viable el contar con jueces de adolescentes, para lo cual sólo se necesita seleccionar de entre quienes actualmente se encuentran en funciones, el personal con el perfil adecuado y proporcionarles la capacitación necesaria. Seguramente las mismas expectativas existen en las demás instancias que habrán de participar en el sistema, esto es Defensores, autoridades de reeducación y litigantes.

A manera de conclusión y como prueba tangible de que en Aguascalientes existe el interés y la capacidad para llevar adelante positivamente el reto de la Justicia de Menores, citaré algunos comentarios de estudiantes del noveno semestre de la Carrera de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, expresados en la clase de Clínica de Derecho Penal, que asistieron al Foro "Retos y Perspectivas de Aguascalientes ante la reforma al Artículo 18 Constitucional" respecto a lo que consideran debe incluir la justicia de menores y sus opiniones al respecto:

Que una vez sentenciados los menores y que hayan cumplido la pena o medida, el Estado les dé seguimiento pues regresan al mismo entorno en el que cometieron la infracción.

Juicio oral, medios alternos de solución, internamiento en instituciones "abiertas" que permitan la reintegración del menor y su desarrollo integral, con atención a su salud física y mental.

Se cuestiona si se hizo la reforma sólo para cumplir con convenios internacionales o si realmente se va a reformar todo el sistema.

Coadyuvancia obligatoria de familiares del menor en su readaptación.

Se cuestiona cómo se garantizan a un tiempo los derechos de la víctima y del menor.

Los factores que más influyen en los menores son: la sociedad, la familia y los maestros. Atender a cómo influyen para prevenir que los menores delincan.

El nuevo sistema parecerá más estricto porque habrá juicios, pero en realidad será "garantista".

Determinar en cada caso a partir de edad mental y cronológica, la responsabilidad del sujeto.

Tratar a los menores como adultos, sometiéndolos a juicio, es inequitativo, ya que en otros ámbitos no se les reconoce ese estatus. Ej. Votar y ser votados.

Aguascalientes, Ags., 12 de junio de 2006.
María Teresa Isabel Martínez Mercado

M.D. José Luis Eloy Morales Brand

EL RETO DE AGUASCALIENTES EN
LA NUEVA JUSTICIA DE MENORES

El reto de Aguascalientes en la nueva Justicia de Menores (Participación en el panel de 5 de abril de 2006)

El modelo tutelar en materia de legislaciones de infancia ha determinado por casi un siglo la manera de percibir y aprehender esa realidad, de ahí que la reforma legal, por sí sola, no pueda automáticamente remover patrones de conducta que se han venido repitiendo durante tanto tiempo y de los que puede decirse hoy que constituyen una cutura.

Mary Beloff

Por M. D. José Luis Eloy Morales Brand

El pasado 12 de diciembre de 2005, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por el que se reforma el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La reforma indica lo siguiente:

Artículo 18.

“...

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 observara 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

*Candidato a Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla; Secretario Judicial Proyectista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado; Catedrático de Seminario de Derecho Penal y Sociología Jurídica, e Investigador en materia de Sistema Penal y Administración de Justicia de la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Bonaterra.

reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. el internamiento se utilizara solo como medida extrema y por el tiempo mas breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Y ¿por qué es tan relevante esa modificación constitucional?; ya que, finalmente, nos damos cuenta de que se está tratando de reestructurar nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, al fortalecerse la protección y respeto de los derechos fundamentales del hombre; pues la reforma implica una verdadera justicia penal de menores en nuestro país.

Esta modificación se traducirá en el establecimiento de tribunales especializados para el juzgamiento de los hechos punibles cometidos por menores de 12 a 18 años de edad, ya que en la actualidad, en algunos Estados de nuestro país, como es nuestro caso, la edad para ser procesado y sancionado penalmente como adulto se alcanza a partir de los 16 años; y los menores de esa edad son tratados como inimputables, en un procedimiento especial, donde la propia autoridad, dependiente del poder ejecutivo, es la que investiga, juzga, sanciona y ejecuta las medidas de seguridad o tutelares que estima procedente imponer¹. Con esto no se da una certeza en la imparcialidad del procedimiento, ya que la misma autoridad que acusa, se convierte en juez, parte y aplicador de sanciones, dentro de un sistema tutelar o paternalista que lo faculta a tomar las decisiones que estime convenientes, limitando las garantías y derechos del menor de edad, para poder defenderse de la acusación o la ilegal restricción de sus derechos, por esa falta de condiciones necesarias para hacer efectiva su defensa; y con mayor razón, cuando los tratados internacionales en materia de derechos humanos y de menores, como la Convención de los Derechos del Niño, precisan claramente que el proceso debe llevarlo un tribunal que administre justicia, y actualmente no se cumplen con esas obligaciones, pues el “juicio” lo lleva a cabo un Consejo Tutelar de Menores, dependiente del poder ejecutivo.²

Así, el reto de Aguascalientes en la nueva Justicia de Menores consiste en establecer un verdadero sistema de protección a los derechos humanos de los menores responsables y sus víctimas, con procedimientos imparciales, ágiles y eficaces, para tratar de atenuar el problema sancionatorio en la delincuencia juvenil.

Ese nuevo sistema, para que sea lo más efectivo posible, debe considerar, ante todo, el interés superior del niño en su desarrollo, crecimiento y educación,

¹Morales Brand, José Luis Eloy. Nuevo curso de la parte general del derecho penal.. Primera Edición; Colección Cuadernos Jurídicos del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes; México, 2005; p. 254

²Idem; p 260

sin olvidar la protección de las víctimas del delito, y las estrategias del Estado para atenuar la violencia social, fortaleciendo los medios alternativos de solución del conflicto y los medios de control social preventivos de conductas antisociales, y estableciendo las reformas legales, institucionales, culturales y mentales, necesarias para cumplir con esos fines.

Por ello, la implementación de la reforma en Aguascalientes implica:

•Reformas a la Legislación Penal, estableciendo los límites de edad para el juzgamiento, las reglas del proceso, así como derechos y obligaciones de los interesados; en este punto es relevante destacar que la concepción de delito y responsabilidad penal cambia radicalmente; la inimputabilidad penal o falta de capacidad para ser culpable estará limitada al menor de doce años, pues cuando se cumpla esa edad y hasta antes de llegar a los 18, el menor no debe ser considerado inimputable, sino responsable y culpable de los hechos punibles no autorizados que ejecute; lo que varía entonces es que, por su minoría de edad y tratados de derecho internacional, su culpabilidad o responsabilidad es atenuada, o no tan grave, como puede considerarse la responsabilidad de un adulto, esto en atención al proceso formativo y educativo que se encuentra en su etapa de vida; es decir, el menor de 12 a 18 años tendrá la capacidad de ser culpable, en consecuencia imputable por los hechos³, pero el tratamiento especial se dará en el procedimiento diverso al ordinario, con relevancia al interés superior del menor, y con una tendencia específica hacia el principio de intervención mínima del garantismo penal⁴, ya que tiende a buscar más y mejores soluciones alternativas al internamiento, que a toda costa privar de la libertad al menor responsable, lo que se refleja en los límites a las sanciones privativas de libertad, la implementación de una justicia alternativa, y los fines educativos y formativos de las consecuencias jurídicas; por ello, debe quedar claro que la reforma tiende a reconocer la responsabilidad plena del menor, pero su trato procesal y sancionatorio será distinto al del adulto; con lo que tendrá que reformarse necesariamente la concepción del último elemento del delito, es decir, la culpabilidad, para el efecto de que se entienda que una persona es inimputable si al momento de cometer un hecho punible, aún no cumple los 12 años de edad; y a partir de ésta, y hasta antes de los 18, la persona es responsable y plenamente imputable del delito cometido, y lo que variará serán las reglas procedimentales de solución del conflicto y el tipo de sanciones a imponer.

•También deben crearse de Jueces, Ministerios Públicos, Defensores Públicos, Policías, y Consejos Técnicos de Tutoría y Desarrollo Integral,

³Beloff, Mary. "Algunas Confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos", en *Adolescentes y Responsabilidad Penal*. Editorial AdHoc, BuenosAires,2001.[http://www.tsd.Unifi.lt/juragentium/es/suverveys/ latin/beloff.pdf](http://www.tsd.Unifi.lt/juragentium/es/suverveys/latin/beloff.pdf)

⁴Ferrajoli Luigi; *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*; Cuarta Edición; Editorial Trotta; España, 2002. p. 93

especializados en menores, así como Centros de Internamiento para la ejecución excepcional de medidas privativas de libertad, con un comité especializado en el tratamiento del menor, en el que participen psicólogos, educadores, trabajadores sociales, Ministerio Público, el propio Juez de menores, e integrantes del sistema de desarrollo integral de la familia.

Lo que no implica simplemente nombrar como funcionarios especializados a los que ya se encuentran laborando actualmente, sino que deben realizarse cursos y exámenes especializados para verificar que se tienen las aptitudes y conocimientos específicos para hacer eficaz ese nuevo sistema penal, y no caer en el error de 1917, donde se estableció un sistema penal, acusatorio, para simplemente cambiar el nombre de los Jueces Instructores a Ministerios Públicos, y se mantuvieron las mismas mentalidades, y en consecuencia las mismas prácticas inquisitivas de violaciones a los derechos humanos⁵;

- Se deben determinar las instituciones que deberán atender los casos de menores de 12 años que hayan cometido un hecho punible;

- Establecer claramente los medios alternativos de solución de conflictos dentro de la justicia de menores, como la oportunidad, conciliación, mediación, justicia restaurativa y amonestación, desde el período de averiguación previa, y durante todas las fases del procedimiento penal;

Crear las Instituciones adecuadas para la protección, atención y reparación a las víctimas del delito; y

Aportar elementos humanos, económicos y de infraestructura, para la creación y desarrollo de las instituciones en este nuevo sistema de justicia de menores.

Estas acciones son sólo enunciativas, pero no limitativas de todo aquello que deba ser adecuado para hacer realmente efectiva la reforma al sistema de justicia de menores, y ayude en la atenuación de los problemas sociales causados por la falta de educación, valores y oportunidades que generan la delincuencia juvenil.

Pero la reforma más importante es la cultural y mental, pues no basta con la creación de nuevas normas o instituciones para resolver nuestros problemas, si los que formamos parte de nuestra sociedad, no trabajamos realmente en el fomento de los valores, el respeto de los derechos humanos y la actitud positiva de mejora a nuestro sistema de justicia; es decir, se requiere una cultura jurídica

⁵ Morales Brand, José Luis Eloy. "Hacia una reforma al sistema de justicia penal en México y Aguascalientes"; en Reforma Judicial, revista mexicana de justicia. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia; n. 7; México, Enero-Junio de 2006; p. 83

⁶Beloff, Mary. Op. Cit.

alternativa, con una nueva forma de pensar el derecho, más justa, más digna, más humana⁷.

Por ello, damos la bienvenida a la reforma constitucional, pues con ella se evidencia el respeto y dignificación de los derechos humanos en la real observancia de las garantías de los menores de 12 a 18 años, sometidos a un proceso por la supuesta comisión de un hecho punible, el cual será vigilado y dirigido por la autoridad judicial, con sus características de imparcialidad y objetividad, al valorar los hechos que se pongan a su conocimiento, con plena libertad de la persona para ejercer sus derechos fundamentales; y buscando alternativas para la protección y respeto de las víctimas del delito.

Referencias

Beloff, Mary. "Algunas Confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos", en *Adolescentes y Responsabilidad Penal*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001

<http://www.tsd.unifi.it/juragentium/es/surveys/latina/beloff.pdf>

De la Torre Rangel, Jesús Antonio. *Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. Primera Edición; ICA; México, 1997

Ferrajoli Luigi; *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*; Cuarta Edición; Editorial Trotta; España, 2002

Morales Brand, José Luis Eloy. *Nuevo curso de la parte general del derecho penal*. Primera Edición; Colección Cuadernos Jurídicos del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes; México, 2005

Morales Brand, José Luis Eloy. "Hacia una reforma al sistema de justicia penal en México y Aguascalientes"; en *Reforma Judicial*, revista mexicana de justicia. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia; n. 7; México, Enero-Junio de 2006

⁷De la Torre Rangel, Jesús Antonio. *Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. Primera Edición; ICA; México, 1997. p. 91

Carlos Ríos Espinoza

REQUERIMIENTOS DE
ADECUACIÓN LEGISLATIVA EN
MATERIA DE JUSTICIA JUVENIL DE
CONFORMIDAD CON LA
REFORMA AL ARTÍCULO 18
CONSTITUCIONAL.

REQUERIMIENTOS DE ADECUACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE JUSTICIA JUVENIL DE CONFORMIDAD CON LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL

Carlos Ríos Espinoza¹

Sentido de la cuestión

El 12 de diciembre de 2005 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 18 constitucional mediante la cual se añadieron tres párrafos a dicho numeral de la Carta Magna. Por esta reforma se modificó el párrafo cuarto y se adicionaron los párrafos quinto, sexto y séptimo del numeral citado, recorriéndose en su orden el resto de los párrafos.

De conformidad con el dictamen de la Cámara de Diputados a la Minuta enviada por el Senado de la República, el propósito de esta reforma constitucional fue redefinir los alcances de los sistemas de justicia que se aplican a los adolescentes, consistente en sentar las bases constitucionales para el posterior desarrollo de la legislación de los fueros Federal, Estatal y del Distrito Federal que implemente un sistema integral de justicia para adolescentes, entendiéndose por éstos a toda persona mayor de 12 y menor de 18 años que haya cometido una conducta tipificada como delito en la ley.

El sistema en cuestión se diseña a partir de la adopción de las directivas generadas en el seno de la Organización de las Naciones Unidas y que internacionalmente ha sido reconocida como la "Doctrina de la Protección Integral del Niño y del adolescente". Esta doctrina se deriva de instrumentos normativos internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (en adelante, Reglas de Beijing) aprobadas el 28 de noviembre de 1985; las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los niños Privados de Libertad (en adelante, Conjunto de Reglas), adoptadas el 14 de diciembre de 1990; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (en adelante, Directrices de Riad) de 14 de diciembre de 1990 y, fundamentalmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención), aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989 y que entró en vigor para México el 21 de octubre de 1990, así como en otros instrumentos y criterios legislativos como la Resolución 45/115 de la Asamblea General de la ONU, de 14 de diciembre de 1990, relativa a la utilización de niños como instrumento para actividades delictivas, y el inciso f del párrafo V del artículo 3º de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, firmada en Viena, Austria, en 1985.

¹ Consultor para la Reforma Procesal Penal del Programa de Apoyo al Estado de Derecho en México (Proderecho).

La referida doctrina pretendió, desde sus inicios, sustituir el modelo de la “Situación irregular” por el modelo garantista de justicia penal para jóvenes y adolescentes. Este modelo toma como eje rector el principio del interés superior de la infancia y de la adolescencia², mismo que se concreta en la esfera de la justicia penal juvenil en la necesidad de crear un sistema de responsabilidad penal especial para este sector de la población, basado en el derecho de mínima intervención o de derecho penal mínimo.

De la doctrina de la protección integral se infiere que, a partir del reconocimiento de la calidad de sujetos de derecho de que gozan los niños y los adolescentes, se genera un derecho judicial propio de niños que redimensiona los principios de culpabilidad, de acto y de reintegración del niño (este último sustentado en la presunción de normalidad y dirigido al acontecimiento fáctico del retorno del niño al grupo social).

Así pues, de conformidad con los diversos dictámenes que dieron lugar a esta reforma constitucional, es necesario modificar los sistemas de justicia penal juvenil de los fueros federal, estatal y del Distrito Federal para los efectos de garantizar que sean respetadas las garantías que conforman el derecho al debido proceso cuando se pretenda imponer una sanción a una persona mayor de 12 y menor de 18 años, acusada de haber cometido una conducta definida como delito en la ley penal. Para tales efectos se requiere, entre otros aspectos, asumir un proceso penal de corte acusatorio.

A continuación pretendo identificar³ cuales serían las esferas en las que impactará la implementación de un sistema de este género sobre la base de los contenidos de la reforma constitucional antes citada.⁴

Para tales efectos dividiré este trabajo en dos partes. En la primera haré una revisión de los antecedentes legislativos para exponer la filosofía que subyace a la reforma, la cual puede obscurecerse debido a cierta falta de continuidad discursiva en los

²En la actualidad, autores especializados en materia de justicia penal juvenil como Mary Beloff han empezado a poner en cuestión el susodicho principio con el argumento de que se trata de un postulado demasiado vago e incapaz de servir como directiva para diseñar un sistema de justicia juvenil que proteja adecuadamente los derechos fundamentales de este sector de la población, sobre todo en materia penal. Ello se ha traducido, de acuerdo con la autora, en que el principio referido ha podido ser utilizado por la doctrina de la situación irregular para justificar medidas que no son precisamente adecuadas a las directrices del debido proceso. Sin dejar de reconocer el poder de este argumento, me parece que todos los principio jurídicos tienen la característica de la vaguedad -la cual se desprende de su enorme generalidad-, no obstante ello, debe apreciarse que los principios no se dan en el vacío, ya que estructuralmente están vinculados con los otros derechos y principios que establece el orden jurídico internacional sobre derechos humanos. De este modo, el principio deberá interpretarse justamente en un entorno de derechos, en este caso, los que la propia Convención reconoce a aquellos adolescentes que se ven involucrados en un conflicto de carácter penal y de conformidad con la doctrina de la protección integral. Cabe toda la razón a la autora por lo que hace a su constatación fáctica de que, a pesar de la doctrina de la protección integral, ella no ha impedido que en su nombre se hayan elaborado leyes francamente funcionales a los postulados del tutelarismo. Ver Mary Beloff “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina” en Infancia, ley y democracia en América Latina. Impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño en los sistemas jurídicos nacionales (1989-2004), Bogotá, Temis, 3ra. ed. aumentada y actualizada, 2004.

³Este documento no pretende ser un estudio académico de carácter dogmático. Su objetivo es mucho más modesto y se limita a identificar las implicaciones para la legislación ordinaria.

⁴No se incluyen en este documento los temas del derecho a la lengua de los adolescentes indígenas que reservo para un texto por separado. Sin embargo, cabe adelantar que se les deberá proporcionar un defensor que conozca su lengua y cultura y, en su caso, un intérprete. Ello con independencia de si los adolescentes hablan o no español, bastará con que lo soliciten. Ello de conformidad con el artículo 2º constitucional.

distintos documentos que componen su justificación. Enseguida, enunciaré los principales contenidos de la reforma constitucional contrastándolos con los contenidos de la Convención y los instrumentos de soft law que frecuentemente se utilizan para su interpretación. Se trata en todo caso de una simple identificación de las materias principales y de una proyección de los presupuestos del debido proceso que, por requisito constitucional, tiene que respetar cualquier procedimiento aplicable a adolescentes y como consecuencia del cual pueda llegar a imponerse alguna de las medidas que el propio texto constitucional prevé.

II. La reforma constitucional de acuerdo a sus antecedentes legislativos

a) La exposición de motivos

En octubre de 2003 un numeroso grupo de legisladores y legisladoras federales suscribieron una iniciativa de reforma constitucional para la creación de un Sistema integral de justicia para adolescentes. El sustento de la reforma consistió en un diagnóstico del actual sistema de justicia penal para menores, de conformidad con el cual se estimó que no había logrado cumplir con los objetivos para la cual fue diseñado. El modelo cuestionado responde a un esquema de corte administrativo que, a lo largo de los años, mostró una falta de funcionalidad y un instrumento a través del cual “la autoridad violenta constantemente los derechos de los miembros más vulnerables de la sociedad; los niños, las niñas y los adolescentes”.

Asimismo, se estimó que la legislación en la materia se encontraba notoriamente retrasada en relación con las exigencias de un verdadero sistema de justicia penal para adolescentes respetuoso de sus derechos y garantías y, a la vez, sensible a las demandas de seguridad y justicia de la población. Explícitamente se indicó que las leyes actualmente en vigor estaban estructuradas en torno a principios tutelares propios de épocas pasadas y necesitados de revisión para adecuarlos a las actuales tendencias.

En esa tesitura, la exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional, expresó el objetivo de “sentar las bases, los lineamientos y los principios constitucionales que permitan el posterior desarrollo de una legislación específica en la materia, tanto a nivel local como federal, que encuentre un sólido sustento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sustento que hoy, es (sic) inexistente.”

Finalmente, como consecuencia de este diagnóstico, la iniciativa de reforma se propuso establecer en la carta magna mexicana las bases, principios y lineamientos esenciales, que permitan la implementación de un sistema integral de justicia penal para adolescentes, entendiendo por éstos a toda persona mayor de doce y menor de dieciocho años de edad que haya cometido una conducta tipificada como delito por las leyes penales. Esta idea se traduce en el

reconocimiento de que los adolescentes comprendidos en esa franja estaría, a la vez que son sujetos de derecho, tienen también responsabilidad limitada por su conducta, de forma tal que les es exigible actuar de conformidad con las normas que protegen bienes jurídicos fundamentales de la sociedad.

Las normas constitucionales planteadas por la exposición de motivos de la iniciativa de reforma comprendían: la creación de un sistema integral de justicia penal para adolescentes; la creación de una jurisdicción especial para estos casos, de conformidad con la Convención y el artículo 4° constitucional, que reconoce derechos pero a la vez responsabilidad limitada a estos sujetos; el reconocimiento expreso de derechos y garantías procesales y de ejecución que corresponden a toda persona por el sólo hecho de serlo, más aquellos que corresponden a toda persona en proceso de maduración; establecimiento de una edad mínima y otra máxima de responsabilidad penal juvenil; el establecimiento del principio de reserva de ley; la creación de instituciones, órganos y autoridades especializados, en todos los niveles de gobierno, destinados a la procuración y administración de justicia para adolescentes y para la ejecución de las sanciones; el establecimiento de los principios de protección integral y de interés superior del adolescente; el establecimiento de formas alternativas de juzgamiento de conformidad con el principio de mínima intervención; la creación de un sistema procesal acusatorio y las garantías del debido proceso legal; la inclusión del principio de proporcionalidad entre conducta y medida sancionadora, y, finalmente, el establecimiento de la pena de privación de la libertad como medida de último recurso.

Esta iniciativa preveía también la reforma al artículo 73, mediante la adición de un párrafo a su fracción XXI, en el que se establecía la facultad del Congreso de la Unión para expedir las leyes que fijaran la concurrencia y las bases normativas y de coordinación a las que deberían sujetarse la Federación, las entidades federativas y el Distrito Federal para la implementación y aplicación del Sistema Integral. Como más adelante se detallará esta propuesta no prosperó en los dictámenes finales, de forma tal que finalmente dicho artículo constitucional permaneció intacto.

b) Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos aprobado por el pleno de la Cámara de Senadores.

El dictamen aprobado por la Cámara de Senadores asumió prácticamente en sus mismos términos la justificación de la iniciativa de reforma constitucional y enfatizó la necesidad de reconocer que este sistema de justicia es de naturaleza penal y que, en tal carácter, “se inscribe en el ámbito de la política criminal⁵ del Estado y no dentro de su obligación de prestar *asistencia social*.”

