

LA CONSTITUCIÓN MEXICANA VISTA A LA LUZ DE LOS MODELOS DE TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ

SUMARIO: I. Introducción. II. Dos modelos de tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia: minorista privatista y convencional garantista. III. El reconocimiento de los derechos de las personas menores de edad en la Constitución mexicana: el artículo 4o. IV. La justicia para adolescentes en la Constitución. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Conmemorar los 100 años de la Constitución mexicana puede ser la oportunidad para hacer una revisión histórica de la evolución de los derechos que protege. En este sentido, el proceso vivido por nuestra carta magna es de claros oscuros, pues en algunos ámbitos ha sido de gran avanzada, mientras que en otros no ha logrado siquiera ponerse al día en comparación con otros países y con el derecho internacional de los derechos humanos. Tal es el caso de los derechos de niñas, niños y adolescentes, reconocidos en parte y de manera limitada en el artículo 4o. constitucional. Algo similar ocurre con el artículo 18 constitucional que regula la justicia para adolescentes.

En el tema específico de los derechos de las personas menores de 18 años, la Constitución mexicana ha tenido avances y retrocesos, y no ha logrado consolidar, por lo menos desde la perspectiva constitucional, un adecuado marco de protección que reconozca plenamente a niñas y niños como titulares de derechos. En la redacción del artículo 4o. y del 18 constitucionales se advierten visiones conservadoras de las niñas y niños, propias de una concepción privatista que no corresponde con su reconocimiento como personas. En este sentido, el análisis de la evolución de los artículos dirigidos específicamente a este grupo etario refleja la coexistencia de dos

modelos antagónicos de protección de los derechos humanos: el *minorista privatista* y el *convencional garantista*. En lo que se refiere al artículo 18 constitucional, el tortuoso proceso seguido para permitir a la Federación eludir su obligación de construir un sistema de justicia para adolescentes, constituye el anti ejemplo de cómo legislar y garantizar derechos.

Así, se propone entonces una descripción de la evolución de la redacción de los artículos 4o. y 18 a la luz del derecho internacional en la materia. Como herramienta de análisis se presentan dos modelos teóricos sobre la protección de los derechos de estos grupos con el fin de mostrar lo que subyace a la redacción de cada uno de los artículos. Finalmente, se expone un panorama actual del estado que guarda la Constitución, para dejar entrever las preocupaciones que suscitan las últimas reformas y las consecuencias que éstas podrían tener.

II. DOS MODELOS DE TRATAMIENTO JURÍDICO A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA: MINORISTA PRIVATISTA Y CONVENCIONAL GARANTISTA

Durante el siglo XX se produjo una gran transformación en la perspectiva sobre las personas menores de edad como titulares de derechos que se vio, de manera limitada, reflejada en la Constitución mexicana. El modelo imperante durante la mayor parte del siglo pasado puede ser identificado como minorista privatista y se basa en la concepción de niñas y niños como sujetos del derecho privado y la tutela de los padres. El modelo convencional garantista surge con la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989. En éste el niño es considerado como sujeto de derecho público y trasciende la calidad de hijo de familia para convertirse en titular de derechos humanos.

Desde la perspectiva del modelo tutelar garantista, el ámbito “normal” de la infancia es la familia y, a partir de lo que se conoce como la “doctrina de la situación irregular”, el derecho responde a los “menores” que se encuentran fuera de ella por medio de la institucionalización. Es decir, a los niños en condición de abandono y a los infractores de la ley penal, se les ingresaba en instituciones para “tutelarlos”. Así las casas hogar y los consejos tutelares recibían a los niños en “situación irregular” para darles las medidas educativas que sus familias no podían proporcionarles. Es por ello que no había propiamente un sistema jurídico dirigido a la infancia más allá del derecho de familia y del derecho para menores infractores.

Con la Convención sobre los Derechos del Niño nace la “doctrina de la protección integral”, pues ésta se caracteriza por estar dirigida a todas las personas menores de edad. Se reconoce un amplio catálogo de derechos y disposiciones específicas con medidas de protección especial para garantizar la titularidad de éstos a todas las niñas y niños.