En este dictamen se aprecia que el objetivo de la reforma es reconocer un sistema de responsabilidad limitada hacia este sector de la población, de forma tal que las

⁵Subrayado en el original.

medidas impuestas a adolescentes sean apreciadas como consecuencia jurídica seguida por la comisión de algunas de las conductas previstas en la ley penal como delito. Evidentemente, no se trata de que dichas medidas sean entendidas como un castigo sin más, en todo caso, con ellas se pretende que el adolescente asuma su responsabilidad y pueda reinsertarse a la comunidad cuyas normas mínimas de conveniencia ha infringido con su conducta. Este propósito, sin embargo, debe enmarcarse siempre en el contexto del respeto al principio de legalidad y en estricto apego a las normas del debido proceso.

Así pues, el dictamen asume la misma orientación de la exposición de motivos ya reseñada pero puntualiza los temas de acuerdo a la importancia que cada uno de ellos tiene, cual es el caso del establecimiento de un sistema procesal de corte acusatorio. En efecto, en el texto se puede leer a la letra que el proyecto de decreto “prevé expresamente la observancia de un sistema procesal acusatorio, con lo que se deja claro la separación que debe existir entre las funciones y atribuciones que desempeñan la autoridad investigadora, la cual tiene carácter administrativo, y el órgano de decisión, el cual **necesariamente debe ser**⁶ una autoridad judicial.”

El dictamen no obstante hizo una importante modificación a la iniciativa original concerniente a la modificación del artículo 73 constitucional propuesta por la iniciativa que establecía la facultad del Congreso de la Unión para expedir las bases normativas y de coordinación a las que deberían de sujetarse la Federación, las entidades federativas y el Distrito Federal. El dictamen consideró improcedente la propuesta porque la concurrencia de las facultades de las entidades referidas en este tema ya estaba cubierta con la modificación al artículo 18.

c) Adiciones al proyecto de decreto de las Comisiones Unidas

El 31 de marzo de 2005 fue aprobado un punto de acuerdo de la Comisiones Unidas del Senado para los efectos de hacer algunas modificaciones al dictamen reseñado en el punto anterior.

La primera modificación consistió en precisar que la Federación, los Estados y el Distrito Federal en materia de justicia para adolescentes, sólo limitados por la observancia a los principios, bases y lineamientos reseñados más arriba. En tal sentido quedó definitivamente desechada la propuesta de modificar el artículo 73 constitucional.

Asimismo, se estableció que la creación del referido sistema de justicia para adolescentes no debía interpretarse en su espíritu como la reducción de la edad penal, dado lo cual se acordó suprimir el calificativo penal del texto del artículo 18 constitucional para dejar sin adjetivos el sistema de justicia para adolescentes. La idea, de acuerdo con el punto de acuerdo que decidió suprimir el calificativo “penal” para describir este sistema de justicia, “fue evitar cualquier confusión con

⁶Énfasis añadido.

las instituciones y procedimientos relativos a la justicia para adultos.”

Lejos de cumplir con el objetivo de clarificar los objetivos y ejes de la reforma constitucional, el punto de acuerdo incluyó ciertas dosis de ambigüedad, toda vez que un afán -ciertamente humanista en su espíritu- de insistir en que la finalidad de aplicación de las sanciones a los adolescentes no tiene en sí un fin represivo, hizo afirmaciones que tornan ininteligible la reforma constitucional de acuerdo a sus objetivos iniciales. Se dice por ejemplo que en el ámbito jurídico la idea de lo penal “implica la imposición de penas como principal consecuencia del delito, mismas que constituyen la privación o restricción de bienes jurídicos, impuestas conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una conducta antijurídica tipificada previamente como delito.”

Si bien ciertamente el área penal alude a la aplicación de penas, en la modernidad este sector del derecho se ha constituido justamente como un instrumento de minimización de la violencia, para lo cual se han vuelto canónicas determinadas garantías de carácter sustancial, procesal y orgánicas que se construyen como barreras para evitar la violencia informal hacia los acusados de haber cometido un delito y que históricamente ha adoptado modos de máxima intervención y de violencia sin controles hacia la conducta desviada, de la cual es buena muestra la denominada “doctrina de la situación irregular”.

En este orden de ideas, el punto de acuerdo que se viene comentando no puede ser interpretado en un sentido que contradiga los objetivos del sistema de justicia para adolescentes creado por la reforma constitucional, de acuerdo a los antecedentes reseñados hasta ahora, sino como un matiz para enfatizar la idea de que las consecuencias jurídicas impuestas a los adolescentes que han incurrido en conductas tipificadas como delito en la ley no deben tener un carácter afflictivo en su finalidad -aunque inevitablemente lo tienen-, sino siempre perseguir como objetivo reinsertar al adolescente en la comunidad y propiciar su desarrollo personal.

Si se interpretaran en un sentido literal los enunciados del punto de acuerdo, la reforma constitucional se quedaría sin materia. En efecto, el punto de acuerdo dice a la letra:

“Considerando que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad, no es dable que se haga referencia a un sistema “penal” para menores adolescentes, a quienes no es posible aplicarles una pena es (sic) estricto sentido, puesto que no tienen la posibilidad de determinar la comisión de un ilícito penal.

Siendo (sic) que un principio histórico del derecho penal lo ha sido, de forma reiterada, el que establece que “no hay pena sin culpabilidad”, consideramos pertinente que el sistema a que se refieren las iniciativas, se identifique como “Sistema Integral de Justicia para Adolescentes”. En el contexto en el que se

establece éste, se entiende que se (sic) finalidad será la de promover la readaptación de los adolescentes a través de medidas correctivas de protección y vigilancia del tratamiento, cuando manifiesten en su conducta un ataque a los bienes jurídicos protegidos por las leyes.”

De la lectura de este texto podría llegar a inferirse que el Constituyente permanente refuló en sus prístinas intenciones de crear un régimen de garantías para este sector de la población en el marco de un sistema de justicia específico, sin embargo, tal inferencia dejaría al texto constitucional sin efecto normativo y, peor todavía, sin propósito alguno. Sin duda el texto citado parece excluir a los menores de cualquier sistema de responsabilidad, pero si nos atenemos a esa conclusión llegaríamos a resultados claramente irracionales, pues si no se trata de un sistema de responsabilidad limitada no tiene sentido hacer la distinción entre sistema asistencial -menores de doce años- y sistema de justicia -entre los doce y los dieciocho años de edad. Más aún, tampoco sería necesario el debido proceso, ni la separación entre órgano de investigación y de decisión, figuras todas que se encuentran expresamente previstas en el texto constitucional reformado.

En esta tesitura, para los efectos de interpretar este punto de acuerdo es necesario recurrir al postulado del legislador racional, de acuerdo con el cual, frente a interpretaciones alternativas del sentido de un texto, se debe optar por aquella que no conduzca a resultados manifiestamente irracionales.⁷ En consecuencia no queda sino concluir que este punto de acuerdo buscó clarificar la finalidad de las medidas aplicables a adolescentes, las cuales no deben perseguir por sí un objetivo punitivo, pero no eliminar el sistema de responsabilidad limitada de los adolescentes.

III. Alcances de la reforma constitucional en materia de justicia para adolescentes.

Una vez revisados los antecedentes legislativos de la reforma, cabe ahora hacer una breve explicitación de los contenidos del nuevo texto del artículo 18.

Enunciaré los principales y haré mayor énfasis en los que conciernen a la garantía del debido proceso.

El texto de la reforma al artículo 18 constitucional dice a la letra:

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

⁷ Para una explicación detallada del postulado del legislador racional véase Francisco Javier Ezquiaga “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional” en Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho. Número 1, abril, 1994, pp 69-98.

Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

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

De la lectura de este texto se desprende que la Federación, las entidades federativas y el Distrito Federal están obligados a:

1. Crear un sistema integral con garantías judiciales iguales a las que se aplican en el caso de adultos, además de garantías que tengan en cuenta que los adolescentes se encuentran en proceso de desarrollo

Esta obligación se desprende de lo preceptuado por el quinto párrafo reformado del artículo 18 constitucional, de acuerdo con el cual, el sistema integral de justicia aplicable a personas que hayan cumplido doce años y sean menores de dieciocho años, deberán garantizar *ilos derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos **derechos específicos** que por su condiciÚn de **personas en desarrollo** les han sido reconocidos.*

El texto citado, que ahora tiene rango constitucional, alude a derechos que ya habían sido reconocidos en el ámbito internacional. En concreto la Convención establece en su preámbulo los principios de interés superior y vulnerabilidad social del niño, a partir de la Declaración de Ginebra de 1924; estos principios se reafirmaron en la Declaración, así como en los pactos internacionales y en otros instrumentos de organismos especializados, dado que se reconoce que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales.

De la misma manera, en el ámbito específico de justicia penal de niños y adolescentes, el artículo 40.1 de la Convención establece el reconocimiento del derecho de aquéllos de quienes se alegue que han infringido las leyes penales, o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, a ser tratados de acuerdo a su edad; la importancia de promover su reintegración, así como a ser tratados acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de terceros.

Estos postulados no hacen sino reconocer la condición de vulnerabilidad social del adolescente, en virtud de los cuales puede inferirse que toda la normatividad estatal inadecuada o contraria a estos criterios, deberá ser considerada como violatoria, en mayor o menor grado, según sea el caso, no sólo de los preceptos de la Convención misma, sino de aquéllos contenidos en instrumentos que han desarrollado los principios de la propia Convención.

Así pues, del reconocimiento de esta condición de vulnerabilidad social se desprende la obligación de generar garantías idóneas para no entorpecer el desarrollo de las personas de esa edad, pero que ello no se traduzca en pretexto para vulnerar las garantías del debido proceso que todo individuo debe gozar, que justamente ha sido una tendencia del llamado sistema tutelar de procesamiento.

2. Crear leyes, procedimientos y autoridades específicos para atender los casos de adolescentes.

El precepto constitucional establece en su párrafo sexto que *«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.»*

La filosofía que subyace a este precepto es que los adolescentes no tengan un contacto con el sistema de justicia penal para adultos, con ello se reconoce explícitamente que dicho contacto produciría un efecto criminógeno indeseable hacia este sector de la población. En cuanto a los procedimientos específicos, la intención de los principios anteriormente referidos es la adecuación de los criterios del Estado de derecho en materia de procedimientos punitivos -tanto para imposición de sanciones como para su ejecución- a la condición del sujeto de esos procedimientos, es decir, de los niños y adolescentes respecto de quienes se establece la presunción indestructible de que no han alcanzado plena capacidad intelectual y emotiva que permita tratarlos como adultos.

Así pues, cada orden de gobierno -Federación, Estados y Municipios- están obligados a desarrollar una infraestructura institucional especial dedicada a la atención de los casos en que estén involucrados adolescentes.

Esa obligación no se limita a los órdenes de gobierno, se extiende también a los Poderes Ejecutivo y Judicial. Ello se desprende del párrafo que se viene analizando, ya que indica que el sistema *debe estar a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes.*⁸ Al utilizar la expresión *tribunales*, el Poder Reformador de la Constitución no pudo querer ubicar a éstos en la esfera de competencia del Poder Ejecutivo, como ocurre actualmente con los llamados *consejos de menores*. Ello porque, además de que se reconoce explícitamente en los textos de los dictámenes legislativos respectivos,⁸ la garantía jurisdiccional es una garantía del debido proceso como más adelante se detallará. Aunado a lo anterior, el texto constitucional reformado establece una reiteración de la separación entre juez y acusación que actualmente está prevista en el artículo 21 constitucional. En efecto, el párrafo séptimo del artículo 18 constitucional prescribe la necesidad de *independencia entre las autoridades que efectúan la remisión y las que impongan las medidas*, reiterando la necesidad de que se prevea para el sistema de adolescentes esta importante garantía orgánica. Si quienes imponen las sanciones no pertenecen formalmente al Poder Judicial se vulneraría la Constitución en este aspecto.

Las obligaciones del Ejecutivo comprenden a las funciones de la policía en general, el Ministerio Público y las autoridades penitenciarias. Esta tendencia del texto constitucional se adecua a lo preceptuado hace ya tiempo por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos la propia *Convención*, que en su artículo 40.3 establece la misma obligación, pero además las Directrices de *Riad* -que aunque no son vinculantes en estricto sentido interpretan y desarrollan los contenidos, éstos sí de carácter vinculante, de la *Convención*- prevén en su artículo 58 que *“deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley, y otro pertinente, para que pueda atender las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar familiarizado con los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal”*. Téngase en cuenta este texto se refiere a funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. En este sentido, el artículo 1º del Código de Conducta para estos funcionarios, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979, incluye como tales a *“todos los agentes de la ley, ya sean miembros o delegados, que ejerzan funciones de policías, especialmente las facultades de arresto o detención”*.

⁸El dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales de LIX legislatura de la Cámara de Diputados de 28 de junio de 2005 establece que *“La instauración de tal sistema encuentra su fundamento en los artículos 1º, 4º y 17 de la Constitución. En este sentido, en el alcance del artículo 1º quedan comprendidas las personas menores de dieciocho años de edad como sujetos de garantías; el artículo 4º establece con toda nitidez la obligación del Estado para proveer lo necesario a fin de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de la niñez; en tanto que el artículo 17 confiere a las personas menores de dieciocho años de edad el derecho a la jurisdicción.”*

En el mismo sentido, el artículo 12 de las Reglas de Beijing postula el principio de especialización policial en los siguientes términos: “Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con niños o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de niños, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad”.

3. Determinar exactamente una edad mínima y una máxima de imputabilidad penal

El texto Constitucional del artículo 18 establece en su primer párrafo que el sistema de justicia penal juvenil se aplicará 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...””. Este texto va más allá de lo que señala la Convención sobre este tema, pues el artículo 1° de ese texto establece la posibilidad de establecer una edad inferior a los 18 años.

El texto constitucional establece además, en concordancia con los postulados del derecho penal mínimo, el derecho fundamental consistente en que las personas menores de 14 años nunca podrán ser sancionadas con alguna medida que implique internamiento. Ello es absolutamente compatible con la noción de que a menor edad, mayor vulnerabilidad social y mayor necesidad de establecer un derecho penal diferenciado.

4. Crear instituciones de asistencia para niños no imputables

El texto constitucional en análisis prevé que 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 palabra rehabilitación utilizada en el entorno del texto constitucional sólo puede interpretarse en clave de derechos. En este sentido los mecanismos de rehabilitación nunca podrán ser de índole aflictiva o de contención de los niños. El texto constitucional es muy claro al excluir a los niños comprendidos en estas edades de cualquier tipo de intervención penal, en este orden de ideas no puede interpretarse este texto como la autorización para establecer un sistema tutelar para estos niños. La única posibilidad es proporcionarles atención de conformidad con el principio de interés superior de la infancia.

Para cumplir con esta obligación no se requiere crear nueva instituciones, basta con crear nuevos programas de atención para los niños que se encuentren en esos supuestos.

5. Establecer el principio de reserva de ley

A pesar de que ya era una obligación constitucional de acuerdo a una interpretación sistemática del principio de igualdad y los preceptos que regulan la materia penal en la Carta magna, especialmente el previsto en el artículo 14 constitucional, segundo párrafo; este nuevo texto constitucional establece explícitamente esa obligación al disponer que el sistema integral de justicia *ser-aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales. En consecuencia, queda expulsado del orden jurídico mexicano el sistema tutelar o de la situación irregular.*

6. Establecer el principio de proporcionalidad entre el delito y la sanción

Uno de los grandes vicios del sistema de justicia para adolescentes ha sido hasta hoy la falta de proporcionalidad entre la conducta delictiva y la sanción que debe imponerse. En el fuero federal ello ha sido un problema recurrente, toda vez que se han documentado casos -no poco frecuentes- en los que adolescentes condenados por robo sufren mayor tiempo de internamiento que aquéllos condenados por homicidio. Para remediar lo anterior, en consonancia con lo previsto por la Convención en su artículo 40.1, el texto constitucional reformado prevé que se las medidas *deben 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.*

7. Establecer el principio de subsidiariedad en la aplicación de las medidas, sobre todo las que impliquen privación de la libertad

El texto constitucional reformado prevé que el *internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.*

Este precepto es congruente con el modo en que el principio de subsidiariedad ha sido desarrollado por el Conjunto de Reglas en sus artículos 1, 2, y 28, primera parte, así como los artículos 17.1 b y c, 18.1, y 19.1 de las Reglas de Beijing y 58, última parte, de las Directrices de Riad. En estos documentos se establece que el internamiento de niños se aplicará como último recurso, tratando de adoptar en lo posible medidas sustitutivas, tales como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o institución educativa.

El sustento legitimador de los preceptos citados en el párrafo precedente, lo encontramos en la consideración de que el ambiente penitenciario, aun cuando esté específicamente diseñado para adolescentes es un entorno negativo para su

desarrollo. Los efectos que produce el ambiente penitenciario no pueden ser neutralizados con tratamiento, por más avanzados que éstos sean, sobre todo si recordamos la condición de especial vulnerabilidad en que se encuentran estos sujetos.

Es importante aclarar que el texto constitucional no dice que se aplicará el internamiento en los casos de delitos graves -así calificados por la ley- cometidos por adolescentes, sino que dado el caso se podrá aplicar sólo en esos supuestos. La legislación ordinaria deberá autorizar a los jueces a no imponer el internamiento, incluso en esos casos, cuando ello contravenga el interés superior del adolescente.

8. Establecer institutos que permitan resolver alternativamente los conflictos de naturaleza penal

El texto constitucional reformado prevé la necesidad de establecer formas alternativas de justicia para resolver conflictos de naturaleza penal en la que estén involucrados adolescentes. La idea que subyace a este tema es, nuevamente, minimizar la intervención específicamente punitiva hacia este sector de la población. Así, en consonancia con el principio de mínima intervención, el texto constitucional ordena optar en primera instancia por estas formas alternativas y reservar la aplicación de medidas coactivas como último recurso.

Entre los diversos mecanismos que al efecto podrían establecerse sobresalen:

- La justicia restaurativa
- La suspensión del proceso a prueba
- La conciliación con la víctima o el ofendido

9. Establecer procedimientos en los que se observe la garantía del debido proceso legal

La exigencia de respetar la garantía del debido proceso legal en los procedimientos seguidos a adolescentes es el eje central de la reforma al artículo 18 constitucional. Es la primera vez que la Constitución hace expresa alusión a ese término, el cual tiene un amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial en la tradición del *common law* y también en la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos; en nuestro medio la expresión que más se aproximaba a dicha garantía era la de *las formalidades esenciales del procedimiento*, prevista ya en el artículo 14 constitucional. Dada la novedad de la expresión en el entorno constitucional mexicano, en las siguientes líneas haremos alusión a las implicaciones que esta garantía tiene para el desarrollo de los procedimientos que se siguen a los adolescentes. Ello se hará de acuerdo a los parámetros que fijan tanto el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, como la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y por supuesto a la ya mencionada *Convención sobre los Derechos del Niño*.

Los presupuestos que enseguida se desarrollarán no pueden ser visualizados como compartimentos estancos, antes bien, debe tenerse presente que el conjunto de garantías que conforman el derecho al debido proceso constituye un todo armónico, de modo tal que, si se desestima alguno de sus elementos, se corre el riesgo de generar un sistema de justicia juvenil fragmentario y no integral, que es justamente lo que ordena la Constitución Política.

Cualquiera que sea la forma procesal específica que se adopte para regular el sistema de justicia para adolescentes éste deberá adoptar, para los efectos de salvaguardar la garantía del debido proceso:

a) Un proceso de corte acusatorio

El proceso de corte acusatorio supone la separación estricta entre las funciones de investigación del delito y los órganos de jurisdicción. La acusatoriedad reclama la estricta separación entre ambas instancias para los efectos de permitir o hacer posible las demás garantías del debido proceso. Se trata en otras palabras de una garantía orgánica que establece las bases de los demás derechos.

La separación comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de acusación y de enjuiciamiento, sino también, y sobre todo, el papel de parte asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno de éste sobre el imputado. Asimismo, la idea de separación implica que el juez no tenga ninguna función que se subrogue a la acusación, como de hecho sucede en los sistemas procesales mixtos.

Las garantías de naturaleza orgánica se refieren a los controles de los sujetos institucionales que intervienen en el proceso penal, de forma tal que cada uno no rebase las facultades que su función reclama. En materia de justicia penal juvenil ha sido tradicional ubicar a todos esos actores en el seno del Poder Ejecutivo, más aún, en el espectro de facultades de órganos desconcentrados pertenecientes a este poder en el que se ubican las facultades de persecución, jurisdicción y defensa.

Este tipo de organización es contraria con la adopción de un proceso acusatorio, el cual reclama, como se indicó más arriba, la estricta separación de las funciones de investigación con las de jurisdicción. En apartado diverso de este documento se señaló que una de las exigencias de la reforma constitucional de 12 de diciembre de 2005 consiste en la creación de autoridades especiales para adolescentes, lo cual, al vincularlo con la necesidad de un proceso acusatorio, se traduce en el imperativo de generar, en el marco de las procuradurías de justicia y de los Tribunales Superiores de Justicia, agencias especializadas del Ministerio Público y órganos jurisdiccionales dedicados exclusivamente al tratamiento de casos en que

⁹Cfr, Luigi Ferrajoli, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trotta, Madrid, 1995, pp. 851-892.

los imputados sean menores de 18 y mayores de 12 años.

b) Un juicio frente a un juez o tribunal independiente e imparcial

La independencia e imparcialidad judiciales son otras dos condiciones orgánicas de protección de las garantías de orden procesal. La independencia judicial se traduce funcionalmente en que la jurisdicción no debe dirigirse a la satisfacción de intereses preconstituidos o finalidades de política pública. Así, mientras la actividad administrativa en cuanto tal -propia del Poder Ejecutivo- está subordinada a directrices superiores y a finalidades de índole política, la jurisdicción sólo está vinculada a la ley.

La imparcialidad no es sino la distancia del juez con respecto a los intereses de las partes en la causa; la independencia exige que los jueces tengan una posición de exterioridad a los sistemas de poder. Esta posición de independencia debe ser considerada tanto respecto de los demás poderes del Estado -Ejecutivo y Legislativo-, como respecto del propio Poder Judicial. Por esa razón para la creación de la nueva jurisdicción penal juvenil es necesario tomar en cuenta aspectos como la formación de los jueces, su colocación institucional respecto de los otros poderes del Estado y de los otros sujetos del proceso.

c) Un juicio p'blico salvo las excepciones legalmente previstas

Por lo que hace a la publicidad, aunque en principio está permitida en materia de justicia para adolescentes, se recomienda que pueda restringirse en el caso de adolescentes y jóvenes. Se podría por ejemplo establecer que los juicios serán públicos a menos que el adolescente expresamente se oponga a la publicidad. En esos casos las audiencias deberán ser privadas y a ellas deberán concurrir sólo las partes, cuidando en todo caso que no se dé a conocer la identidad de los jóvenes y adolescentes. La legislación ordinaria deberá prever mecanismos para que los medios de comunicación no expongan la identidad de los adolescentes.

d) Un juicio r-pido

Por lo general, los instrumentos internacionales de derechos humanos utilizan expresiones abiertas para referirse a la duración de los plazos de un proceso penal. El Pacto de San José prevé la expresión en un plazo razonable. La Convención sobre los Derechos del Niño utiliza, en cambio, la expresión sin demora para referirse a los juicios seguidos contra jóvenes, lo cual denota la necesidad de acortar los tiempos de duración de un proceso judicial.

En el entorno constitucional mexicano para la justicia penal juvenil no se establece una duración específica, sin embargo, dado que se introduce una cláusula de inclusión de los derechos que corresponden a todos los habitantes de la República, los procesos seguidos a menores de edad no podrán durar más de cuatro meses si el

delito por el que se está siguiendo la causa tiene una pena señalada de dos años de prisión, y de un año si se supera ese tiempo. Sin embargo, la propia cláusula de inclusión del texto constitucional señala que el sistema de justicia penal juvenil, además de garantizar los derechos fundamentales que la Constitución reconoce para todo individuo, también deberá garantizar aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Así pues, en consonancia con ese precepto, la legislación ordinaria debiera prever tiempos más breves de duración de los procesos seguidos a jóvenes, de forma tal que como máximo se fije la mitad del tiempo que se prevé para los adultos, esto es, dos meses para los delitos que merezcan pena privativa de la libertad de hasta dos años y seis meses si excede de ese tiempo.

e) Juicio que asuma el principio de contradicción

El principio de contradicción constituye el núcleo central del debido proceso. Para los efectos de garantizar efectivamente la contradicción es indispensable que la acusación se formule en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del proceso y de la sentencia que le pondrá fin. Asimismo, la acusación deberá contar con el apoyo de todos los indicios adecuados de culpabilidad como su elemento justificador fundamental, esto es, debe sustentar la probabilidad de la culpabilidad del adolescente.

Aunado a lo anterior, la acusación debe ser completa, estar integrada por la información de todos los indicios que la justifican, de forma que el joven tenga la posibilidad de refutarlos. Finalmente, la acusación debe ser oportuna, es decir, debe dejar al adolescente y a su defensor un tiempo necesario y suficiente para realizar su defensa y debe ser sometida a refutación desde el primer acto del proceso, esto es, en la audiencia de declaración preparatoria.

El principio de contradicción eleva la calidad de la información que se vierte en un proceso penal y hace posible la efectiva defensa. Un adecuado esclarecimiento de los hechos en materia penal se obtiene, como en cualquier investigación empírica, mediante el procedimiento de ensayo y error. La posibilidad de obtener una mejor aproximación a los hechos realmente ocurridos queda confiada a la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, al libre desarrollo del conflicto de las dos partes en el proceso, y a la libre valoración del juez para motivar su sentencia. La refutabilidad de la hipótesis acusatoria -de forma que no sea atendible ningún medio de prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas- constituye la condición fundamental de la epistemología falsacionista propia del proceso

¹⁰ Para una explicación del falsacionismo véase Karl Popper, *Conjectures and refutations. The growth of scientific knowledge*. Routledge and Kegan Paul, London, 1974

acusatorio y del debido proceso.

Esta posibilidad sólo se da en el contradictorio, mediante el cual se permite que el imputado interrogue o haga que se interrogue a las testigos de cargo. Asimismo, se deberá permitir que ofrezca testigos de descargo y toda la prueba necesaria para desvirtuar la acusación. Este derecho está expresamente consagrado en el artículo 40.2, IV de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Para los efectos de que exista contradicción es imprescindible que se sustituya la metodología de instrucción de un expediente en el proceso, por la metodología de audiencias -en las que prevalezca la oralidad- para la toma de decisiones judiciales. Esto no quiere decir que se sustituyan los registros escritos, éstos deberán existir para efectos de documentación del proceso y de la investigación; lo que implica es que las decisiones judiciales se tomen sobre la base de la información que las partes aportan en las audiencias en las que el juez está presente. La contradicción es imposible con la justicia escrita, puesto que las partes no pueden interrogar a las personas que declaran en las distintas diligencias y de esa forma constatar la idoneidad de la información y de su fuente. Las actas son impermeables al interrogatorio.

En este orden de ideas existen una serie de garantías instrumentales y absolutamente indispensables para que la contradicción pueda existir. Primero, los juicios deben ser orales por las razones ya apuntadas en el párrafo que antecede; segundo, los juicios deben prever la *inmediación*, es decir, los jueces deberán presenciar y presidir personalmente las audiencias en las que se espere alguna determinación judicial, ya que de lo contrario no tendrían toda la información relevante para la decisión que se adoptará, que incluso puede provenir del lenguaje gestual de quienes declaran; tercero, los juicios deben ser continuos y concentrados, toda vez que dado que la decisión judicial se adoptará sobre la base de lo que ocurra en la audiencia y además de inmediato, no es esperable que una persona normal pueda retener toda la información de lo que ocurre en actos discontinuos y con desahogo desconcentrado de la prueba.

f) Juicio que garantice plenamente el derecho a la defensa

Al igual que en cualquier proceso penal, el que se sigue a los jóvenes deberá garantizar la posibilidad de la defensa material y la defensa técnica, es decir, los actos defensivos realizados por el propio imputado y los que realice su abogado. Pero además se deben prever institutos para que también los padres del adolescente, sus tutores y representantes legales puedan intervenir activamente en la defensa. Es importante indicar que en este tema la Convención ya ha reconocido que en la medida de lo posible, de acuerdo al grado de madurez del joven, éste

¹¹ En ese sentido deberá preverse la prohibición expresa de la práctica de delegación de funciones, de acuerdo con la cual son los secretarios del juzgado los que presiden las audiencias y el juez decide sobre la base del expediente que éstos van construyendo en las distintas diligencias.

deberá ser informado directamente de los cargos que pesan en su contra, o bien por medio de sus padres o representantes legales. Ello de conformidad con la idea de que los adolescentes no deben ser considerados objetos de tutela, sino sujetos de derechos.

g) Juicio que garantice el derecho a la presunción de inocencia

El principio de presunción de inocencia ha sido recogido por diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, unos de carácter directamente vinculante y otros de vía indirecta que, a pesar de no ser tratados internacionales propiamente dichos, sirven para definir los alcances de los derechos previstos en aquéllos. Entre los documentos internacionales con obligatoriedad jurídica que incluyen dicho principio se cuentan: Las Declaraciones Universal (artículo 11, párrafo 2) y Americana (artículo XXVI) de Derechos Humanos, del 10 de diciembre y 2 de mayo de 1948, respectivamente; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículo 14.2); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (artículo 8.2), así como por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (artículo 84, párrafo 2), adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955. La Convención sobre los Derechos del Niño consagra también este importante principio en su artículo 40; 2; b); i). Si bien el principio de presunción de inocencia no ha sido incluido en la reforma constitucional del 12 de diciembre pasado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido, en una tesis aislada (P.XXXV/2002), que ese principio se encuentra reconocido implícitamente en el texto constitucional y, por supuesto, eso se traduce en la necesidad de respetarlo para el caso de los jóvenes.

IV. Nota final

En las páginas que anteceden pretendí hacer explícitas cuáles son las condiciones mínimas para la reglamentación de la reforma al artículo 18 constitucional. Como pudo advertirse el texto no hace una discusión dogmática de los contornos de un derecho penal para adolescentes, que por otra parte sería necesario hacer y cuya posibilidad todavía está en discusión por parte de la comunidad académica. Buscó algo mucho más modesto: explicar por qué no son viables aquellas interpretaciones que consideran que es posible cumplir con la reforma constitucional por la vía de la creación de otras instituciones administrativas o incluso por el expediente de crear órganos autónomos que operen el sistema. Existen por supuesto múltiples alternativas, pero siempre que se adecuen a los contenidos mínimos de un auténtico debido proceso.

Lic. Sergio Rodríguez Prieto

UNA PRIMERA VISIÓN AL
CONTENIDO DE LA REFORMA AL
ARTÍCULO 18 DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

UNA PRIMERA VISIÓN AL CONTENIDO DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Por Sergio Rodríguez Prieto.

El lunes 12 de diciembre del año 2005, en el Diario Oficial de la Federación, se realizó la publicación del "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", en cual refiere lo siguiente:

"EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN USO DE LA FACULTAD QUE LE CONFIERE EL ARTICULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA Y PREVIA APROBACIÓN DE LA MAYORÍA DE LOS HONORABLES LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS, 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".

Artículo Único.- Se reforma el párrafo cuarto y se adicionan 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, para quedar como sigue:

Artículo 18.

.....

.....

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, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

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

.....
.....

TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor a los tres meses siguientes de su publicación en el Diario oficial de la Federación.

SEGUNDO.- 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 requieran para la aplicación del presente Decreto....”.

De la primera lectura del contenido de citado decreto, sentimos que podemos establecer diversas premisas de trabajo, para la implementación operativa de lo que podría ser denominado “Sistema de Justicia Penal para Adolescentes”, y que serían las siguientes:

1.- No se trata de una simple reforma para el establecimiento de la tan “discutida” edad penal, sino que debe estructurarse un SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA, entendiéndose como sistema lo siguiente: “...el carácter de ser sistema no es un carácter de conjunto de las normas de un derecho, sino antes bien un carácter del modo de mirar adoptado por quien examina el conjunto de las normas de un derecho. No es que el derecho en sí constituya un sistema, sino que el derecho en cuanto mirado como conjunto de normas interrelacionadas (por ejemplo, por la unidad de fuentes, de derivación material o formal, de proyección institucional, de usuarios o grupos de usuarios, de fin analítico) aparece como sistema (en uno o más de los significados mencionados)...”¹; y si se trata de “justicia penal”, podríamos agregar lo afirmado por José María Rico, que explica: “...en materia penal, el sistema de justicia comprende una serie de elementos que participan en la solución de aquellos conflictos derivados de la existencia de ciertas pautas de comportamiento consideradas como delito. Dichos elementos son: 1) las normas que rigen tanto la determinación de las conductas prohibidas como la organización de cada uno de sus componentes y el funcionamiento real

¹S. CASTIGNONE, R. GUASTINI, G. TARELLO, “Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni”, Génova. Citado por ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO: “Los ‘Hechos’ en la Sentencia Penal”, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2005.

del sistema a través del proceso penal; y 2) las instituciones que las promulgan, reforman o derogan, así como los organismos oficiales encargados de su aplicación...²;

2.- Tal sistema de justicia se implementa para aquellas personas a las cuales se les pueda atribuir la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales (hecho punible en términos de la legislación penal vigente en el Estado de Aguascalientes);

3.- Los destinatarios de este nuevo sistema lo serán aquellas personas mayores de 12 años de edad y que no hayan cumplido los 18, y serán integrados al sistema precisamente cuando llevan a cabo o intervengan de alguna manera en la realización de específico hecho punible (“conducta tipificada como delito por las leyes penales”);

4.- La idea de integrar a tal clase de personas a específico sistema, lo es con el objetivo primordial de que se les **“...garanticen los derechos fundamentales que reconoce** esta constitución para todo individuo...”, específicamente los denominados “derechos de audiencia y de defensa”, que en la anterior estructura del llamado Consejo Tutelar para Menores no se contemplaban, y por ende, no se respetaban;

5.- También se hace alusión el tema de que se haga efectivo el respeto a **“aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos”**, y quiero suponer que son aquellos contemplados en la parte final del artículo 4 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: **“...Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.- Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.- El Estado otorgar facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”**;

6.- Importante recalcar que este nuevo sistema solo será aplicable a personas mayores de 12 años de edad y que no hayan cumplido los 18, puesto que si en específico hecho punible interviene una persona menor de 12 años de edad, entonces, NO será sujeto de responsabilidad alguna, y por ende, de ninguna clase de “procesamiento”, ya que en estos casos, tales personas **“...solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social...”**, evidentemente a cargo de instituciones del Estado;

7.- Las instituciones convencionales de cualquier sistema de justicia penal se mantienen, puesto se que insiste en el uso de conceptos tales como

²MARIA RICO, JOSÉ: “Justicia penal y transición democrática en América Latina”, Siglo Veintiuno Editores, México, 1997.

“procuración de justicia” e “impartición de justicia”; es decir, la presencia del Ministerio Público, la Policía, los Jueces o Tribunales, pero con la exigencia básica que sus integrantes sean o estén especializados precisamente en la PROCURACIÓN E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA PARA **ADOLESCENTES**, tema éste que resulta novedoso en nuestra tradición jurídica, y cuyos contenidos, supongo yo, rebasan con mucho el ámbito estrictamente jurídico;

8.- Se habla en la presente reforma, también, de la adopción en el nuevo sistema de las denominadas “formas alternativas de justicia” (la denominada mediación, arbitraje y justicia restaurativa), cuyo desarrollo en nuestros sistemas, dígase lo que se diga, sigue siendo incipiente e inseguro.

9.- Cabe destacar que, de manera no muy clara, o mejor dicho velada, se sustituye el “pesado” concepto de “pena”, por el de “medida”, que será precisamente la consecuencia jurídica a aplicar al adolescente, cuando, previo procedimiento implementado en su contra, se establezca su “nivel de responsabilidad” como interviniente en específico hecho punible. No refiere el artículo constitucional reformado qué clase o tipo de “medidas” podrán aplicarse, aunque explique que el fin de las mismas lo sea “...**la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades...**”. Utiliza a su vez, el término “proporcionalidad”, y esto en relación directa con “la conducta realizada” por el adolescente, y ello, en una medida como la que se propone, resultará complicado el llevar a cabo su implementación, sobre todo si tenemos como referencia al respecto el contenido de la “proporcionalidad” en el tema de la “culpabilidad”, como elemento fundamental para la integración de una responsabilidad penal en “mayores”;

10.- En el tema éste de las “medidas”, llama sobremanera la atención la inclusión como tal del denominado “**internamiento**”, concepto que pretende suavizar el muy pesado de “prisión”, pero que a fin de cuentas constituye “privación de la libertad”, y que no puede ser de otra manera, porque en el contenido de la reforma que se comenta, claramente se destaca que “...**se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo mas breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves...**”. Por ello, tal internamiento, tiene algunas condiciones para su implementación:

a).- Se trata de una medida excepcional, es decir, no aplicable como regla general;

b).- Su aplicación solo será factible en adolescentes mayores de 14 años de edad, y por supuesto, que no hayan cumplido los 18 años al momento de intervenir en el específico hecho punible;

c).- El hecho punible en el que intervengan tales adolescentes debió de ser calificado previamente por el legislador como “conducta antisocial grave”; y

d).- Su utilización será por el tiempo más breve que proceda, afirmación esta que genera diversas interrogaciones: tiempo más breve que proceda, ¿en relación con qué? ¿Con la pena de prisión prevista para las figuras típicas que pueden ser calificadas como “conducta antisocial grave?”, o breve, ¿en relación con la duración del procedimiento, cuyas características deben ser diversas al aplicable a mayores? El internamiento en cuestión, ¿podrá ser equiparable en cierto momento, con la “prisión preventiva”? O, ¿sólo podrá aplicarse el mismo, previo y necesario establecimiento de la responsabilidad penal del adolescente?

Así expuesta la reforma, en términos muy generales, entiendo que no será, desde ningún punto de vista, sencilla la implementación de este nuevo sistema de justicia penal, que por otra parte, no debe olvidar, por ningún motivo, la tendencia garantista que lo alimenta, y que por ende, principios tales como el de legalidad, intervención mínima, dañosidad social, materialidad de la conducta, acusación, jurisdiccionalidad, defensa o contradicción, verificación, culpabilidad y retribución, deben estar plenamente presentes.

Moisés Rodríguez Santillán

RETOS DEL ESTADO DE
AGUASCALIENTES ANTE LA
REFORMA AL ARTÍCULO 18
CONSTITUCIONAL

RETOS DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES ANTE LA REFORMA AL ARTICULO 18 CONSTITUCIONAL.

Por Moisés Rodríguez Santillán

Agradezco a los organizadores de este evento, en especial al Presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, Lic. Omar Williams López Ovalle la invitación para hablar sobre los retos del Estado de Aguascalientes ante la reforma al artículo 18 constitucional.

Los retos en general que se derivan de dicho precepto, son los siguientes:

Primero.- Establecer un sistema integral de justicia.

Segundo.- Que ese sistema se aplique a quien se atribuya la realización de una conducta tipificada en la ley como delito

Tercero.- Que esas personas tengan entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad.

Cuarto.- Que se les garanticen los derechos fundamentales que reconoce la Constitución para todo individuo y además los derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo, también les han sido reconocidos.

Quinto.- Que solo serán sujetos de rehabilitación y asistencia social. dichas medidas serán solo de orientación, protección y tratamiento.

Sexto.- Que la operación del sistema estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializadas en la procuración de justicia para adolescentes.

Séptimo.- Debe atenderse siempre a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Octavo.- Deberán observarse las formas alternativas de justicia.

Noveno.- Deberán observarse las garantías del debido proceso legal.

Décimo.- Debe existir independencia entre las autoridades que efectúan la remisión y las que impongan las medidas.

Décimo Primero.- Las medidas 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.

Décimo Segundo.- El internamiento sólo se utilizará como medida extrema y por el tiempo mas breve que proceda.

Décimo Tercero.- Que ese internamiento sólo podrá aplicarse a los adolescentes

mayores de 14 años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Es incuestionable que el sistema para el tratamiento de menores infractores ha dado un giro de 180 grados para ser denominado sistema integral de justicia para adolescentes, con contenidos diferentes a los que estábamos acostumbrados.

La reforma al artículo 18 constitucional reflejan los contenidos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, a partir de la cual se modificó radicalmente la interpretación del sistema de justicia para menores infractores, instrumento internacional que ha sido firmado y ratificado por un gran número de países, incluyendo el nuestro. También refleja las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores conocida como Reglas de Beijing, reglas que ya contempla la mexicana Ley Federal para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes que les reconocen el carácter de sujetos de derechos, deberes y merecedores de una atención por parte del Derecho.

Uno de los retos fundamentales del Estado de Aguascalientes ante esta reforma, es abandonar el tradicional modelo tutelar. Este modelo según Alfredo Dagdug Kalife, responde a los principios de la escuela positivista y correccionalista del Derecho Penal. Reúne concepciones paternalistas y represivas, considerando al menor como un objeto y no como un sujeto de derecho. Al señalar penalmente inimputables a los menores de edad, los desprotege de las formalidades procesales y de las garantías individuales. Este sistema paternalista intenta proteger tanto al menor que lo priva inclusive de sus derechos.

Igualmente otro reto será adoptar el nuevo modelo que propone el artículo 18 Constitucional reformado, que es el que se conoce como modelo educativo-responsabilizador. Es el propuesto casi de forma unánime por la doctrina y es precisamente el adoptado por la Organización de las Naciones Unidas. Se caracteriza según el autor citado, por poner un equilibrio entre lo judicial y educativo, dándole las mismas garantías procesales pero con la necesaria orientación educativa en respuesta o a la infracción cometido por el menor. Dicho modelo conceptualiza la inimputabilidad del menor por ser un sujeto en pleno desarrollo y, por ello el Estado intervendrá pero no de forma punitiva. Además el proceso debe ser no penal, pero reivindicatorio de las garantías procesales que aplican a los adultos imputables.

Tendrá que asegurar al adolescente que haya incurrido en un hecho tipificado en la ley como delito, un debido proceso, con todas las garantías previstas en la ley, un derecho a conocer el acto que le está siendo atribuido, un derecho a la defensa y a la presunción de inocencia.

A los menores de edad se les consideraba incapaces de conocer y comprender los alcances de la conducta delictiva. Las nuevas teorías que motivaron la reforma son en el sentido de que sí son capaces de entender y querer las consecuencias del ilícito penal que realizan, y de esta manera se pretende establecer una congruencia con la aplicación de medidas para su adaptación social.

Otro reto fundamental, es la elaboración de la nueva legislación secundaria para establecer nuestro propio sistema integral de justicia para adolescentes. Sobre todo si tomamos en cuenta que se avanza contra el tiempo, porque la reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 12 de diciembre del 2005, entró en vigor el 12 de marzo del 2006 y sólo se tienen seis meses que terminan el 12 de septiembre del presente año. Para la elaboración de la nueva Ley desde luego deberá consultarse el artículo 18 constitucional reformado, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y será conveniente analizar la interpretación que a dicha convención hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la solicitud de opinión consultiva de fecha 28 de agosto del 2002 bajo el número OC-17/2002, en la que se plantea que la expresión "interés superior del niño", consagrada en el artículo 3o. de la Convención, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos, deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstos en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

En este breve tiempo, además de estar promulgada y vigente la nueva ley, deberán prepararse autoridades y personal especializado de la justicia para adolescentes, así como los órganos correspondientes, como serían la policía, los centros de internación, el órgano acusador, la defensoría pública, los tribunales, una unidad administrativa y los encargados de auxiliar y verificar que cada adolescente cumpla de manera eficaz la medida aplicada, en los términos de la nueva legislación de justicia para adolescentes. Todo esto conlleva, además, un reto de presupuesto que no fue considerado para el presente ejercicio y que representa un gasto importante.

Otro reto no menos importante que los anteriores, será el aumento de la edad de los adolescentes hasta menos de 18 años, en lugar de hasta menos de 16 como lo contempla la ley vigente. Es una modificación legal que probablemente no va ser aplaudida por amplios sectores de la sociedad que consideran que la aplicación retroactiva de la ley en beneficio de quienes cometieron hechos delictivos entre los 16 y los 18 años, pudieran ser liberados sin la adaptación social suficiente en perjuicio de la comunidad. Seguramente también habrá opiniones en el sentido de que la delincuencia organizada utilizará a los menores de 18 años para realizar conductas delictivas, como ocurre en otras entidades. Son inquietudes que deberá resolver satisfactoriamente la nueva legislación.

BIBLIOGRAFIA.-

DAGDUG KALIFE ALGREDO.- Aspectos Procesales de los Menores Infractores.- CRIMINALIA.- Academia Mexicana de Ciencias Penales.- Año LXX No. 2.- Mayo-Agosto 2004.- Editorial Porrúa.

GARCIA RAMIREZ SERGIO.- Derechos de los Menores de Edad Sujetos a Medidas de Protección.- CRIMINALIA.- Academia Mexicana de Ciencias Penales.- Año LXVII, No.3.- México, D.F., Septiembre -Diciembre 2002.- Editorial Porrúa.

VILLANUEVA CASTILLEJA RUTH.- La Diversidad en los Sistemas Jurídicos Sobre Menores Infractores en algunos casos de Europa, Asia y América.- CRIMINALIA.- Academia Mexicana de Ciencias Penales.- Año LXX No. 2, Mayo -Agosto 2004.- Editorial Porrúa.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- 152ª. Edición.- Editorial Porrúa, México 2006.

LEY FEDERAL PARA LA PROTECCION DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

LEY DE CONSEJOS TUTELARES Y DE REEDUCACION SOCIAL PARA MENORES INFRACTORES DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES.



Lic. Federico Carlos Soto Acosta

LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA
COMO ORIGEN DEL SISTEMA DE
JUSTICIA PARA MENORES
DELINCUENTES

PROLOGO

A la luz del examen de la teoría del delito se busca identificar la construcción de un sistema de justicia penal para menores delincuentes que garantice un debido proceso a los menores imputables que cometan una conducta ilícita; este estudio aborda esencialmente el tema de la imputabilidad y su aspecto negativo que es la inimputabilidad, buscando reincorporar a los menores delincuentes al sendero del derecho penal, entendido éste como el sistema que garantice un debido proceso penal con respeto a los derechos humanos de los menores.

INTRODUCCIÓN

Los beneficios que la Constitución General de la república establece para los infractores de las leyes penales deben hacerse extensivos a los menores delincuentes: El Derecho a la defensa, a la confrontación, a la libertad provisional, el establecimiento de las causas de incriminación, el sobreseimiento, la prescripción, la impugnación de las resoluciones; todos derechos indispensables para hablar de un sistema integral de justicia penal para menores delincuentes.

Es indispensable utilizar la terminología técnico-jurídica adecuada tratándose de los menores delincuentes sin falsos paternalismos técnicos que solo han causado mas daño al menor que infringe la ley penal, porque en la actualidad se le privan de sus derechos fundamentales.

Los menores que por alguna razón actualizan la norma jurídico penal son delincuentes, son imputables y les corresponde una culpabilidad disminuida y como consecuencia una pena también disminuida. La ley penal debe reintegrarlos a su seno, en su propio sistema, para evitar que se sigan cometiendo injusticias bajo el pretexto de protegerlos.

LOS MENORES Y EL DERECHO PENAL

Derecho Penal de Menores

El menor como concepto jurídico aparece en el siglo XIX en el Código Napoleónico de 1810 en el que se configurará el “Discernement” ó “doli capacitas”; a partir de ese momento se realiza la división jurídica entre adultos y niños, y nace una forma especial de tratar a los niños y jóvenes.

En 1911 se celebró en París el primer Congreso de Tribunales de menores, en donde los puntos que importaban a los participantes eran:

a) Debe existir una jurisdicción especial de menores ¿En cuales principios y directivas deberán guiarse los mismos para obtener un máximo de eficacia?

b) ¿Cuál debe ser la función de las instituciones de caridad, frente a los Tribunales y frente al Estado como poder administrador? Y protección al joven “**peligro**”.

c) Función específica de la Justicia de menores antes y después del Proceso. (1)

Desde entonces, hace más de 80 años, el debate no ha variado. Ahora, se discute a qué régimen debe pertenecer la legislación de menores delincuentes. ¿Se trata de una jurisdicción especial? ¿Forma parte del Derecho Penal? ¿ Es un proceso administrativo con facultad de imponer penas y por lo tanto inconstitucional?

La intención de este apartado es conocer las vicisitudes que han ocurrido desde el momento en que se declaró al menor como una persona “**Especial**”, exclusivamente en relación al Derecho Penal.

Desde el nacimiento del Derecho Penal humanista con Beccaria, éste surge como la enumeración de los derechos y prerrogativas del delincuente ante un proceso de autoridad, el conjunto de normas penales tienen como fin limitar la activación al Estado en una de sus funciones más importantes, la imposición de penas.

Es innegable que el Derecho Penal se constituye en un instrumento de control social formal puesto que se ajusta a normas particulares para su realización. (2)

Según asienta Zulita Felini, el sistema de reacción hacia los menores tiene tres modelos posibles: un modelo de Bienestar, donde declara y actúa a favor del desarrollo del menor en forma integral. Un modelo de Justicia, donde se respetan las garantías constitucionales y penales del régimen de adultos; y un modelo de Defensa Social, en el que se separa a los menores “**anormales**”, “**desviados**” y se

les imponen medidas de seguridad con fines educativos y con el afán de proteger al grupo social. (3)

De acuerdo al modelo de intervención adoptado, sabremos si alcanza los fines buscados. Si el sistema legal de menores declara estar en la búsqueda del Bienestar Social, algunos señalan protección, apoyo, tutela del menor: su éxito será la mejoría en las condiciones de vida de los menores.

Si declara que su búsqueda es la Defensa Social, entonces su éxito será la prevención de conductos antisociales que logre.

Si declara que su módulo es de Justicia, entonces su éxito se medirá en el tipo de garantías de que dispone el menor para enfrentarse a la fuerza del Estado, y las condiciones de esta intervención.

El sistema mexicano ha pasado por los tres módulos: La Ley Villa Michel, la Ley de los Tribunales de 1941 y la Tutelar de 1947 declararon que buscaban el bienestar de los menores. El código de 1929 y el de 1931 con una gran carga positivista establecieron las medidas de seguridad invadiendo las leyes de menores. La Ley en vigor declara un modelo de justicia y sin bien apunta a él, no lo logra.

En el derecho de menores, continuamente se da un enfrentamiento entre las funciones del Estado: Estado Protector VS Estado Sancionador; es decir, el Estado como *parens patriae* ó como instancia sancionadora.

Sea cual fuere su función declarada y su función real, estamos evidentemente frente a un conjunto de normas y en el derecho no hay secciones, sus partes tienden a integrar el todo. Por tanto, no podemos afirmar que el derecho de menores sea autónomo, debe enriquecerse y suplirse de los demás. Por ello, el derecho penal debe contener el derecho penal de menores.

Y así se reconoce ya en las legislaciones de muchos países, dividiendo claramente la acción tutelar o de asistencia social; tal es el caso del Nuevo Estatuto del Niño en Brasil; la legislación Argentina en su Ley 22.278; La Ley Juvenil Alemana (J.G.G.). Y parece innecesario insistir en que si las leyes de referencia definen conductas e imponen penas, estamos en presencia de la acción represiva del Estado, es decir, del Derecho Penal.

Para Raúl Horacio Viñas, el concepto de “delincuencia juvenil” ha adquirido connotaciones diferentes de acuerdo a la disciplina que lo utiliza ya sea psicología, pedagogía, criminología, psiquiatría o sociología.

Define el Derecho Penal de Menores como “El conjunto de normas y principios jurídicos que ante la comisión de un delito por un menor, prevén y regulan la aplicación de distintas formas de reacciones típicas: educativas, reductivas, terapéuticas, curativas, correccionales o punitivas, todas pedagógicamente

orientadas a la reinserción social del mismo". (Raúl Horacio Viñas. Pág. 12) (4)

Tanto el Derecho Penal de Adultos como el Derecho Penal de Menores surgen a raíz **"o en ocasión"** de la realización de una conducta que el legislador tipificó como delito.

El Derecho Penal, como objeto de conocimiento, está integrado por 3 materias: Las normas jurídico-penales, los delitos, las puniciones, las penas y las medidas de seguridad.

Las normas jurídico penales comparten desde luego las características de cualquier norma jurídica: generalidad, abstracción y permanencia.

Los elementos de la norma jurídico-penal son: Tipo y Punibilidad. El tipo es la figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o mas bienes jurídicos.

La punibilidad es una combinación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste. (5)

No podemos negar que las normas que analizamos tienen tipo y punibilidad; su construcción nos describe una conducta y a cada una le corresponde una conminación de sanción.

La misma Ley para el tratamiento del Menor Infractor lo establece en su artículo 1ro. Al señalar que será aplicable en los casos conductas tipificadas en el Código Penal y cometidas por menores de 18 años.

La norma jurídico-penal corresponde al mundo normativo, al deber ser; su concreción en el mundo táctico es el delito. A diferencia de la norma, el delito es particular, concreto y temporal.

Dentro de la escuela Alemana, destacan la construcción de la acción causal y la construida de la teoría de la acción finalista.

Para los causalistas aparecen como elementos:

- a) La acción
- b) El tipo
- c) La antijuridicidad
- d) La culpabilidad

Si hemos aceptado que la Ley analizada contiene normas jurídico-penales, su concreción es un delito, se actualiza a través de un de una acción; coincide con el contenido de un tipo penal; al concretarse va contra el derecho y su autor

merece un reproche por la conducta violatoria del deber jurídico-penal dado el conocimiento que tiene con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

Si bien, estamos en presencia de un autor con una cualidad específica menor de dieciocho años, éste reúne todas las características del sujeto activo; si tomamos en cuenta que la definición de autor material es: toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal. El propio artículo primero da esa posibilidad normativo a los menores de 18 años.

Esta persona requiere de “**Capacidad psíquica de delito**”. Esta capacidad se manifiesta en dos aspectos: a) Voluntabilidad; b) Imputabilidad. La primera es capacidad de voluntad; por tanto es una capacidad de conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo lega. La imputabilidad es la capacidad de culpabilidad, es la capacidad de comprender la concreción de la parte objetiva valorativa del particular, es decir, capacidad de comprender la específica licitud. (6)

Es aquí donde se ha centrado la discusión de si los menores son o no imputables y por lo tanto si tienen capacidad de culpabilidad.

IMPUTABILIDAD

El "fantasma errante" del derecho penal, como se ha llamado a la imputabilidad es, a mi juicio, la clave para concluir si los menores pueden cometer delitos o no.

Ello, en virtud de que para la existencia del delito se requiere la comprobación de la conducta típica y antijurídica, y para esto no basta con encontrar un hecho que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos, es necesario, además, que la haya realizado una persona a **quien vaya dirigida la ley penal y que la conducta le sea reproachable por violar valores que la ley protege.**

Parece que el centro del problema de las conductas delictivas de menores se encuentra en sí la amenaza contenida en la ley penal está dirigida a ellos o si se les debe reprochar la concreción de una conducta típica y antijurídica. El problema está, pues, en los conceptos de imputabilidad y culpabilidad, así como en sus contenidos negativos.

Pretendiendo hacer de este trabajo una "**tesis**" acerca del tratamiento jurídico que debe darse al menor delincuente, desentrañaré algunos aspectos importantes del concepto **IMPUTABILIDAD**.

Para ello, es necesario hacer referencia a los antecedentes históricos del concepto:

ARISTOTELES.- "Solo se comete delito o se hace acto justo cuando se obra voluntariamente, lo mismo en uno que en otro caso; pero cuando se obra sin querer, no se es justo ni injusto a no ser indirectamente; porque el obrar así sólo, se ha sido justo o injusto por accidente. Lo que hay de voluntario o involuntario en la acción es lo que constituye la iniquidad o injusticia". En su obra de Moral a Nicomaco hace referencia a la importancia de este estudio. Para este filósofo griego era importante conocer qué cosa era la voluntad y qué los actos voluntarios, como base para hablar de actos de virtud, para señalar "las recompensas y castigos que decreten".

El acto voluntario es el decidido por las personas mismas: el acto involuntario está obligado por una fuerza mayor o por la ignorancia. Pero en los actos involuntarios, señala el filósofo, no es necesario la fuerza física superior, "cuando la causa es exterior y de tal fuerza, que el ser que obra y sufre no contribuye en nada a esta causa, por ejemplo, un tirano dueño de vuestros padres y de vuestros hijos, os impone una cosa vergonzosa; podéis salvar esas personas que os son queridas, si os sometéis, y perderlas si rehusáis someteros; en un caso semejante se puede preguntar si el acto es voluntario o involuntario".(2)

La libertad, el ejercicio del libre albedrío es lo que fundamenta la responsabilidad de los actos del hombre, porque elige libremente, no movido por una necesidad.

Del libre albedrío resulta la imputabilidad. **Zaffaroni** señala al respecto: "La elección requiere de voluntad pero, fundamentalmente, de la libertad. Ningún jurista puede afirmar juiciosamente que a un individuo se le puede reprochar una conducta si no ha tenido la posibilidad de escoger entre ésta y otra".

Tal parece que Aristóteles se adelanta muchos años y previó el concepto actual de culpabilidad, al hablar incluso de **reproche**.

VICTOR CATHERIN.- Este sacerdote, siguiendo a Santo Tomás de Aquino, afirma que la autodeterminación de que goza el hombre es el fundamento de la imputabilidad; "sólo en los actos, en cuanto proceden de nuestra libre voluntad, pueden sernos imputadas para mérito o para culpa, para alabanza o para censura".

Para **Santo Tomás** el principio es así: "Entonces se imputa el acto al agente cuando dicho acto está en su potestad, de tal modo que tenga dominio sobre él". (Summa Theológica). Es decir, la potestad del hombre de decidir libremente la forma de actuar.

FRANCESCO CARRARA.- Opinó que el mayor logro de la ciencia criminal fue el haber separado la teoría de la imputación de la teoría de la pena, ya que hasta ese momento se relacionaba el ejercicio de la libertad con la sanción social derivada de éste.

Acepta la existencia del libre albedrío y que la responsabilidad del delito existe porque el hombre puede elegir su comportamiento.

Como lo afirma Francisco Pavón Vasconcelos, con Carrara se reinician los estudios de derecho penal. Su definición del delito como un "ente jurídico", distingue la infracción penal de otras infracciones no jurídicas, estableciendo los elementos esenciales del delito: **a) acto externo** del hombre; **b)-** integrante de una **infracción a la ley del Estado**; **c)- moralmente imputable** y **d) políticamente dañosa.**" (3)

De las referencias que de Carrara hacen tanto Pavón Vasconcelos como Luis Jiménez de Asúa, podemos concluir que para él la conducta delictiva se conformaba por dos fuerzas: física y moral. La primera, externa, capaz de transformar la realidad; la segunda, es la "suma o conjunto de condiciones morales que deben darse en el delincuente, como lo son la libertad de actuar, el conocimiento de la ley, la voluntad de realizarse en el acto, etc.". (4) Para él, el fundamento de la **responsabilidad** descansa en la **imputabilidad moral**, consecuencia de la libertad del hombre para realizar el acto punible (libre

albedrío).

La persona es moralmente imputable por cuanto tiene la capacidad de comprender y determinarse con plena libertad. Así, para él, el delito se basa en que el agente en los momentos de percepción y juicio, haya "estado iluminado por el entendimiento" y que en el deseo y determinación "haya gozado de la plenitud de su libertad".(5)

DETERMINISMO O POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO.- Basado en la teoría de que la conducta del hombre tiene que ocurrir porque así está determinada y que incumbe a la sociedad defenderse de esas conductas que la dañan, surgiendo el concepto de **responsabilidad social**.

Con esta corriente aparece el maestro italiano Enrico Ferri, quien critica a las teorías anteriores por sus conceptos como el del libre albedrío, la consideración del delincuente como un ser normal y que se haya pensado que la pena impediría el aumento de la delincuencia.

Al negar la existencia del libre albedrío, Ferri habla de un traspaso de la libertad del hombre al grupo social; es decir, el hombre no será (por ser libre) irresponsable de sus actos, sino que es responsable por pertenecer a un grupo social que debe de preservar. Es decir, lo importante no es sancionar el delito, sino la conducta antisocial que daña al grupo.

De aquí nace el concepto de peligrosidad o temibilidad, que hace que el sujeto sea sometido a la maquinaria de represión, en virtud de la capacidad que tiene de dañar a la sociedad, por la **responsabilidad social** de sus actos.

Zaffaroni menciona que en la teoría de la responsabilidad social se presenta un juego de dos determinismos: "el determinismo que lleva al individuo a ser un ente perjudicial a la sociedad y el determinismo de ésta para defenderse. Todo ser viviente lucha por su propia existencia y todo acto que ofende en él las condiciones naturales de la existencia, individual o social, determina de su parte una reacción directa o indirectamente defensiva, ya sea que pueda servir para evitar desde las consecuencias dañosas de ese ataque, o reprimiendo al autor y tratando de evitar la repetición futura, para la doctrina de la responsabilidad social subsiste la responsabilidad de manera independiente de aquella capacidad intelectual y volitiva del juicio valorativo ético"; de aquí la responsabilidad social y la sustitución de las penas o sanciones por las medidas defensivas de la sociedad, la **peligrosidad** del sujeto impide que perdure el **dogma nullum** crimen sine culpa, ya que será la necesidad de la defensa y no los hechos, lo que justifique las sanciones.

El mismo Zaffaroni afirma que "el positivismo, al negar la libertad humana, no sólo reemplaza el concepto de imputabilidad, sino que hace algo más

grave: **anula el de culpabilidad**. La peligrosidad positivista viene a reemplazar a la culpabilidad misma. El nullum crimen sine culpa carece de sentido en la elaboración positivista. Cuando, por ejemplo, los positivistas eximen de sanción a un individuo por haber actuado en situación de error, no lo hacen porque no sea culpable, sino porque no es peligroso".(6)

La base para imputar conductas se encontró en el contenido de la peligrosidad del sujeto, afirma Ferri: "Si todo delito, desde el más leve al más grave, es la expresión sintomática antisocial ... siempre incumbe al Estado la necesidad de la defensa represiva, subordinada sólo en lo que respecta a la forma y medida de sus sanciones a la personalidad de cada delincuente, más o menos readaptada a la vida social". (7) Para él todo sujeto activo del delito es siempre responsable, porque el acto es expresión de su personalidad. El mecanismo que mueve a un sujeto a cometer un delito, dentro del psique, se compone de: voluntad, intención y fin; de los cuales la voluntad es el elemento menos significativo de la acción psíquica del delincuente, lo importante es la **intención**, la buena o mala fe, necesaria para graduar la perversidad y peligrosidad del delincuente.

POSICIONES ECLÉCTICAS.- Basadas en la valoración social de los actos del hombre, supone que la imputabilidad se presenta cuando el hombre puede observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres (Von List). El hombre debe actuar con normalidad, de aquí que la imputabilidad se defina como "la facultad de determinación normal".(8) Así, el hombre con completo desarrollo y mentalmente sano, será imputable. La determinación de realizar una conducta deberá tener una motivación **normal**, es decir, el sujeto debe tener capacidad para valorar su conducta y su fuerza impulsora debe ser normal.

BERNARDINO ALIMENA sostiene que la imputabilidad se basa en dos conceptos: La responsabilidad social y la capacidad de sentir la coacción psicológica ejercida por la persona. Para él, el hecho de que el sujeto sea capaz de sentir la intimidación contenida en el precepto penal es suficiente para que sea imputable.

Para **MANZINI**: "La imputabilidad penal es el conjunto de las condiciones físicas y psíquicas puestas por la ley, para que una persona capaz de derecho penal pueda ser considerada causa eficiente de la violación de un precepto penal. Se trata de una relación entre el hecho y su autor".(9) Afirma que cuando el hombre decide cometer un delito, su voluntad es el anillo terminal en la cadena de las causas y es ella causa primera. El hombre tiene libre arbitrio, pero para ser imputable es necesario, además, la causalidad voluntaria. Que el hombre sea causa eficiente del delito en virtud de que se presenten el complejo de condiciones concurrentes en la producción de un fenómeno y que la persona actúe consciente y voluntariamente violando un precepto penalmente sancionado.

Según el autor italiano la imputabilidad penal tiene su base en la causalidad eficiente que proviene de la voluntad consciente de la acción u omisión. La voluntad humana implica la libertad, la inexistencia de factores externos o internos que limiten la voluntad. Pero además, esa voluntad debe ser consciente, entendiendo por consciente "la confrontación de las posibilidades simultáneas que se presentan a nuestra mente, en escoger una ellas y en suprimir otras, merced al mecanismo inhibitor y reforzador de la atención".(10)

El Doctor **LUIS RODRÍGUEZ MANZANERA**, en su *Criminalidad de Menores*, hace referencia a un elemento que, según él, se ha olvidado a la dogmática jurídica al estudiar la imputabilidad: el afecto.

Critica el hecho de que a la imputabilidad se le haya reconocido sólo como la capacidad de entender y querer, limitándola a que el sujeto comprenda la ilicitud del acto y quiera realizarlo.

A su juicio "en el comportamiento del hombre intervienen tres esferas: la intelectual, la volitiva y la afectiva".(11)

La afectividad, constituida por el conjunto de sentimientos, nos lleva a relacionarnos o alejarnos de los demás, y es un gran impulsor de conductas humanas.

Sin embargo, al construir la teoría de la imputabilidad se toma en cuenta únicamente al intelecto y la voluntad, más no al querer afectivo. En el caso de los sociópatas que entienden perfectamente lo que hacen, y quieren hacerlo, faltaría el elemento afecto, del cual carecen, no se configura el querer afectivo.

Por todo esto, Rodríguez Manzanera, la imputabilidad es el desarrollo biopsicosocial que da al sujeto la capacidad para conocer hechos, entender la trascendencia normativa, adherir la voluntad y la afectividad a la norma.

En este transcurrir histórico del concepto que venimos analizando, las teorías que han pretendido definirlo, han tenido defectos y limitaciones.

Algunas han olvidado la parte jurídica del concepto, basándose exclusivamente en la existencia del libre albedrío del hombre; otras, han negado la parte subjetiva, negando la libre voluntad, la capacidad psíquica, al sujetar la decisión del hombre a condiciones orgánicas que hacen del delincuente un ser "anormal", diferente de los demás sujetos; otras, han supervalorado la función del grupo social en su relación con el hombre, negando su libre arbitrio y fundamentando la imputabilidad en la responsabilidad social, en el "peligro" que las conductas del hombre pueden representar al grupo. Las últimas, como la de Manzinni, aunque ya integra un concepto más completo, no delimitaron los

alcances del concepto e invadieron terrenos de la culpabilidad y fundamentan el juicio de reproche imputable al actor.

No es fácil encontrar una justa definición de la imputabilidad, sin embargo, podemos encontrar algunas que satisfacen las necesidades del tema:

Es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuricidad de su conducta (Sergio Vela Treviño).

Capacidad general de conocer lo injusto del actuar y determinarse conforme a este conocimiento (Enrique Curry).

Capacidad de la persona para conocer y comprender la antijuricidad de su conducta y para autoregularse de acuerdo a esa comprensión.

Capacidad de conducirse socialmente (Von List).

Capacidad volitiva e intelectual legalmente reconocida que condiciona la culpabilidad del agente (Zaffaroni).

Ausencia de un impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuricidad (Zaffaroni).

Capacidad de entender y de querer. Entender (capacidad de conocer el deber) o de comprender el carácter ilícito de la conducta y de querer (aptitud de la persona para determinar de manera autónoma, resistiendo a los impulsos (Ley Italiana).

Capacidad, suficiente para los fines de la defensa social de entender el carácter ilícito (antijurídico) de la conducta, y de obrar con normal autonomía (Sergio García Ramírez).

Desarrollo biopsicosocial que da al sujeto la capacidad para conocer hechos, entender la trascendencia normativa, adherir la voluntad y afectividad a la norma (Luis Rodríguez Manzanera).

Como presupuesto psicológico de la culpabilidad, es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente (Luis Jiménez de Asúa).

El problema de la imputabilidad no termina en hacer una relación filosófica de los conceptos que sobre el tema se ha vertido en el curso del estudio del derecho penal; sumamente importante es dar la ubicación adecuada a este elemento en la teoría general del delito. De su ubicación dependerá en gran parte la conclusión acerca de si los menores son imputables o no.

La imputabilidad ha sido colocada en diferentes posiciones dentro de la teoría general del delito, algunos la han entendido como capacidad de culpabilidad, capacidad de pena, etc. Analizaremos estas posiciones:

a) IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA PUNIBILIDAD.

Para Feuerbach la función del castigo es la prevención general: la pena al estar conminada en la ley, debe intimidar a los sujetos; sólo será imputable el sujeto en quien se produzca el efecto de la amenaza. Imputabilidad es la posibilidad de imponer la pena.

A Von List se le ha incluido entre los tratadistas que comulgan con esta idea, pero para Luis Jiménez de Asúa es claro que debe colocársele entre aquéllos que la consideran como presupuesto de la culpabilidad, pues aunque habla de motivación de conducta y de prevención particular, nunca paso por alto la necesidad de la capacidad para reprochar la conducta.

Mezger critica esta posición al aseverar que en ella no sólo se invierte el tiempo en que la imputabilidad debe gravitar -en vez de ser cuando el acto se realiza debería existir en el momento de aplicar la pena-, sino que además se tiene en cuenta el estado anímico de todo el grupo social (por la prevención general) y no el del autor en el momento de la infracción. Señala que el castigo puede no depender de la "capacidad de sentir la amenaza de la pena" y "si lo determinante fuera, en cambio, la capacidad del sujeto respecto a la ejecución de la pena, resultaría que el varias veces reincidente podría, a lo sumo, ser castigado la primera vez que reincide, pero no en las restantes reincidencias" (11).

b) IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DEL DELITO.

En este apartado podemos distinguir tres grandes grupos:

1.- Imputabilidad como capacidad de acción.- Binding afirma que la imputabilidad es la capacidad de actuar, capacidad de delito; por lo tanto, la imputabilidad debe ubicarse como presupuesto del delito (conducta). Para el Cubano Guillermo Portela la imputabilidad es la "capacidad de actuar" que se resume en la "capacidad de querer".

La imputabilidad así concebida puede diluirse en la concepción genérica de la capacidad de derecho; además de que deberíamos aceptar que el inimputable no sería capaz de actuar; el enfermo mental, el inimputable, es capaz de actuar y realizar conductas ilícitas, por tanto, no es del todo cierta esta posición.

2.- Imputabilidad como capacidad jurídica del deber.- Adolfo Merkel, Hold Von Ferneck y Kohlrausch son defensores de la "antijuricidad subjetiva". Es decir, que el contenido de lo antijurídico está dentro del propio agente, es él quien según las circunstancias señalará que es antijurídico y qué no lo es. No podemos

aceptar que lo injusto es subjetivo y que cada quien debe obrar conforme a sus convicciones. Aquí se equipara la culpabilidad con lo injusto y se afirma que el inimputable (por no ser capaz de actuar culpablemente) no puede cometer acto antijurídico alguno, ya que no tiene la capacidad de entender el deber jurídico contenido en la norma penal. Esta posición nos llevaría al absurdo de afirmar que lo antijurídico deberá ser valorado según el criterio de cada sujeto, lo que es inadmisibile.

3.- Imputabilidad como elemento del sujeto de acción.- Para Battaglini la imputabilidad es un presupuesto del delito, ya que existe antes de la manifestación de la conducta, es un elemento del sujeto activo.

El maestro Porte Petit comulga con esta idea al señalar que es un presupuesto general del delito. Así piensan también Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez quienes la consideran como presupuesto típico del delito, y señalan "por ser la imputabilidad un atributo del sujeto activo, su estudio debe hacerse en este reglón, lo que permite considerarla correctamente como presupuesto del delito y no de la culpabilidad".(14)

Si la imputabilidad se considera como presupuesto del delito, ésta debe existir antes del delito, fuera de él, cosa que es imposible, ya que la imputabilidad debe ser referida a un sujeto y a un hecho en particular; esa capacidad debe referirse a un momento concreto: cuando se comente el delito, nunca antes.

c) IMPUTABILIDAD COMO CAPACIDAD DE DERECHO PENAL.

Tratadistas como Carnelutti y Maggiore señalan que "la imputabilidad como modo de ser del sujeto, tiene una función lógica, por lo cual ella acompaña, desde el principio al fin, el desarrollo de la relación jurídico penal, y no puede faltar en ninguno de los momentos de esa relación. Como condición (o supuesto) del momento normativo es **capacidad de deber**; como condición del momento de violación es **capacidad de culpabilidad** (o lo que es lo mismo capacidad de acción culpable); como condición del momento ejecutivo es **capacidad de pena**".(12)

José Anton comulga con esta idea; para él la imputabilidad es un estado, una condición o capacidad general del sujeto para toda clase de delitos, así como capacidad de pena, ya que los códigos penales al suspender la ejecución de la pena al haber problemas de salud mental en el sujeto, confirman esta posición.

Esta teoría tiene la desventaja de no explicar en qué consiste la **capacidad** que se traduce la imputabilidad y deja en el aire el objeto de la definición.

d) IMPUTABILIDAD COMO ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD.

Autores alemanes partidarios de esta teoría son Olshausen, Beling,

Mayer, Mezger y Welzel. Afirman que es la capacidad psicológica de la culpabilidad, pero no definen en qué consiste esa capacidad, por lo que no resuelven el problema.

Si se considera la imputabilidad como elemento de la culpabilidad, tendrá que aceptarse que en el dolo, que es una de las formas de la culpabilidad, es sólo una intención con apariencia externa, una forma, un elemento de la culpabilidad que requerirá de un elemento más llamado imputabilidad, que permitirá hablar de estado peligroso.

En cambio, si por dolo se entiende la intención ya formada en los seres humanos, precisamente por ser humanos, y no por anomalías, de actuar de determinada forma, entonces, la capacidad de elegir la forma de actuar, será necesaria previamente para poder reprochar la elección; la imputabilidad será un presupuesto de la culpabilidad.

e) IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD.

Principalmente sustentada por el alemán Maurach y Luis Jiménez de Asúa, seguidos por una gran mayoría de los autores latinos (Enrique Curry, Sergio García Ramírez, Francisco Pavón Vasconcelos, Sergio Vela Treviño, etc.), esta posición indica que la imputabilidad es psicológica, es una capacidad psicológica, que debe integrarse por elementos de esa naturaleza. Estos elementos serán, (sobre todo en la dolosa), el elemento intelectual y el elemento afectivo.

El elemento intelectual consiste en que el agente tenga conciencia de la antijuricidad tipificada de su acto.

El afectivo consiste en que se realice el acto voluntariamente, que se desee conscientemente ejecutar la acción.

Afirma Jiménez de Asúa, "la imputabilidad, como presupuesto psicológico de la culpabilidad, es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente. Lo primero indica madurez y salud mentales; lo segundo, libre determinación; o sea la posibilidad de inhibir los impulsos delictivos".

Después de este señalamiento, Jiménez de Asúa, asienta que la diferencia entre ésta posición y quienes consideran la imputabilidad como "capacidad jurídica del deber" estriba en que ésta última se basa en el concepto de la antijuricidad subjetiva, valorada por el sujeto que delinque. La antijuricidad es una y objetiva.

Así, "la culpabilidad se caracteriza no sólo por una oposición a las normas generales del deber, exigibles al término medio, sino además por no

responder a las exigencias que pueden ser dirigidas al **autor concreto en su situación concreta**".(13) Es decir, para imputar un hecho delictuoso es necesaria la capacidad de entendimiento de la calidad de la conducta. Pero, además de esa capacidad general que permita una correcta valoración de lo jurídico y antijurídico, es necesario que en el momento de producirse la conducta el sujeto haya tenido la capacidad de autodeterminación, para decidirse a obrar de esa y no de otra manera.

Esta doble capacidad (genérica y específica) configura la imputabilidad.

Por esto, la imputabilidad no puede considerarse como anterior y ajena al delito, sino que es parte integrante de él y se presenta en el mismo momento.

La imputabilidad es necesaria para la realización del juicio de reproche, ésta es una aptitud, una capacidad, y la culpabilidad parte de una actitud, ésta es, a mi juicio, la posición más adecuada.

Si no existe la capacidad de actuar para lesionar los bienes jurídicos protegidos por la ley, no podemos reprochar la violación.

IMPUTABILIDAD DISMINUIDA.

Al haber analizado el contenido del concepto de imputabilidad, su desarrollo histórico y la ubicación que ocupa dentro de la construcción del delito, vamos avanzando hacia nuestras conclusiones.

En este transcurrir dentro de la teoría general de la imputabilidad nos encontramos con la tesis de la **IMPUTABILIDAD DISMINUIDA**, digna de mencionarse en este apartado.

Según esta tesis algunas alteraciones en la salud mental o falta de desarrollo psíquico, disminuyen, sin anular, la capacidad del sujeto para entender el carácter antijurídico de su conducta o para conducirse libremente.

Es decir, para los que aceptan esta tesis la imputabilidad puede graduarse, habrá casos en que la capacidad de decisión de la forma de actuar no es del todo libre, pero no está plenamente ausente.

Para **SAVER** "la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) disminuida ... existe cuando el estado enfermo de la mente disminuye notablemente en el momento del hecho la capacidad de percibir lo no permitido del hecho o de obrar este conocimiento ... La pregunta de si el hecho ha de imputarse al autor, si se le ha de hacer responsable por voluntad, sólo puede ser, sin embargo, afirmada o negada. En el caso de la llamada imputabilidad disminuida es afirmada y se establece sólo un grado más pequeño de culpabilidad".(15)

Esta posición fue sostenida por la doctrina y consagrada en algunos códigos.

Maurach señala que en esta tesis no se trata de un caso "limite", ni una duda si el autor es o no imputable, ni de un grado intermedio entre la imputabilidad e inimputabilidad, sino de un caso en que el autor es imputable, "pero para alcanzar el grado de conocimiento y dirección de un sujeto anímicamente normal, debe esforzar lo más su voluntad".(16)

Algunos estudiosos atacaron la figura señalando que la imputabilidad disminuida no es lógica. Sostuvieron que como categoría psicológica la imputabilidad no podía disminuirse, o el sujeto reúne las condiciones para ser imputable o no.

Para **Beling** "Hay individuos cuyo poder de inhibición, si bien no puede negarse cuantitativamente es inferior en poder al normal, ya sea porque aún no lo es bastante (así los jóvenes en edad penal) sea por deficiencias patológicas (espiritualmente inmaduros), sea porque median estados fisiológicos que debilitan el poder de resistencia. También tales personas son plenamente imputables y

penalmente responsables (es equívoca la designación de imputabilidad disminuida, no hay grado de imputabilidad) sólo que la medida de su culpabilidad por sus acciones es menor y por ello su punibilidad en parte la ley la aminora ... y en parte el juez, al fijar la pena ..., debe hacerlo más levemente que en otros casos".(17)

Los positivistas afirmaron que la figura somete a pena disminuida a quien es más peligroso, por no tener la completa capacidad de entender y querer.

Para **Luis Jiménez de Asúa** este sistema "es absurdo: se somete a una pena disminuida a aquellos hombres que por no ser enteramente locos son más peligrosos, porque resisten a los impulsos perversos menos que los hombres enteramente sanos, y saben escoger los medios y las ocasiones para realizar sus propósitos".(18)

Cuello Calón afirma que la medida "es altamente perjudicial para la defensa social, pues su consecuencia es poner prematuramente en libertad a los delincuentes más peligrosos".(19)

Afirmaciones con un contenido fuertemente positivista que ve en el enfermo o disminuido mental un peligro social, que debe estar separado del resto del grupo, porque es un ser "anormal" o "perverso".

Sin embargo, no es verdad que la enfermedad mental o la disminución de la capacidad impliquen peligrosidad, y el juzgador debe valorar las circunstancias del agente para aplicar la pena o medida de seguridad, en todos los casos, con mayor razón en aquellos que aparezca indicios de incapacidad.

Cualquiera que sea la postura aceptada, de la inexistencia de la imputabilidad disminuida, lo cierto es que las legislaciones penales la adoptaron.

El Código Penal Italiano de 1930, en su artículo 89 declaró responsable a quien en el momento de cometer el delito estaba, por enfermedad, en tal estado mental que le disminuyera grandemente, sin excluirla, la capacidad de entender o de querer, prescribiendo que en tales casos se disminuiría la pena.

La ley alemana contra delincuentes habituales peligrosos y sobre las medidas de seguridad y corrección, de 24 de noviembre de 1933, acogió esta figura de la imputabilidad disminuida y en reforma posterior al Código Penal, en 1934, se estableció: "No hay una acción punible cuando el autor en el momento del acto es incapaz de comprender la ilicitud de éste o de obrar de acuerdo con esta comprensión a causa de una perturbación patológica de la actividad mental, o a causa de una debilidad mental. Cuando la capacidad para comprender la ilicitud del acto o de obrar de acuerdo con esta comprensión, al tiempo del acto, esté considerablemente disminuida por alguna de aquellas causas, podrá atenuarse la pena, según las normas del castigo de la tentativa".(20)

A la inclusión de esta figura en los Códigos Penales aparecieron diferentes formas de aplicación: la primera potestativa, dando al juzgador la posibilidad de operar una atenuación de la pena; otra, obligatoria, operando la reducción por ley.

Algunos Códigos Penales de México acogieron la figura: El Código Penal de Veracruz, promulgado el 13 de septiembre de 1980, la incluye en las llamadas causas que excluyen la incriminación, al asentar que "el agente al momento de realizar la conducta o hecho, a virtud de cualquier causa, no tuviere la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión ...". Agregando: "Si se halla gravemente disminuida la capacidad del agente a que se refiere el párrafo anterior, el juzgador podrá aplicarle hasta la mitad de la sanción que corresponda al delito cometido o una medida de seguridad". En la exposición de motivos el legislador Veracruzano reconoció que la figura adoptada ha sido cuestionada, pero que "es posible la presentación de casos de semicapacidad dentro de una zona fronteriza que exige al juzgador cuidadosa valoración, y que, por otra parte, el semiimputable puede presentar peligrosidad social"(21), facultando al juzgador para imponer hasta la mitad de la pena correspondiente al delito cometido, o una medida de seguridad.

El Código Penal de Guanajuato coincide con esta posición, en el Capítulo Sexto de su Título Segundo, en el artículo 35, establece: "No es imputable quien, en el momento del hecho, y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardo, o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, atentas las peculiaridades de su personalidad y las circunstancias específicas de su comportamiento, no tenga capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo a esa comprensión ...". Y en su artículo 36 aceptó la imputabilidad disminuida: "El agente que por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, en el momento de la acción u omisión sólo haya poseído en grado moderado la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo a esa comprensión, se le aplicará una pena no menor de un tercio del mínimo ni mayor de un tercio del máximo de lo establecido por la ley para el correspondiente delito. Si la imposición de la pena se considera perjudicial para el debido tratamiento del agente por mediar causas psicológicas, se aplicará una medida de seguridad". El legislador de este Estado justifica la inclusión de la figura en el Código al señalar que es aplicable al agente que sólo posee en grado moderado la capacidad de entender y de querer. Incluyendo una nueva categoría de sujetos del derecho penal, "que de acuerdo con la psiquiatría no pueden encuadrarse dentro de los inimputables, ni tampoco dentro de los imputables y de los cuales el Derecho no se había ocupado, siendo que requieren de un tratamiento especial".(22)

En estos dos Códigos se observa diferente sistema para la aplicación de la

sanción, mientras que en el de Veracruz otorga facultad potestativa al juez para disminuir la sanción, el de Guanajuato obliga la reducción.

El Código Penal para el Estado de Jalisco, de 1982, establece la imputabilidad disminuida en el Título que se refiere a las Sanciones y Medidas de Seguridad; el artículo 39 establece: "en el caso de los sujetos con imputabilidad disminuida, el juez dispondrá de la medida de tratamiento que corresponda, en internamiento o libertad vigilada, así como las condiciones para asegurar la defensa social, considerando la peligrosidad del sujeto y las necesidades que se planteen en el curso de su tratamiento. La autoridad ejecutiva podrá resolver sobre la conclusión de la medida en forma condicional o definitiva".

La ley Jalisciense adolece de grandes defectos: no define la imputabilidad disminuida, sólo la acepta, pero no orienta acerca de las circunstancias cuando se presenta; exceptúa al semiimputable de aplicación de pena, pues sólo dispone el internamiento o la libertad vigilada.

En la exposición de motivos de este Código se dice acerca de esta figura: "La novedad que se propuso obedece a la regulación de la aplicación de medidas a personas en etapa de la vejez, en una política criminal en la que se conjuga la adecuada defensa social con la protección de un sector de población que, como en el caso de los menores, los ancianos son también un grupo con características particulares, desde el punto de vista biopsicológico, que los coloca en situación especial frente al derecho penal. Del mismo modo que en materia de menores, se ha desarrollado una política proteccionista, y promulgado leyes especiales, en tratándose de las personas que, al llegar a la última etapa de la vida, han incurrido en conductas tipificadas penalmente como delitos, se consideró válido establecer un régimen especial, basados en la doctrina y en las prácticas en materia penal y penitenciarias en otros países".

De esto, se puede inferir que el legislador de Jalisco pensó en la imputabilidad disminuida, sólo en los casos de conductas delictivas de ancianos. Sin embargo, no estableció ningún perfil para considerar la existencia de la figura.

En el artículo 41, en el último párrafo de la Fracción III, dentro de las reglas de aplicación de sanciones, señala que en los mayores de 65 años, así como a los sujetos entre dieciocho y veinte años, el juez tendrá la facultad de disminuir en un tercio las penas que correspondan, fundando y motivando su resolución. Pero, la misma ley, en su artículo 4o señala que los menores de dieciocho años, están sujetos a la Ley de Readaptación Juvenil. Luego, los jóvenes entre los 18 y 20 años son sujetos de derecho penal.

Por tanto, parece claro que el legislador jalisciense establece una disminución de pena, únicamente en razón de la edad, para los mayores de 65 años y para los jóvenes entre 18 y 20 años, tal vez concibiendo una imputabilidad

disminuida, pero sin dar los caracteres de ella.

Sin embargo, al hablar de la imputabilidad disminuida señala la exclusión de pena y la aplicación de internamiento o libertad vigilada para tratamiento, lo que denota una gran confusión.

Para Zaffaroni la imputabilidad disminuida es en realidad un supuesto de culpabilidad disminuida y no de una "media imputabilidad". Para él uno de los más claros e incuestionables casos de imputabilidad disminuida es la emoción violenta.

Podría surgir aquí la duda de porqué incluir en este capítulo comentarios acerca de la imputabilidad disminuida, parecería que hemos perdido el rumbo, que hay confusión, que comparamos al menor con el enfermo o deficiente mental. No es así. Mas adelante justificaré el hecho de hablar de esta tan discutida figura.

Tratemos, ahora, el centro del problema: LA INIMPUTABILIDAD.

INIMPUTABILIDAD

Hemos dicho que el concepto de imputabilidad, aunque tiene su base en cuestiones psicológicas (recordemos que hemos aceptado que es una capacidad psicológica) es un concepto jurídico.

La capacidad psicológica en que consiste la imputabilidad debe ser reconocida normativamente.

Para determinar las causas de inimputabilidad los sistemas normativos han seguido los siguientes métodos: **biológico, psicológico y mixto**.

El primero aduce causas biológicas para excluir la imputabilidad; el segundo el estado psicológico del sujeto que puede presentar anomalías psicológicas; el último acepta ambas posiciones.

El criterio biológico se apoya en cuestiones de desarrollo, de madurez mental de los sujetos. Afirma que habrá inimputabilidad cuando el sujeto no tenga la madurez mental para conocer y comprender sus actos.

El psiquiátrico (que debemos incluir en el biológico) se basa en función del trastorno mental, sea transitorio o permanente, denominado como enfermedad mental o anomalía psicosomática. Afirma que la plena comprensión de la ilicitud de la conducta requiere de un mínimo de salud mental.

El mixto realiza diferentes combinaciones, la psicológica-psiquiátrica, biológica-psiquiátrica y la más común biopsicosocial. Para este sistema debe existir armonía en el desarrollo biológico, psicológico y la integración social para que el sujeto tenga la capacidad de valorar la ilicitud de la conducta.

Francisco Pavón Vasconcelos señala un criterio más, el jurídico, al hablar de la valoración hecha por el juez acerca de la capacidad del sujeto siendo la inimputabilidad una consecuencia de la valoración hecha por el juez. (Criterio con el que no estamos de acuerdo, pues la valoración es una actividad subjetiva del juez, que puede ser acertada o equivocada y la imputabilidad es consubstancial al agente).

Es pues, el concepto de imputabilidad una entidad jurídica, sin embargo, en los sistemas penales no se da una definición positiva de ella, lo que hace que el concepto se estudie por exclusión, causando confusiones.

Para **Sergio García Ramírez** las causas de inimputabilidad se contienen en dos supuestos: la falta de desarrollo intelectual (insuficiente para los fines de entender y querer), y por graves anomalías psíquicas.(23)

Tiene razón al indicar que en la fórmula biológica pueden incluirse:

minoría de edad, sordomudez, ceguera y personalidad psicopática.

Para **Porte Petit** las causas son: A) Falta de desarrollo mental: a) Menores, y b) Sordomudos; B) Trastorno mental transitorio; y C) Falta de salud mental: trastorno mental permanente.(24)

Jiménez de Asúa, basándose en los Códigos hispanoamericanos, señala: a) Falta de desarrollo mental: a') menor edad, b') sordomudez; b) Falta de salud mental; y c) Trastorno mental transitorio: a') embriaguez, y b') fiebre y dolor.(25)

Maurach señala que los presupuestos de la imputabilidad "pueden estar ausentes por motivos diversos. En primer lugar la madurez puede faltar al autor por dos causas distintas: de una parte, **por no haber concluido un proceso natural fisiológico, constituido por el transcurso normal de una fase de transición hasta la madurez que, al producirse en una determinada edad, lleva generalmente consigo capacidad de conocimiento y de determinación**; de otra parte, por un obstáculo enfermizo, de base patológica, al natural desarrollo. En un segundo grupo podemos incluir a las relevantes perturbaciones (trastornos transitorios o permanentes) de la capacidad de conocimiento y determinación, de orden fisiológico o patológico. Por último, la inimputabilidad puede ser debida a fenómenos regresivos, a un quebranto anímico procedente al corporal".(26)

Bernaldo de Quirós afirma que las causas de inimputabilidad son: una fisiológica y otra patológica: minoría de edad y defectos y alteraciones mentales, respectivamente.

Para **Zaffaroni** las causas de inimputabilidad son: a) insuficiencia de las facultades; b) alteración morbosa de facultades y c) imposibilidad de dirección en acciones.

Sergio Vela Treviño afirma que existen: inimputabilidad genérica, determinada normativamente; inimputabilidad específica, en los casos de trastorno mental transitorio, sordomudez; y, por último, inimputabilidad absoluta, cuando existe trastorno mental permanente.

Asumo la posición del maestro Sergio García Ramírez al considerar que son dos las fuentes de la inimputabilidad, la falta de desarrollo y las anomalías psíquicas; sin embargo, para efectos de sistematización, estaré a lo propuesto por Vela Treviño al clasificar la inimputabilidad en: genérica, específica y absoluta, sobre todo porque estas denominaciones incluyen ya la consecuencia normativa.

Es verdad, se ha sostenido (cuestión que analizaremos más adelante) que la ley, en el caso de los menores, hace una limitación drástica y absoluta acerca de la capacidad de éstos para conocer la antijuricidad de sus conductas típicas sin excepciones posibles (inimputabilidad genérica).

Se acepta que en otros casos el sujeto tiene normalmente íntegra su capacidad de entendimiento, pero por algún evento se altera transitoriamente, anulando su capacidad de libre actuación. Lo específico surge de que debe existir un "sujeto normal" y genéricamente imputable que no lo es para un hecho particular, que es el que ha motivado la necesidad de calificar si habría imputabilidad o no".(26¹) Se trata de un trastorno mental transitorio.

Por otra parte, existen personas que por una patología permanente no presentan la capacidad necesaria para entender la antijuricidad de su conducta, son inimputables permanentes.

Para **Raúl Zaffaroni**, según lo asienta en su tratado de Teoría del Delito, la inimputabilidad no es otra cosa que la "inexigibilidad de la posibilidad de comprensión de la antijuricidad proveniente de incapacidad psíquica".(27)

Las causas de inimputabilidad, para él, son reductores de la libertad (interesante posición que retomaré más tarde).

Afirma que la imputabilidad "es una característica de la conducta que resulta de una capacidad del sujeto: la capacidad psíquica del autor para comprender la antijuricidad de su conducta".

Pero presenta una definición negativa de la imputabilidad, lo que hace que el concepto inimputabilidad tenga carga positiva, señala que la imputabilidad arroja como resultado la ausencia de los reductores que pueden operar sobre el ámbito de libertad de decisión del individuo y que equivale a la afirmación positiva de la posibilidad de motivarse en la norma y, por ende, de actuar conforme a ella, o sea, la reprochabilidad o la culpabilidad.

Otro concepto de inimputabilidad es el sustentado por Sergio Vela Treviño, para él "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 antijuricidad de su conducta, sea porque la ley le niega esa facultad o porque al producirse el resultado típico era incapaz de autodeterminarse".(28)

Es claro, pues, que en todos los supuestos anteriormente señalados se reconoce que la inimputabilidad existe por la presencia de una incapacidad psíquica (aunque esta sea otorgada legalmente), incapacidad que no permite una actividad consciente. Por consciencia entendemos la síntesis de las funciones mentales que tiene por resultado la ubicación del sujeto en el tiempo y espacio psíquicos y que abarca tanto el funcionamiento de sus facultades intelectuales como afectivas.

Como puede observarse, por tratarse de un concepto de contenido subjetivo, que debe valorarse en el momento de concreción de la conducta, será

muy difícil determinar el grado de perturbación de conducta que será necesario rata de una fórmula psíquico-normativa; no basta con señalar cuál fue la causa de perturbación, sino de determinar el grado de ella para tener por no comprendida la antijuricidad de la conducta, debe existir un grado en que la comprensión será exigible. la Ley exigirá al autor un esfuerzo para que respete su contenido.

Esto es, la imputabilidad, analicemos, ahora la inimputabilidad por minoría de edad.

Tradicionalmente se ha afirmado que la ley reconoce los siguientes casos de inimputabilidad: a) Minoría; b) Sordomudez; c) Trastorno mental transitorio; y d) Trastorno mental permanente.

Hablemos del objetivo del análisis de nuestra tesis: Minoría de edad.

A través de la historia la inimputabilidad de menores se ha tratado de diversa manera. En el Derecho Romano de las XII Tablas, según referencias de Aulo Gelio y de Plinio, la impubertad del delincuente entraba en juego en ciertos casos, disminuyendo la sanción, dejándola al arbitrio del pretor. El Derecho Clásico distinguió entre **infans, ad modum impubes o proximus infatiae, y proximos pubertati**, con diverso tratamiento en cada caso. Los tres términos, reducidos a dos en tiempos de Teodosio, fueron restablecidos por los glosadores, en el siglo XI. En la época de Antonio el Píadoso se atendió progresivamente a la **"máxima" malitia supplet aetatem**, y bajo el procedimiento extraordinario se aceptó al decir de Arcadius Charisius y Calístrato, la aplicación del tormento al menor en algunas hipótesis.

Las leyes bárbaras eximieron al menor delincuente del pago del *fredus*, pero no del *faidus*. Las costumbres de Nyel, Gezaincourt, Eperlacque y Ougneis, la carta de establecimiento de la comuna de Amiens y el jurista André Hornes, en su "Espejo de Justicia", hacen responsable al guardián del menor por los delitos cometidos por éste. Cuando por razón de minoría el delincuente está exento del juicio (y en todo caso los menores lo estaban de juicio de Dios y duelo judicial, en fuerza de la igualdad de condiciones exigidas por el régimen acusatorio), el conde o aún la víctima podían sancionar a aquél, del modo que lo haría un padre o un tutor. En 1530 se aceptó la excusa de edad, salvo que se hubiese obrado con discernimiento. Mouyart de Vouglans y Jousse sostuvieron la irresponsabilidad penal de impúberes y menores por falta de dolo. Por otra parte, se acusó cierta tendencia a elevar el límite de minoría penal y a disminuir la intensidad de las penas impuestas a los menores o sancionarlos con medidas menos severas o penas especiales.

La cuestión de responsabilidad penal en función del discernimiento quedó replanteada en el Código Penal Francés de 1791.

El Código Penal Español de 1870, en su artículo 8o incisos 2o y 3o, declaró exentos de responsabilidad penal al menor de nueve años y al mayor de nueve y menor de quince años, a no ser que obrara con discernimiento.

En el Código penal Italiano de 1930 el concepto de discernimiento fue sustituido por la capacidad de entender y de querer (capacità di intendere e di volere).

Como ha señalado **Carrancá** y **Trujillo** "la edad tiene incuestionable importancia, que siempre se le ha reconocido. Ella es prisma que centra su espectro sobre la imputabilidad. Infancia, juventud y vejez pueden ser analizadas mirando a la imputabilidad de los sujetos"(29)

Teóricamente se ha establecido que el menor carece de desarrollo psíquico que le impide discernir el contenido antijurídico de la conducta e inhibir los impulsos. Esta exclusión obedece a una presunción juris et de jure. Resulta innegable que fuera del límite señalado por la ley pueden existir sujetos que sí presenten la capacidad de comprensión, si embargo, se renuncia a cualquier prueba de "discernimiento", se trata de una presunción que no admite prueba en contrario.

Zaffaroni no opina que se trata de una presunción, ya que la presunción se establece conforme a lo que generalmente es, pero esto no lo podemos afirmar de todos los menores de dieciocho años, de admitirse se trataría de una ficción jurídica. Afirma que se trata de una "causa personal de exclusión de pena". Criterio con el que no estamos de acuerdo, porque si hemos aceptado que la imputabilidad es presupuesto de la culpa (Zaffaroni la coloca como elemento de ella), no podemos regresar a la indefinición al decir que en cuanto a los menores pasa a ser un elemento de la pena.

Para **Jeschek** la minoría de edad es una causa de inculpabilidad.

Mezger afirma que: "El niño hasta cumplir catorce años es incapaz de pena... el joven mayor de catorce y menor de dieciocho tiene imputabilidad condicionada"(30)

Estos autores alemanes afirman lo anterior en base a la Ley Alemana, que en la ley de justicia juvenil (Jugendgerichtsgesetz) dispone que "Un joven es penalmente responsable cuando al tiempo del hecho es suficientemente maduro, conforme a su desarrollo moral e intelectual, para comprender lo injusto del hecho y conducirse conforme a esta comprensión" "Para la educación de un joven que no es penalmente responsable por falta de maduración, puede el juez ordenar las mismas medidas que el juez tutelar". El artículo 1o dispone: "Para la Ley Alemana es joven quien se halla entre los 14 y 18 años"(31)

Soler, al referirse a la Ley Argentina, señala que la doctrina de la imputabilidad "no ha tenido en el Código una acogida total, pues en él se hace necesario distinguir en forma bastante radical dos grupos de menores, que son considerados por la ley desde distintos puntos de vista: los menores de catorce años y los de catorce a dieciocho años", calificando a los del primer grupo como inimputables, y a los segundos se les trata conforme la objetividad del daño causado.

Hagamos, ahora, un breve recorrido por la Ley Penal Mexicana, para conocer cómo se ha tratado esta figura.

Iniciando la tradición legislativa del Distrito Federal, el Código Penal de 1871 se refirió a la imputabilidad por vía negativa, a través de las eximentes.

En el contenido del Código de Martínez de Castro se contemplaron los casos de falta de desarrollo o salud mentales, con la presencia de la que entonces se llamaba locura intermitente.

Apareció en este Código una causa de imputabilidad disminuida: la ignorancia y rudeza del delincuente, cuando fueran de tal grado que le privaran, en el momento de delinquir, del discernimiento necesario para conocer la ilicitud del acto; cuando entorpece la capacidad de entender.

Si bien, la ignorancia de la Ley nunca ha sido excluyente, al comentar esta figura José María Lozano advierte que existen delitos cuya ilicitud es reconocida por todos los hombres: "En esta clase o categoría están aquellos delitos que lo son conforme a los preceptos de la Ley actual, que Dios grabó en nuestros corazones con caracteres indelebles; por el contrario hay otros, cuya ilicitud ligada de una manera remota con las prescripciones de la ley natural, no es perceptible sino mediante un raciocinio que los entendimientos incultos o rudos no pueden hacer; y algunos, en fin, siendo creaciones exclusivas de la ley humana, son aún menos conocidos. Ya se comprende que ésta causa de atenuación será más procedente tratándose de delitos de la tercera y la segunda especie, que cuando se trata de los primeros".(32)

Dos hipótesis incluyó este Código, de inimputabilidad en razón de la edad: la minoría de 9 años, de la que resultaba una presunción *juris et de jure*; los mayores de 9 pero menores de 14, se estableció una presunción *juris tantum* de haber delinquido con discernimiento para conocer la ilicitud de la conducta, dejando a cargo del acusador la prueba desvirtuadora de esta presunción. Se habló también de la decrepitud, pero era necesario que se presentara también la pérdida de la razón (demencia senil).

Se contempló a la minoría como una atenuante de cuarta clase, señaló el artículo 42: "Son atenuantes de cuarta clase: 1ª Infringir una ley penal hallándose

en estado de enajenación mental, si ésta no quita enteramente al infractor su libertad, o el conocimiento de la ilicitud de la infracción; 2ª Ser el acusado decrépito, **menor** o sordomudo, si no tiene el discernimiento necesario para conocer toda la ilicitud de la infracción;..".

La infracción de la ley penal por un menor inimputable acarreo medida de seguridad: la reclusión preventiva en establecimiento de educación correccional (art. 94). Y esta reclusión era forzosa para mayores de 9 años y menores de 14, y condicionada a la inidoneidad de las personas civilmente encargadas de educar al menor, o a la gravedad de la infracción cometida, tratándose de menores de 9 años (art. 157).

Para el menor que delinquía con discernimiento se estableció una pena específica, la reclusión en establecimiento de corrección penal. Esta reclusión sería, según el artículo 127: "La reclusión de esta clase se hará efectiva en un establecimiento de corrección destinado exclusivamente para la represión de jóvenes mayores de nueve años y menores de dieciocho, que hayan delinquido con discernimiento. En dicho establecimiento no sólo sufrirá su pena, sino recibirá al mismo tiempo educación física y moral".

La pena impuesta al menor no alcanzaba la que se imponía a los adultos, el artículo 224 estableció: "siempre que se declare que el acusado mayor de nueve años y menor de catorce delinquiró con discernimiento; se le condenará a reclusión en establecimiento penal por un tiempo que no baje de la tercera parte, ni exceda de la mitad, del término medio aritmético que debiera durar la pena que se le impondría siendo mayor de edad".

A los mayores de 14 y menores de 18 años siempre funcionaba una presunción absoluta de haber obrado con discernimiento. Señala el artículo 225: "Cuando el acusado sea mayor de catorce años y menor de diez y ocho: la reclusión será por un tiempo que no baje la mitad, ni exceda de los dos tercios de la pena que se le impondría siendo mayor de edad".

El artículo 128 demuestra la severidad con que eran tratados los menores: "Los jóvenes condenados a reclusión penal estarán en incomunicación absoluta al principio de su pena desde ocho hasta veinte días, según fuere la gravedad de su delito; pero pasado ese período trabajará en común con los demás reclusos, a no ser que su conducta posterior haga de nuevo necesaria su incomunicación".

Otra norma especial se contenía en el artículo 227: "Si el tiempo de reclusión de que hablan los artículos 224 y 225, cupiere dentro del que falte al delincuente para cumplir la mayor edad; extinguirá su condena en el establecimiento de corrección penal. Si excediere, el tiempo de exceso en la prisión común".

Sin embargo, también en este caso la realidad superó la buena voluntad del legislador, y la ejecución de las penas impuestas a los menores no tuvo el carácter educativo, ni se realizó en departamentos separados de los adultos. De ahí que el maestro Sodi pudiera escribir: "Carecemos por ahora de un establecimiento de educación correccional. Los jóvenes sentenciados permanecen en Belem en el departamento llamado de "Pericos" en el que se corrompen de un modo completo, existiendo como prueba, menores de dieciocho años que cuentan con diez y más ingresos por diversos delitos. Debemos lamentar profundamente la carencia de establecimientos adecuados para la educación y castigo de los niños **delinquentes**"(33)

El proyecto de Reformas de 1912 trató de introducir al Código Penal interesantes cambios en cuanto a la imputabilidad. La refirió por vía negativa; desapareció la fórmula mixta de la excluyente de enajenación, optando por una meramente psiquiátrica; desapareció la eximente de decrepitud; suprimió la imputabilidad disminuida que se refería a la enajenación que no privaba por completo la capacidad de entender; se conservó, como atenuante de cuarta clase, la ignorancia y rudeza del delincuente cuando obstaculizan el discernimiento.

En cuando a las medidas para los menores delinquentes no hubo innovaciones importantes. Se conservaron las reglas del Código de 1871, sólo en lo relativo a la prueba del discernimiento en los mayores de 9 años y menores de 14, se quitó la carga de la prueba al acusador; se señaló como objetivo de la reclusión, además de la educación física y moral, la intelectual.

Macedo y Pimentel promovieron al Gobierno del Distrito Federal la conveniencia de elevar a 14 años la edad de irresponsabilidad absoluta, sujetando la prueba de discernimiento a los infractores entre 14 y 18 años, excluir de pena a los menores que cometieran faltas levísimas, resolver siempre en favor de los menores en caso de duda sobre discernimiento, y "sustraer" a los menores de la represión penal y someterlos en cambio a la tutela moral de la sociedad, siguiéndolos muy de cerca y sin abandonarlos un momento, para dirigir su marcha por los buenos senderos.(34). Pero estas propuestas no prosperaron. Sin embargo, existía ya la preocupación por la forma en que eran tratados los menores que delinquían.

El Código Penal de 1929, tuvo un contenido eminentemente positivista, como lo podemos deducir de algunos párrafos de la exposición de motivos de José Almaráz: "La sociedad tiene que defenderse de los locos, de los anormales, de los alcohólicos, de los toxicómanos y de los menores delinquentes. Desde el punto de vista de la defensa social, tan anormales son estos individuos como los normales, y tal vez en ellos esté mas indicada la defensa. Lo que deberá variar es la clase de sanción, de tratamiento, en vista de la adaptación o la eliminación, de la corrección o de la inocuización". "Como este proyecto se basa exclusivamente en

la doctrina de la defensa social y como las sanciones para delincuentes adultos persiguen un fin correccional y carecen de todo carácter de expiación o de compensación, desaparece la necesidad de crear un cuerpo de leyes especiales para menores. Esto no quiere decir de ningún modo, que las medidas educativas que deben aplicarse a los menores no sean cualitativamente distintas de las sanciones para adultos". "... la Comisión considera delincuentes, desde el punto de vista social y no moral, a los menores que con sus actos revelan el estado peligroso. De este modo, se logran también los fines que persigue la doctrina positivista ...". "... desaparecido el principio de responsabilidad moral y con él las excluyentes relativas a la menor edad, se imponía escoger las sanciones o medidas adecuadas para transformar a los menores delincuentes en individuos socialmente capaces para vivir en sociedad. (35)

De estos párrafos podemos inferir el tratamiento que dio el Código a los menores: con el pretexto de la defensa social en algunos casos a los menores se impusieron penas iguales a las prescritas para los adultos, pero hubo posturas por demás importantes: llamar delincuentes a los menores, señalar el carácter de sus penas y hablar de medidas tutelares, ya con la preocupación constitucional del caso.

Así, el artículo 69 estableció: "Las sanciones para los delincuentes comunes mayores de dieciséis años son: I.- Extrañamiento; II.- Apercibimiento; III.- Caucción de no ofender; IV.- Multa; V.- Arresto; VI.- Confinamiento; VII.- Segregación; y, VIII.- Relegación". El artículo 71 señaló: "Las sanciones para los delincuentes menores de dieciséis años, además de las procedentes que menciona el artículo 73 y las tres primeras fracciones del 69, son: I.- Arrestos escolares; II.- Libertad vigilada; III.- Reclusión en establecimiento de educación correccional; IV.- Reclusión en colonia agrícola para menores; y, V.- Reclusión en navío escuela".

En los artículos 122, 123 y 124 se establecieron las características de la reclusión en establecimiento de educación correccional, colonia agrícola y navío escuela.

La escuela de educación correccional sería exclusivamente para menores de dieciséis años, con aislamiento nocturno y aprendizaje industrial o agrícola durante el día, con fines de educación física, intelectual, moral y estética, nunca sería inferior a un año, ni excedería a que el menor cumpliera veintiún años, si los cumpliera en la escuela se enviaría a institución de adultos o se dejaría libre a juicio del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social.

La colonia agrícola tenía las mismas características, pero no podría ser menor de dos años.

La reclusión en escuela-navío, era similar, duraría todo el tiempo de la condena y la retención, en su caso.

El Código de 1931 abordó el problema de la inimputabilidad de una manera muy reducida, sólo dos preceptos: minoría (artículo 119, después derogado por la ley que creó el Consejo Tutelar del Distrito Federal) y los estados de inconsciencia.

Una de las bases de este código, la marcada con la letra "h", indicó: "Dejar a los niños completamente al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa".(36)

Sin embargo, se encontraron con un problema de constitucionalidad: Sería posible restringir la libertad de los menores, aplicando medidas de distinta manera a la señalada por los artículos 16, 19 y 21 de la Constitución, sin considerarlos como procesados ni sujetos de una acción penal? Las medidas que dicte el tribunal afectan las garantías individuales de la persona del menor? Ante este problema se pensó que era necesario reformar la Constitución y que la Suprema Corte de Justicia de la Nación armonizara las garantías individuales con las nuevas tendencias. Y tal armonía se encontró en la ejecutoria pronunciada por el Supremo Tribunal en el amparo promovido por Ezequiel Castañeda, en la que se sostuvo que la acción del Estado frente a los menores no es autoritaria, en estricto sentido, sino reviste el carácter de social. El Estado no obra como autoridad, sustituye a los encargados del menor, para realizar su educación.

El artículo 119 de este Código Penal de 1931, estableció el internamiento de los menores delincuentes, y los artículos siguientes pormenorizaron las medidas aplicables al menor. La mayoría de edad penal se fijó a los 18 años, explicando la medida aduciendo que en tal edad puede ser más exacta la determinación pericial, en vista del desarrollo dentario y somático.

Para Sergio García Ramírez "resulta censurable que el Código de 1931 se ocupase de la regulación de las consecuencias jurídicas de la conducta antisocial del menor, en vez de limitarse a legislar sólo sobre su inimputabilidad. Ya lo hemos visto: la ley para menores no encuentra acertado acomodo en un Código Penal.

En el anteproyecto de reforma de 1949 se sigue contemplando la minoría de edad, se señalan las medidas que a cargo del Tribunal para Menores serían aplicables a los menores.

Esto acarreó críticas al anteproyecto, así Constancio Bernaldo de Quirós indicó: "Lo que nació como una excepción de los códigos penales comunes no puede, o mejor dicho, no debe regresar a ellos, sin que se acuse así una evolución regresiva, una involución, dicho de otro modo ... No todo lo penal puede ser absorbido en un código penal: ciertas leyes penales especiales son inasumibles a él; y entre ellas, ninguna más que la que organiza la jurisdicción, el procedimiento y el tratamiento de los menores delincuente, fuera del todo de la penalidad, y

dentro en cambió de la corrección y la tutela".(37)

En el anteproyecto de 1958 se vuelve a mencionar las medidas aplicables a los menores en el Título VI de su libro Primero, llamándolo "Delincuencia de Menores".

Por último, el anteproyecto del Código Tipo de 1963 sólo mencionó a los menores para excluirlos de su ámbito de aplicación. El artículo 107 señala: "Los menores de 16 años que realicen conductas o hechos considerados por la ley como delitos, quedarán sometidos a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de los Tribunales para Menores y sus Instituciones auxiliares en el Distrito Federal y Territorios Federales y normas de procedimiento".

Hemos realizado un rápido, pero interesante, viaje por los conceptos esenciales para poder llegar a la respuesta del planteamiento objeto de este capítulo: Son delitos las conductas cometidas por menores de edad que violan la ley penal?

Al inicio señalamos que era muy importante saber qué es la imputabilidad y cuál su ubicación en la teoría del delito; hablamos de la imputabilidad disminuida y de las causas de inimputabilidad y su tratamiento en la ley penal mexicana, y todos estos elementos nos conducirán, necesariamente, a nuestra conclusión.

Hemos aceptado que la imputabilidad es un elemento consubstancial al sujeto activo, pero que no puede analizarse como presupuesto del delito porque esa capacidad psíquica es contemporánea a la realización de la conducta; aceptamos, también, que es la imputabilidad un elemento necesario para que haya culpabilidad, es un presupuesto de la culpabilidad. Por tanto, debemos ahora referirnos a la culpabilidad para avanzar hacia nuestra respuesta.

CULPABILIDAD

Innegable es la importancia de este concepto en la teoría del delito, pues es la base para vincular una conducta a un hombre y determinar las consecuencias.

Luis Jiménez de Asúa, cita a Ernest Hafler para señalar la importancia de ella: "el problema de la culpabilidad es el problema del destino del derecho de castigar".(38)

Para entender mejor el concepto de culpabilidad haremos una brevísima reseña de su evolución histórica, con el ánimo de destacar su contenido filosófico y moral.

EPOCA ANTIGUA.- Afirma Luis Jiménez de Asúa que en los antiguos pueblos el castigo se aplicaba por la sola producción del resultado dañoso, se era responsable y acreedor a una sanción si haber analizado si había existido la culpabilidad; incluso se daba la responsabilidad sin existir una relación de causalidad material, sólo por relación de contigüidad o de semejanza afectiva.

Existía el delito sin culpa, lo importante era el daño causado sin tomar en cuenta la causa que pudo haber motivado la conducta. Se castiga por igual a inocentes y culpables, y en algunos casos la sanción va más allá del autor, señala Maggiore: "el hado, en la imaginación de los antiguos griegos, castigaba a ciegas al reo y al inocente; la religión hebrea, paralela a la teocracia política, amenazaba con penas, no sólo a los culpables, sino a sus hijos y a los hijos de sus hijos, hasta la séptima generación".

Pero es en la propia Grecia donde aparece la idea de justicia y el concepto de culpa se gesta, "cuando el pensamiento griego evoluciona y aparece la idea de la justicia (Diké) y las Erinnias, de meras Furias dejan paso a la constitución de un tribunal que juzga, la idea de retribución por la culpa se instala, en vez de la primitiva responsabilidad absoluta u objetiva".(40)

ROMA.- No se sabe sin en el derecho romano existió la concepción de delito sin culpa, y se castigó sólo por el resultado dañoso, algunos autores afirman que no (Ferrini), otros (Mommsen) señalan que sí, pero que al parecer la Ley de las Doce Tablas en el concepto de delito apareció la necesidad de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de actuar.

Sergio Vela Treviño retoma una frase de Cicerón para confirmar el sentir del derecho romano en relación a este concepto: "Cosa es, dirá alguno, de poca importancia, pero grande la culpa; porque los pecados no se han de medir por los acontecimientos de las cosas, sino por los vicios de los hombres". "Nosotros en la vida no debemos mirar la pena que está señalada a cada pecado, sino cuanto es

ilícito a cada uno: debemos pensar que todo lo que no conviene hacer es delito, y todo lo que no es ilícito es impiedad".(41)

ENTRE LA CAIDA DEL IMPERIO ROMANO Y LA REVOLUCION FRANCESA.- Es importante señalar esta etapa, pues como sucedió en otras áreas, en el derecho ocurrieron cambios, que implicaron un retroceso en el concepto de la culpabilidad.

Si bien en el derecho romano ya se había reconocido el dolo y la culpa como formas de la culpabilidad, en esta etapa se vuelve a la culpabilidad por resultado, aparece el concepto "versari in re illicita", según la cual existe culpabilidad no solamente cuando haya dolo o culpa, sino también cuando hay intención de realizar algo indebido y por un caso fortuito se causa daño; así existía homicidio cuando el agente se disponía a realizar algo indebido y realiza otra conducta ilícita por mero caso fortuito.

DESPUES DE LA REVOLUCION FRANCESA. CARRARA.- Después de la Revolución, y una vez roto el absolutismo, el hombre se convierte en el eje de las corrientes filosófico políticas, y aparece como determinante el grado y forma en que la voluntad de un sujeto se manifiesta en el delito.

Carrara concibió en 1859 al delito como un ente jurídico y creó la teoría de las fuerzas del delito, estableciendo una separación entre la responsabilidad por el resultado y por la conducta libre e inteligente. Afirmó que el delito es el producto del choque de dos fuerzas: la fuerza moral subjetiva, que es la voluntad inteligente del hombre, y la fuerza física, la acción corporal que es externa, el daño material del delito.

El maestro italiano no hablaba todavía de culpabilidad, para él el término equivalente era "imputabilidad" civil.

Afirmó que: "el juicio mediante el cual el juez imputa civilmente a un ciudadano una acción, que ya fue declarada por la ley políticamente imputable, es el resultado de tres juicios diversos. El juez encuentra en aquel individuo la causa material del acto, y le dice 'tú lo hiciste: imputación física'. Halla que aquel individuo realizó el acto con voluntad inteligente y le dice: 'tú lo hiciste voluntariamente: imputación moral'. Encuentra que aquel hecho estaba prohibido por la ley del Estado y le dice: 'tú obraste contra la ley: imputación legal'. Y sólo después de que tenga el resultado de esta tres posiciones, podrá el juez decir al ciudadano: 'te imputo este hecho como delito'".(42)

Con esto, Carrará dejaba de lado a la responsabilidad por el resultado y se adelantaba a fijar el contenido de la culpabilidad como reproche (imputación) por una conducta libre e inteligente.

EL POSITIVISMO.- Para Enrique Ferri la libertad del hombre no existe,

Por lo tanto resulta absurdo responsabilizarle por aquello que estaba destinado a realizar, como hecho natural y fruto de la pura necesidad. No llega al extremo de disociar al hombre de su acto, el hombre debe ser responsabilizado por los actos que realiza, pero en función de ser parte integrante del grupo social. En su teoría de la imputabilidad y la negación del libre arbitrio trató el problema utilizando las disciplinas que estudian hechos sociales y psíquicos siguiendo métodos de observación y experimentación. Concluyendo que es imposible fundar la legitimidad de la pena sobre la pretendida libertad de querer.

Para el positivismo el libre albedrío es una ilusión, la conducta siempre estará sometida al principio de causalidad. El delito es el resultado de causas antropológicas, físicas y sociales y que el delincuente está predestinado para su realización en función de esas causas. De ahí que el hecho realizado y considerado como delito debe ser analizado en función de la persona del agente y no buscando un concepto fuera de él.

La conducta manifestará la personalidad del delincuente, que siempre será un anormal psicológicamente deficiente. En este sentido la culpabilidad será una característica del delincuente y no un elemento del delito.

Pero si el hombre vive en sociedad, los actos que realice, determinados por el conjunto de causas preexistentes y en razón de sus propias anomalías psíquicas producirán la reacción de la sociedad consistente en una pena o medida de seguridad. Si no existe el libre albedrío sino un determinismo psíquico, la intervención tenida en el evento antisocial servirá para determinar el grado de peligrosidad del agente y la pena que debe imponérsele en preservación de los intereses de la sociedad. Así, la culpabilidad ya no es sólo la manifestación del sujeto en el delito realizado, sino un síntoma para valorar la peligrosidad, y por tanto, forma parte del delincuente no del delito como unidad conceptual.

Una crítica importante es la que hace Luis Jiménez de Asúa a esta teoría de Ferri, señala que ha mezclado "una ciencia causal explicativa como la criminología, con una ciencia cultural y normativa que es el Derecho".(43)

Es verdad que la conducta se inicia, gesta y desarrolla en un proceso interno, en la subjetividad humana; pero cuando se manifiesta al exterior y daña o pone en peligro un bien jurídico protegido, pasa al mundo de lo jurídico. "El hecho concreto psicológico, sobre el que se inicia el juicio de culpabilidad es del autor y está en su cabeza, pero la valoración para el reproche la hace el juez". (44) Así es, la culpabilidad es jurídica, tiene independencia del proceso subjetivo.

TENDENCIAS ECLÉCTICAS.- Después del subjetivismo aparecieron fundamentalmente dos escuelas la Tercera y la Escuela de la Política Criminal.

Estas no aceptaron que el método científico fuera suficiente para estudiar

al delito, sino que debía ser complementado por el análisis de la experiencia interior del sujeto.

Puede resumirse su postura al siguiente enunciado: "Ni voluntad indeterminada ni voluntad determinada de modo absoluto, sino voluntad determinante. No realidad ni imposibilidad de un poder volitivo que se determina, sino libertad posible, ideal. En consecuencia, no moral absoluta ni absoluta negación de la moral, como arte o como ciencia, sino moral relativa, moral progresiva, moral sujeta, también a ella, a la ley universal de una evolución bien entendida".(45)

Para Luis Jiménez de Asúa la importancia de estas corrientes eclécticas están en que "levantaron como noble enseñanza la autonomía del derecho penal, que mantuvieron el viejo postulado de la imputabilidad y que rechazaron la concepción del tipo delincuente, recibieron del positivismo el método y el sentido defensivo y mantuvieron un prudente escepticismo sobre el libre albedrío, negado por un considerable sector de los afiliados a estas tendencias intermedias, aunque buscaron para asentar la responsabilidad penal, bases menos toscas que las del simple hecho de vivir en sociedad o la mecánica retorsión de que si el hombre va determinado al delito, la sociedad está determinada a defenderse". (46)

Es aquí donde aparece la dualidad de los elementos de la culpabilidad: la voluntad y el determinismo. Voluntad que no es pura, que está influenciada por factores exógenos, como los mencionados por los positivistas, y que deben tomarse en cuenta para graduarla.

Así Franz Von List la define como "la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado", es decir, como una relación entre el hecho y el autor. El hecho concreto realizado y considerado culpable es el que proporciona los datos para conocer la naturaleza de su autor y su carácter antisocial revelado en el propio acto, que manifiesta la imperfección de los sentimientos indispensables para la vida en común.

En el año de 1919 se integró en Italia la Comisión para la Reforma de las Leyes Penales, se esperaba de ella un "Código Penal sin culpabilidad" pero para desdicha de los positivistas no fue así, el estado peligroso apareció sólo como un elemento esencial de la responsabilidad legal y como medida para individualizar la pena. La culpabilidad apareció en función del hecho concreto y su manifestación (dolo o culpa), y el elemento estado peligroso sirvió para la imposición de la pena. Este proyecto tuvo gran influencia en las legislaciones latinas elaboradas después de 1921, como la mexicana.

Después de estas tribulaciones del concepto, en la teoría moderna el concepto de culpabilidad es asociado a otros conceptos que a veces son considerados elementos, límites, componentes, reguladores, sinónimos, etc.,

siendo importante relacionar la culpabilidad con la reprochabilidad, la disposición interna contraria a la norma, la posibilidad de realizar otra conducta, la posibilidad de motivarse en la norma, la exigibilidad y el ámbito de libertad.

Siguiendo a Zaffaroni, combinaremos la culpabilidad con estos conceptos, de la siguiente manera:

a) Culpabilidad, reprochabilidad y disposición interna.- Desde el punto de vista normativo la culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un autor, que sólo será posible si el autor ha obrado con una disposición contraria a la ley.

b) Disposición interna y posibilidad de otra conducta.- La disposición interna contraria a la norma debe incluir la posibilidad de haber obrado de otra manera. Lo que siempre se presenta cuando hay una conducta libre.

c) Disposición interna y responsabilidad de motivarse en la norma.- La posibilidad de actuar de otra manera tiene importancia para la culpabilidad ya que el autor pudo motivarse en la norma y no violarla, pero muchas veces existe la posibilidad de motivarse en la norma, pero no hay culpabilidad, pues no hay una disposición interna contraria a la norma.

d) Disposición interna y posibilidad exigible de motivarse en la norma.- Luego, para la culpabilidad no sólo es importante la posibilidad de motivarse en la norma, sino que esa motivación sea exigible.

e) Exigibilidad de motivación en la norma y ámbito de libertad.- La exigibilidad se concreta cuando el autor ha tenido cierto ámbito de libertad para motivarse en la norma y no violarla. a) cuando el ámbito de libertad para motivarse en la norma es muy estrecho, y está bajo el lumbral mínimo, no habrá ámbito de libertad y por tanto inexigibilidad de la norma (inculpabilidad); b) cuando está por sobre el lumbral mínimo, la conducta revelará una disposición contraria a la norma, (y cuanto más por sobre él se halle la conducta, mayor será la exigibilidad de motivarse en ella, mayor la disposición interna contraria a la norma y mayor la exigibilidad). c) Luego el ámbito de libertad para motivarse en la norma indica el grado de posibilidad exigible a una conducta motivada en la norma y el grado de responsabilidad (culpabilidad).

Así, para Zaffaroni esta "posibilidad exigible de actuar de otra manera motivándose en la norma, cuando el sujeto tiene la libertad de comprender la norma y cuando la constelación situación no le restringe su ámbito de libertad para motivarse en la norma por debajo del lumbral mínimo".(47). Este es un concepto eminentemente normativo que parte de la base de la motivación de la conducta, motivación que debe darse dentro de la norma para no violarla, actuando de otra manera.

Esta posición parece surgir de las conclusiones de Mezger, para quien

cabe destacar tres fases componentes de la culpabilidad: acto de voluntad del autor (componente psicológico de la culpabilidad); los motivos del autor (partes integrantes motivadoras de la culpabilidad); y las referencias de la acción de la personalidad del autor (partes integrantes caractereológicas de la culpabilidad).(48)

La motivación son las representaciones bien procesadas por el autor, que provocan el acto de voluntad del agente.

TEORÍAS DE LA CULPABILIDAD

A) La culpabilidad como relación psicológica.

Entiende a la culpabilidad como una relación psicológica entre el autor y el hecho.

Para Sebastián Soler la culpabilidad está integrada por dos elementos:

1.- Vinculación del sujeto con el orden jurídico, que se denomina elemento normativo de la culpabilidad; y

2.- La vinculación subjetiva del individuo a su hecho, que es el elemento psicológico de la culpabilidad.

Se afirma, que el contenido del delito es la conciencia de la criminalidad del acto, es decir, la comprobación de una discordancia subjetiva entre la valoración debida y el disvalor creado.

Este disvalor se basa en que el sujeto debe tener una conciencia de lo antijurídico de la conducta. En relación a esto Soler afirmó que no es necesario que el sujeto tenga conciencia de lo antijurídico de la conducta específica que realiza, sino en general de que viola el orden moral y jurídico.

Así, esta teoría afirma que habrá culpabilidad jurídico penal cuando pueda establecerse una relación subjetiva entre el acto y su autor, por lo que se determine que el acontecimiento típico y antijurídico fue cometido **dolosa o culposamente**.

Algunas críticas a esta teoría fueron sus imprecisiones sistemáticas, como no mencionar las relaciones psicológicas que tienen relevancia penal, la falta de explicación respecto de la ausencia de culpabilidad en los casos en que la relación psicológica existe (como el estado de necesidad o en la inimputabilidad) y la imposibilidad de hallar un fundamento a la culpa inconsciente.

B).- Culpabilidad como reprochabilidad.- (Normativismo).

Esta posición no riñe con el psicologismo, sino que viene a enriquecerlo. Es decir, el normativismo es psicologismo y algo más; en donde el "algo más" viene a ser lo fundamental.

En este momento de la evolución del concepto el dolo y la culpa abandonan su atormentada posición dentro de la culpabilidad y van a colocarse al lugar que les corresponde, el tipo. Ya que, como lo hemos dicho, habrá culpabilidad cuando haya posibilidad exigible al autor de actuar de otra manera, motivado en la norma, y la posibilidad exigible se determina conforme a criterios. El dolo no es ningún criterio que sirva para valorar si el autor pudo hacer algo diferente, sino una forma de hacer lo que hizo.

En el normativismo no sólo es importante saber el contenido subjetivo del delito, sino que entran en juego elementos eminentemente normativos para saber si la conducta debe reprocharse al sujeto por haber podido actuar de otra manera, y sobre todo, si le era exigible motivarse conforme a la norma.

El maestro español Luis Jiménez de Asúa, resume en un párrafo la posición normativista: "Para la concepción normativista de la culpabilidad esta no es una pura situación psicológica. Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir, que, partiendo de un hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de esos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del derecho. En suma, la concepción normativa se funda en el reproche, y en la exigibilidad" (49)

Como síntesis de la posición normativista, Sergio Vela Treviño destaca:

1.- La culpabilidad es un juicio de referencia, por referirse al hecho psicológico.- La culpabilidad es un juicio de valoración realizado por el juez para determinar si el acto realizado por el autor le es reprochable y si le era exigible actuar conforme a derecho.

2.- La culpabilidad como proceso atribuible a una motivación reprochable. Cuando un sujeto decide realizar su actividad encaminada hacia la realización de una conducta típica y antijurídica, previamente ha resuelto dentro de sí y a través de un proceso psíquico puro, buscar el resultado querido. Al producirse el resultado buscado, y si éste es típico y antijurídico debe formularse un reproche dirigido al proceso psíquico previo. Entramos a la teoría del "motivo", donde es importante valorar las condiciones que motivaron la conducta para graduar el reproche.

3.- La relación entre la exigibilidad y la reprochabilidad. La exigibilidad consiste en la obligación del sujeto de actuar de manera distinta y no violar la ley, lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicamente tutelados. Esta

exigibilidad presupone la existencia de una norma jurídico-penal. La exigibilidad tiene dos elementos: el deber y el poder; el deber de actuar conforme al contenido cultural de la norma, es el deber de la obediencia jurídica; el poder actuar conforme a la conducta exigida, debe existir la posibilidad en el sujeto de actuar de acuerdo con la ley; para cumplir con el deber se requiere el poder.

La reprochabilidad es la conclusión del juicio relativo a la culpabilidad y presupone la exigibilidad. Cuando el juez tiene que resolver un caso concreto e individualizarlo, al llegar a la formulación del juicio de reproche debe ocuparse de determinar si al sujeto de que se trata le era exigible, normativamente, un comportamiento diferente al que realizó.

La culpabilidad funciona en la teoría del delito conforme al acto concreto, deben analizarse las condiciones particulares del sujeto en el momento mismo de la conducta que da como resultado una violación o puesta en peligro de bienes jurídicos, es necesario que la exigibilidad siga este principio.

Debe analizarse si en el momento del acto y en virtud de las circunstancias externas y las condiciones personales, el sujeto podía haber cumplido la exigencia de actuar conforme a la norma.

4.- Fundamentos de la culpabilidad.- Según Sergio Vela Treviño " La culpabilidad tiene como fundamentos la reprochabilidad y la exigibilidad; únicamente cuando hay exigibilidad puede formularse el juicio de reproche y sólo cuando algo se reprocha a alguien podrá haber culpabilidad". Para él, siguiendo la teoría del normativismo "por reprochabilidad debe entenderse el resultado del juicio relativo a la culpabilidad, por el cual el juez resuelve que en un caso concreto y respecto de un sujeto determinado, había exigibilidad de una conducta conforme a derecho, de cuya omisión surge la culpabilidad por el hecho realizado".

Es decir, el titular de la reprochabilidad es el juez. Algunos criticaron al normativismo en este punto, pues señalaban que siendo la culpabilidad una figura subjetiva, cómo una persona extraña al sujeto activo la calificaría; sin embargo, debe decirse que la reprochabilidad es un juicio de referencia que le compete realizar a los tribunales en representación de la comunidad. El objeto del concepto de reprochabilidad es la voluntad contenida en la conducta. Lo que se reprocha es la omisión de la conducta exigida al autor, que se traduce en una acción que produce un resultado típico y antijurídico

Cuando se analiza la culpabilidad es porque ya se comprobó materialmente un hecho típico y antijurídico; mediante un análisis material. Al llegar a la culpabilidad el juez tiene que analizar la relación entre el hecho realizado y la voluntad del autor. Debe revisar el contenido de la voluntad, los motivos por los que no actuó conforme a la ley.

De este análisis se dará un graduación del reproche, individualizándolo. Esta individualización deberá realizarse mediante el estudio de los motivos y la total personalidad del autor, de las condiciones en que se concretó la conducta, valorando la exigencia que tenía el sujeto de actuar de otra manera.

Actualmente, el juez, al individualizar la pena, debe analizar estas condiciones para graduar el reproche que dirigirá al sujeto.

A esta teoría se hicieron críticas señalando que, al sacar al dolo y la culpa del centro de la culpabilidad se provocaba un "vaciamiento"; comentario con el que no coincido por lo anotado párrafos arriba.

Para Zaffaroni la culpabilidad es la posibilidad exigible al autor de actuar motivado en la norma, reprochándole no haber actuado apegado a ella.

La posibilidad exigible que el autor tuvo de actuar conforme a derecho es el fundamento del reproche, su razón de ser. El reproche se funda en la posibilidad exigible.

La reprochabilidad es el conjunto de caracteres que una conducta presenta para que le sea reprochado al autor.

El principio de culpabilidad es la aplicación del *nullum crimen sine culpa*, que puede enunciarse como "no hay pena sin reprochabilidad", o sea, no hay delito sin que el autor haya tenido la posibilidad exigible de actuar conforme a derecho. En realidad el principio *nullum crimen sine culpa* se refiere a dos estratos diferentes: la tipicidad y la culpabilidad.

El principio de culpabilidad tiene, necesariamente, como presupuesto lógico la libertad de voluntad del hombre. Cuando se desconoce este fundamento no es posible construir la culpabilidad, ni es posible un orden jurídico que regule la conducta de entes responsables. Responsabilidad y libertad son conceptos inseparables.

Podemos definir, pues, a la culpabilidad como el juicio por el cual se reprocha a un sujeto haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.

Para avanzar, debemos analizar la diferencia entre la culpabilidad y peligrosidad. La peligrosidad es un juicio distinto del de la culpabilidad. La pretensión de reemplazar la culpabilidad por la peligrosidad ha sido superada, sin embargo, aún ahora, los Códigos Penales cometen el error de confundir el camino. La peligrosidad se encuentra enunciada como juicio para individualizar la pena, residuo del positivismo que debe desaparecer.

La peligrosidad es un juicio acerca de la posibilidad de devenir del autor del delito, es una mera probabilidad de daño, que la ley expresa como "peligro" o "peligroso", pero que sólo es una parte en la teoría de la pena y no un sinónimo o equivalente de culpabilidad.

La peligrosidad nada tiene que ver con la culpabilidad en cuanto a su naturaleza, en ella no hay ningún reproche normativo, es un juicio de probabilidad que se establece en base a circunstancias particulares. La peligrosidad no integra a la culpabilidad.

Es innegable que se ha superado teóricamente que el juicio que el juez debe realizar al individualizar la pena, es el que surge de la exigibilidad, analizando las condiciones personales y circunstancias externas, así como la carga de voluntad en el acto, para graduar el grado de reproche.

No es posible fundar esta graduación en un juicio de probabilidad, como lo es la peligrosidad, ni en un análisis de personalidad que nos llevará a concluir que los más retrasados social y culturalmente serán los más peligrosos, sustentando así un derecho de clase.

Bastante razón tiene Fevrbach al afirmar que sólo podrían ser exactamente fijadas las características del hecho y no las de la personalidad del autor, pudiéndose penar sólo sin mirar a la persona, sino a la gravedad del delito (que ya llevaría la carga de voluntad del autor).

Con todo lo anterior anotado hemos dado un brevísimo recorrido por la teoría de la culpa, y estamos en aptitud de hacer la reflexión sobre el objeto de este capítulo.

CULPABILIDAD DISMINUIDA.

Al inicio del presente capítulo ubiqué el objeto de él en contestar algunas preguntas harto discutidas, pensando concluir con la proposición de una tesis acerca del tratamiento que la ley penal debe dar al menor de edad.

Una vez que hemos hecho un rápido recorrido por figuras tan importantes como la imputabilidad, la imputabilidad disminuida y la culpabilidad, contamos ya con los elementos necesarios para plantear un serio análisis del tema.

¿Los menores son imputables? ¿Son capaces de comprender la antijuricidad de sus conductas? ¿Está dirigida a ellos la norma penal? ¿Será, a caso, una imputabilidad disminuida la que en ellos se presenta? ¿Es exigible a ellos una conducta motivada en la norma? ¿Debe reprochárseles la violación de la ley penal? O, tal vez, sea mejor excluirlos del derecho penal de plano, sin tratar de responder los anteriores cuestionamientos. Esta ha sido sin duda la más cómoda posición para no entrar en el análisis de temas tan escabrosos y complicados. Pero, a mi juicio, es necesario realizar un intento por desentrañar la respuesta correcta; no podemos continuar en una posición tan cómoda para nosotros, pero tan costosa para los menores, quiénes han visto cerradas las puertas de la justicia en aras de una muy mal entendida protección.

Comencemos por el principio. ¿Los menores son imputables? Sí. Indudablemente que sí. Hemos dicho que la imputabilidad es la capacidad de la persona para conocer y comprender la antijuricidad de su conducta y para regularse a esa comprensión. Los menores de dieciocho años (límite fijado en la ley) tienen la capacidad suficiente para darse cuenta y valorar el contenido de su conducta; es innegable que un menor de dieciocho años puede poner en juego su inteligencia y afecto para llegar a realizar un juicio acerca de la conducta que realiza.

El desarrollo biopsicosocial necesario para que el sujeto conozca hechos, entienda su trascendencia normativa y adhiera su voluntad y afectividad a la norma (Luis Rodríguez Manzanera) puede presentarse antes de que se cumplan los dieciocho años.

Actualmente no podemos afirmar que un joven menor de dieciocho años, del siglo XX, carezca de los elementos cognoscitivos y afectivos para saber qué conductas causan un daño social por lesionar o poner en peligro bienes jurídicamente protegidos. En ese momento del desarrollo se cuenta ya con las condiciones físicas y psíquicas necesarias para ser causa eficiente (Manzini) de la violación de un precepto legal. La actividad debe considerarse como consciente (salvo que intervenga otro elemento, no la simple edad, para anular la consciencia)

porque puede existir la confrontación de las posibilidades simultáneas que se presentan en su mente, y existe ya el cúmulo de experiencias necesarias para escoger libremente entre ellas.

Es decir, la edad por sí sola no puede considerarse como una causa para limitar la consciente y libre actividad. Los menores de dieciocho años pueden elegir libre y conscientemente entre respetar la ley o violarla.

Aún si seguimos las definiciones que tienen un contenido eminentemente jurídico, llegaremos a la misma conclusión. En efecto, si aceptamos que la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, **reconocida normativamente**, de comprender la antijuricidad de su conducta (Vela Treviño) ó que es la capacidad volitiva e intelectual **legalmente reconocida** que condiciona la voluntad del agente, terminaremos aceptando que el menor es imputable.

Veamos, tradicionalmente la ley penal ha establecido, por exclusión, a quiénes no va dirigido su contenido normativo. Tratándose de menores los excluye de su aplicación, pero en ningún momento dice que son inimputables, que carecen de la capacidad o condiciones para conocer y entender la antijuricidad de su conducta. Quien les ha declarado inimputables es la teoría del delito, no la ley penal. Podemos decir, que la ley penal para adultos los excluye de su ámbito, pero no afirma que no pertenezcan a otro nivel de ley penal.

En efecto, si pensamos en la co-relación entre imputabilidad y la responsabilidad, veremos como los menores de edad también son responsables social y jurídicamente de los actos que realizan. La responsabilidad es la consecuencia de la conducta que realizan; ciertamente, responder viene del latín **respondere** que significa, en la acepción que nos importa: **estar obligado**.

Esta responsabilidad trae consecuencias jurídicas, una penal que supone que alguien debe recibir una pena, y otra civil, que importa la indemnización que alguien debe pagar por el daño producido por la conducta. La responsabilidad penal es la consecuencia de la causalidad material del resultado, de la injusticia del acto.

Los menores son penalmente responsables por los actos antijurídicos que realizan, de ellos se deriva una consecuencia, que si bien no se le ha llamado "pena" sino "medida de seguridad", en el fondo es una privación de derechos, en esencia es una retribución por el daño social causado, que se esconde bajo la pretensión de "educar", pero que no logra dicho objetivo.

Si hemos afirmado que los menores son capaces de conocer y comprender, y que tienen la responsabilidad penal, ya que se les reprocha la conducta y se imponen penas. ¿Cómo deben ubicarse sus conductas

antijurídicas?.

Se debe crear un Sistema integral de derecho penal que incluya:

A).- a) Código Penal para adultos imputables, b) Código Procesal Penal para adultos imputables, c) Código Ejecutivo Penal para adultos imputables;

B).- a) Código Penal para adultos inimputables permanentes, b) Código Procesal Penal para adultos inimputables permanentes, c) Código Ejecutivo Penal para inimputables permanentes;

C).- a) Código Penal para menores imputables, b) Código Procesal Penal para menores imputables, c) Código Ejecutivo Penal para menores imputables;

D).- a) Código Penal para menores inimputables permanentes, b) Código Procesal Penal para menores inimputables permanentes, c) Código Ejecutivo Penal para menores inimputables permanentes .(50)

Los menores de dieciocho años según el Código Penal Federal escapan a la aplicación de la ley penal de adultos, son inimputables para ella por una presunción juris et de jure, pero son imputables para su propio régimen de derecho penal.

Aún si aceptamos que una causa de inimputabilidad es la falta de desarrollo (minoría), diremos que esa es la causa para escapar del derecho penal de adultos, pero no del de menores. Debemos estar acordes a lo establecido por la ley alemana (Jugendgerichtsgesetz), al disponer que un joven es penalmente responsable cuando al tiempo del hecho es lo suficientemente maduro para comprender lo injusto del hecho y conducirse conforme a esta comprensión.

Es decir, también debe existir un límite de edad inferior, debe establecerse una presunción juris et de jure para los niños que aún no han alcanzado ni siquiera un desarrollo mínimo, y ellos serán inimputables para la ley de menores. Así mismo, aquellos que presenten una enfermedad mental que les anule su capacidad de comprender la ilicitud de la conducta, deberán ser considerados inimputables permanentes y les será aplicable una ley especial.

No debemos pensar que estas afirmaciones nos lleven a concluir que los menores deben regresar al Sistema Penal para Adultos; No. Debe crearse un sistema penal para menores imputables y otro para inimputables permanentes, en donde se establezcan mínimos y máximos de edad para aplicar la ley y se determinen las causas de inimputabilidad permanente.

Para encontrar el criterio con que debe conformarse dicho sistema penal, debemos analizar el grado de responsabilidad de los menores, para graduar las sanciones a ellos aplicables.

Podríamos pensar que se trata de un caso de imputabilidad disminuida. De hecho así se le considera en el Código Penal del Estado de Jalisco de 1982.

Sin embargo, estimo que la imputabilidad, como capacidad psicológica es una e indivisible, o se tiene o no se tiene. Al analizarla contemporánea al delito, sólo podemos concluir si existió o no, nunca un término medio.

Estoy con lo afirmado por Zaffaroni, la imputabilidad disminuída es en realidad un **supuesto de culpabilidad disminuida**. En este sentido sí podemos aceptar que la conducta de menores presenta una imputabilidad disminuida. Si la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, debemos buscar en ella (la culpabilidad) la respuesta acerca de la conducta de los menores.

La culpabilidad, entendida como el juicio de reproche que se hace a un sujeto por haber realizado una conducta típica y antijurídica, cuando le era exigible actuar conforme a la norma, sí se presenta en los menores. Hemos dicho que son imputables, que tienen la responsabilidad social y penal de conducirse conforme a la norma, es decir, si está dirigida a ellos la exigencia de motivarse en la norma y actuar conforme a ella, y sí se les reprocha el poner en peligro o lesionar bienes jurídicos.

En todo autor de una conducta típicamente antijurídica, joven como adulto que se encuentre al tiempo de ejecutar la acción en un estado de conciencia y de salud mental que garantice su libre determinación de libertad, habrá juicio de reproche.

El señor Vela Treviño acepta que: "en los menores como en los enajenados hay una voluntad que se manifiesta exteriormente con pleno uso de facultad de autodeterminación, y, no obstante, no hay imputabilidad, porque falta en ellos, y así lo establece la ley, la suficiente comprensión de lo ilícito de su hacer y de su actuar" (51) Acepta la capacidad del menor de edad, pero por enunciado de ley se les niega la suficiente capacidad para aplicarles esa ley, pero no la aplicación de otro sistema, ni el reproche de la conducta.

Las conductas de los menores son culpables, la esencia de la culpabilidad se encuentra en la exigibilidad de conducirse de acuerdo con el deber de respetar las disposiciones jurídicas. El núcleo de la culpabilidad se halla en la posición del autor ante las exigencias de la comunidad.

El mero hecho psicológico, asume rango jurídico y se transforma en dolo o culpa, si se demuestra que ese deber intencional pudo y debió evitarse, si se concluye en el juicio de referencia sobre aquel hecho psicológico, que era exigible al autor obrar de otro modo distinto, habrá culpa. De aquí se deduce: a) Que la culpabilidad es graduable, según sea más o menos exigible el comportamiento con arreglo al deber; b) Que el juicio hace surgir dos especies de culpabilidad; c)

Que esas dos especies son el dolo y la culpa.

Si aceptamos que la culpabilidad es graduable, aceptaremos no que existe una imputabilidad disminuida, sino una culpabilidad disminuida, que constituye una causa necesaria de atenuación de la culpabilidad; culpabilidad disminuida determina pena disminuida, por lo cual el único postulado que cabe derivar de la tesis de imputabilidad disminuida es que provoca una obligatoria causa de atenuación de pena.

Y así ha sido aceptado por los sistemas penales mexicanos de 1871 y 1929, cuyas normas eran más felices que las actuales, pues reducían la pena a los jóvenes, basados en la culpabilidad disminuida. Indudablemente los teóricos de aquella época no temían a las tribulaciones de los conceptos esenciales del derecho penal y no cerraban los ojos a la problemática del menor, no usaban eufemismos para ocultar el problema.

El fundamento para hablar de culpabilidad disminuida se encuentra en los llamados reductos de la libertad.

Hemos afirmado que hay posibilidad exigible de actuar de otra manera motivándose en la norma cuando el sujeto: a) tiene la posibilidad de comprender la norma y cuando, b) la constelación situacional no le restringe su ámbito de libertad para motivarse en la norma por debajo del lumbral mínimo de libertad.

Es decir, el sujeto puede tener un ámbito de libertad estrecho, por debajo del lumbral mínimo, o muy amplio, sobre el lumbral mínimo. Cuanto más ámbito de libertad presente el sujeto, más exigible le será actuar conforme a la norma y el reproche será mayor.

En el menor de edad ese ámbito de libertad es más reducido que en el adulto, por carecer de las experiencias suficientes para valorar adecuadamente el contenido de su conducta, le será exigible una conducta motivada en la norma, pero el reproche (culpabilidad) será menor al adulto, cuyo lumbral de libertad es mayor.

Zaffaroni habla de los **reductores de la libertad**, concepto por demás trascendente, que dan origen a la inculpabilidad:

a) la posibilidad de comprensión de la antijuricidad, que puede funcionar por:

- 1.- Incapacidad psíquica que le impida al sujeto la comprensión de la antijuricidad; y
- 2.- error invencible de prohibición que haga imposible esa comprensión.

b) La constelación situacional contingente, que provoca inculpabilidad

cuando su grado sea tal que se halle por debajo de la exigibilidad jurídico-racional de otra conducta.

Se presenta:

- 1.- Estado de necesidad inculpante;
- 2.- Supuestos de inexigibilidad de la conducta diferente motivada en la norma;
- 3.- Imposibilidad de dirigir la conducta emergente de incapacidad psíquica.(51)

Zaffaroni habla de los **reductores de la libertad**, pero sólo menciona como consecuencia de ellos la inculpabilidad.

Sin embargo, el Doctor Luis de la Barreda Solórzano en un importante artículo habla de ellos de manera más amplia y resuelve el problema de la culpabilidad de los menores.

Para el Doctor de la Barreda el principio cultural de la libertad del hombre hace que el Estado carezca de legitimación para llevar su potestad punitiva más allá de lo que corresponde, en el caso concreto, al reproche que puede formularse a un hombre capaz de asumir su responsabilidad.

Para este análisis acepta el concepto positivista de que la pena es una retribución. De esta manera el concepto de retribución como "pago" se utiliza en favor de los individuos y como una limitación del Estado.

En efecto, si el individuo debe "pagar" por lo que hizo, el Estado está facultado, en nombre de la sociedad, a "cobrarse" y a "hacer justicia", el "pago" debe ser proporcional por lo que se hizo y al ámbito de libertad (exigibilidad) que tenía el sujeto al actuar. De otra suerte, ya no se trataría de un "pago" por lo que se hizo, sino de un "pago" y algo más (un ingrediente adicional que ya no correspondería al pago).

He aquí la propuesta de la Barreda:

Tesis: El principio de retribución permite entregar al ciudadano al poder omnímodo del Estado.

Antítesis: El principio de retribución debe ser desechado en virtud de que es un remanente de la nefasta ley del talión.

Síntesis: El principio de retribución y, con él, la idea de culpabilidad, deben emplearse para preservar al ciudadano, y con él a la sociedad civil, del abuso del poder estatal.

La validez de esta tesis, por supuesto, también implica una obligación para el ciudadano: si su conducta le es reprochable, el debe "cargar" con la pena, pues de otro modo sin duda se deformaría el principio de culpabilidad.

Ante una conducta antisocial, se contraponen dos intereses particulares, el del activo y el del pasivo (sea unitario o múltiple). Y el Estado debe satisfacer ambos intereses ¿Cómo se logra esto? Puniendo la conducta punible, pero dentro de ciertos límites.

Quien delinque está obligado a soportar la imposición de una pena, porque como miembro de una sociedad civil tiene que responder para la salvaguarda del orden de ella, por su conducta, en la medida de la culpabilidad. Pero, ¿Cuál es la medida de la culpabilidad de los menores? ¿Cómo se gradúa?

Veamos cuales son los elementos de la culpabilidad y cómo se combinan:

- L: Licitud.
- L: Ilícitud.
- B: Ejercicio de la libertad.
- B: No ejercicio de la libertad.
- H: Existencia de reproche.
- H: No existencia de reproche.
- R: Reductores de la libertad.
- R: No existencia de reductores.

Los reductores son: el error y la no exigibilidad de la conducta, debidamente graduada.

La fórmula de la culpabilidad es:

- Culpabilidad: $L(B + R + H)$
- Las demás combinaciones darán estos resultados:
- $L(B + R + H)$ Culpabilidad atenuada.
- $L(B + R + H)$ No existe (posibilidad sintáctica).
- $L(B + R + H)$ No existe.
- $L(B + R + H)$ No existe.
- $L(B + R + H)$ No existe.
- $L(B + R + H)$ Inculpabilidad.
- La fórmula en los menores de edad es:
- $L(B + R + H)$

Existe la ilicitud y la conducta se realiza en ejercicio de la libertad, sin embargo, existe el elemento reductor del ejercicio de tal libertad: La persona no ha completado su proceso de madurez, su ámbito de libertad está por debajo del umbral mínimo, la exigibilidad es menor y el reproche debe ser menor.

Hemos dicho que a culpabilidad disminuida corresponde pena también disminuida.

Por eso, hemos dicho que eran más felices las normas penales que daban este tratamiento al menor, pues concebían su culpabilidad disminuida, su error fue no crear un derecho penal especial que contemplara dicha situación.

Para concluir este capítulo diré que los menores son delincuentes, cometen delitos, son imputables y culpables. La ley penal debe reintegrarlos a su seno, en su propio sistema, para evitar que se sigan cometiendo injusticias bajo el pretexto de protegerlos.

Esta ley deberá considerar penas menores a las de los adultos, pues la culpabilidad de los menores, por presentar un reductor de la libertad, es inferior a la de los adultos.

LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL

Publicada en el Diario Oficial de la Federación del día doce (12) de diciembre del año dos mil cinco (2005), se ha realizado una profunda reforma al artículo 18 Constitucional; la reforma entró en vigor el día doce (12) de marzo del año dos mil seis (2006); se ha decretado un término de 6 meses para crear el Sistema Integral de Justicia Penal para Menores delincuentes.

¿Cuáles han sido los motivos del constituyente permanente para la reforma, sólo apuntaremos algunas consideraciones que en la exposición de motivos y las reuniones de trabajo se apuntaron al respecto:

La justicia penal para adolescentes se encuentra notoriamente retrasada y no satisface las exigencias de un verdadero sistema de justicia para ellos.

Se tiene la necesidad de realizar una redefinición de los sistemas de justicia que se aplican a los menores de edad, partiendo de una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La reforma deberá establecer los principios, lineamientos y los criterios respecto de los cuales descansará el nuevo sistema.

El llamado **“Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes”** estará dirigido a toda persona mayor de 12 y menor de 18 años de edad, **que haya cometido una conducta tipificada como delito por las leyes penales.**

El nuevo sistema debe estar influenciado por los principios que se contienen en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, aquellos derivados de la reforma al artículo 4o Constitucional del año de 1999 y de los propios principios para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de abril del año 2000.

En la reforma al artículo 18 Constitucional se sentarán las bases para que la Federación, los Estados y el Distrito Federal implementen, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia penal para adolescentes, en el que se garanticen los derechos que la propia Constitución establece a todo individuo, así como los derechos específicos que tienen como personas en pleno desarrollo.

CONCLUSIONES:

Para concluir este trabajo de investigación diré:

PRIMERO.- Los menores son delincuentes, cometen delitos, son imputables y culpables.

SEGUNDO.- La ley penal debe reintegrarlos a su seno, en su propio sistema, para evitar que se sigan cometiendo injusticias bajo el pretexto de protegerlos, bajo la teoría del Estado Paternal sustituto de los malos padres biológicos, destruyendo esta posición arcaica.

TERCERO.- Debe el Legislador trabajar una Ley en la que se desarrolle un sistema de aplicación de sanciones o penas a menores de menor gravedad que las establecidas para los adultos, pues la culpabilidad de los menores, por presentar un reductor de la libertad, es inferior a la de los adultos.

CUARTO.- Pero especialmente, las Instituciones que se encargan de atender a los menores que han actuado contraviniendo las normas penales, deben velar por el respecto irrestricto de las garantías individuales, incluidas las garantías procesales, que como seres humanos, tienen los menores tuteladas en la Constitución General de la República.

Está será la lógica solución al planteamiento original motivado en la investigación.

Abordar el tema exigirá, en el futuro, darle cuerpo a la legislación que se propone, construir un conjunto de normas que regulen la actividad del órgano jurisdiccional cuando un menor ingresa al mundo penal, la legislación debe contener las descripciones típica, los procedimientos y las medidas de tratamiento, sólo así, se alcanzará el fin último de esta reflexión; de modo pues que queda trabajo por realizar, metas por alcanzar, pero todas ellas inspiradas en la plena vigencia de un estado de derecho para los menores que n situación apremiante se ven involucrados en la fatalidad del mundo.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- 1) FELLINI, zulita. LA SITUACION DEL MENOR QUE DELINQUE COMO PROBLEMA DE DERECHO PENAL.
- 2) Idem. Pág. 2.
- 3) Idem. Pág. 3.
- 4) VIÑAS. Raúl Horacio. DELINCUENCIA JUVENIL Y DERECHO PENAL DE MENORES. Editorial EDIAR. 1983. Pág. 47.
- 5) ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. ANALISIS LOGICO DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA E INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS. Editorial TRILLAS. Págs. 12, 18 y 42.
- 6) Idem pág. 24.
- 7) MORAL A NICOMACO. Editorial ATENEO. Libro V. Capítulo VI.
- 8) PAVON VASCONCELOS. Imputabilidad e Inimputabilidad. Editorial Porrúa. México 1982. Pág. 13.
- 9) Idem. Pág. 58.
- 10) Idem. Pág. 59.
- 11) VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit. Pág. 10.
- 12) GARCIA RAMIRO SERGIO. LA IMPUTABILIDAD EN EL DERECHO PENAL MEXICANO. Instituto de Investigaciones jurídicas. UNAM 1968.
- 13) VELA TREVIÑO, Sergio. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Editorial TRILLAS. México 1986. Pág. 12.
- 14) Idem. Pág. 14.
- 15) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. Pág. 15.
- 16) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Pág. 85.
- 17) MEZGER, Edmundo. DERECHO PENAL. Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. Pág. 31.
- 18) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Citado por. Op. Cit. Pág. 16.
- 19) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Pág. 85.
- 20) VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Pág. 28.

- 21) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Imputabilidad. Pág. 18.
- 22) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Citado por Imputabilidad. Pág. 119.
- 23) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 18.
- 24) JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Editorial LOSADA. Buenos Aires. 1977. Pág. 361.
- 25) CUELLO CALON. DERECHO PENAL. TOMO I. Editorial PORRUA. México. Pág. 433.
- 26) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. Pág. 120.
- 27) CODIGO PENAL DE VERACRUZ.
- 28) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. Pág. 125.
- 29) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 23.
- 30) PORTE PETIT, Celestino. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. Editorial PORRUA. México 1987. Pág. 403.
- 31) JIMENEZ DE ASUA, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Pág. 360.
- 32) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 23.
- 33) VELA TREVIÑO, Sergio. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Pág. 47.
- 34) Idem. Pág. 45.
- 35) VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Pág. 45.
- 36) CARRANCA Y TRUJILLO. DERECHO PENAL MEXICANO. TOMO II. Editorial PORRUA. México 1986. Pág. 277.
- 37) VELA TREVIÑO, Sergio. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Editorial TRILLAS. 1986. Pág. 49.
- 38) ZAFFARONNI. TEORIA DEL DELITO, Eugenio Raúl. TEORIA DEL DELITO. Editorial LOSADA. Buenos Aires. 1973. Pág. 598.
- 39) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 39.
- 40) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Citado por, Op. Cit. Pág. 41.
- 41) SECRETARIA DE JUSTICIA. TRABAJOS DE REVISION DEL CODIGO PENAL. TOMO II. Pág. 431.
- 42) CODIGO PENAL DE 1929. EXPOSICION DE MOTIVOS.

-
- 43) CENICEROS Y GARRIDC, José Angel. LA LEY PENAL MEXICANA. Editorial BOTAS. México 1936. Pág. 19.
- 44) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 100.
- 45) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Pág. 20.
- 46) VELA TREVIÑO, Sergio. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Pág. 140.
- 47) JIMENEZ DE ASUA, Luis. TRATADO DE DERECHO PENAL. TOMO II. Pág. 105.
- 48) VELA TREVIÑO. Op. Cit. Pág. 141.
- 49) CARRARA, Francisco. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. EDITORIAL TEMIS. Bogotá. 1956. Pág. 48.
- 50) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Págs. 82-83.
- 51) Idem. Pág. 228.
- 52) VELA TREVIÑO, Sergio. CULPABILIDAD Y INCULPABILIDAD. Pág. 146.
- 53) JIMENEZ DE ASUA, Luis. TRATADO. TOMO II. Pág. 86.
- 54) ZAFFARONNI, Eugenio Raúl. TEORIA DEL DELITO. Editorial LOSADA. Pág. 509.
- 55) VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit. Pág. 151.
- 56) JIMENEZ DE ASUA, Luis. TRATADO. TOMO V. Pág. 164.
- 57) ESCOBEDO TORRES, Alfonso. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PENAL PARA EL ESTADO DE ZACATECAS. CUADERNOS UNIVERSITARIOS. U.A.Z. Pág. 10.
- 58) VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit. Pág. 234.
- 59) ZAFFARONNI, Eugenio Raúl. TEORIA DEL DELITO. Pág. 22.