A continuación se propone un cuadro comparativo de ambos modelos:¹

<i>Modelo minorista privatista</i>	<i>Modelo convencional garantista</i>
Utiliza el término “menor”	Utiliza los términos “niñas, niños y adolescentes”, o genéricamente “niño”. En ocasiones se utiliza la palabra “infancia” para hacer referencia a los derechos colectivos
Impone obligaciones a algunos actores: padres, maestros, tutores, autoridades.	Reconoce derechos de niñas y niños e identifica las obligaciones correlativas a los derechos y a los sujetos obligados.
Las obligaciones están vagamente formuladas, dejando un gran margen a la interpretación del agente encargado de proteger al “menor”.	Los alcances de los derechos están claramente delimitados, especialmente los límites al ejercicio de las obligaciones correlativas.
No se cumple con los derechos de la Convención, por ejemplo, no se reconoce el derecho de la niña o niño a expresar su opinión.	Recoge los derechos de la Convención y otros tratados internacionales en materia de derechos humanos: recoge los principios identificados por el Comité y desarrolla la forma de interpretarlos y aplicarlos.
Puede reconocer derechos, pero no hay un medio para exigir su reparación en caso de vulneración.	Se contempla un mecanismo accesible, así como las obligaciones y procedimientos concretos en caso de vulneración del derecho.

¹ González Contró, Mónica *et al.*, *Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*, México, Sistema Nacional para el Desarrollo de la Familia (DIF-Nacional)-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

<i>Modelo minorista privatista</i>	<i>Modelo convencional garantista</i>
Puede tratarse de una ley con un catálogo amplio de derechos, pero no se establecen los medios para niñas y niños puedan hacerlos efectivos, bien porque no hay un mecanismo, por la ausencia de la instancia correspondiente o porque no es accesible.	Contempla claramente los mecanismos para hacer efectivos los derechos, así como que éstos estén en un lugar accesible al niño, tengan personal especializado que permita expresarse al niño en su propio lenguaje.
Presupone que el “menor” se encuentra dentro del ámbito privado y, por tanto, el Estado no tiene más que una pequeña intervención en la garantía de los derechos.	Presupone que el Estado debe actuar como un agente activo y promotor del cumplimiento de los derechos. Para ello utiliza medios para combatir los estereotipos, adecua la legislación y provee servicios públicos.

FUENTE: González Contró, Mónica y Padrón Innamorato, Mauricio, *¿Es el derecho un instrumento para reducir la vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes?* (en prensa).

Esto desde luego tiene un reflejo en el reconocimiento constitucional y en los debates que precedieron a las reformas a los artículos 4o., 18 y 73, como se expondrá a continuación.

III. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: EL ARTÍCULO 4o.

A pesar de considerarse como una Constitución progresista en materia de derechos sociales, el texto de 1917 no hacía referencia alguna a las personas menores de dieciocho años, lo que desde luego no resulta extraño, pues hasta ese momento no había en el imaginario social y jurídico la idea de que las personas menores de edad tuvieran derechos. Lo que sí resulta interesante es que el artículo 1o. establecía que: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución...”, siendo que niñas y niños estaban excluidos de las *garantías*, pues no eran titulares de la mayoría de los derechos que estaban reconocidos en ésta. Algunos ejemplos de los derechos que no corresponden a niñas y niños son libertad de profesión o trabajo (artículos 4o. y 5o.), libertad de expresión (artículos 6o. y

7o.), derecho de petición (artículo 8o.), libertad de asociación (artículo 9o.), derecho a poseer armas (artículo 10), libertad de tránsito (artículo 11), derecho al debido proceso (artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20), prohibición de penas trascendentes (artículo 22), libertad religiosa (artículo 24), libertad de correspondencia (artículo 25). Ciertamente que no eran niñas y niños los únicos excluidos, pues las mujeres y otros grupos tenían también importantes restricciones en el ejercicio de los derechos, si no en el texto, si en la realidad. Es por ello que resulta interesante concebir a la Constitución como un instrumento vivo que se lee a la luz de los criterios de la época y, contrario a lo interpretado por muchos durante muchos años, de una manera literal.²

Las únicas alusiones a las personas menores de edad las encontramos en el artículo 31, relativo a las obligaciones de los mexicanos.³ En éste se establece el deber de los ciudadanos de “hacer que sus hijos o pupilos, menores de quince años, concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria elemental y militar”. Es interesante que en el debate relativo al artículo se manifiesta claramente que se trata de imponer una obligación a los padres, y no de reconocer un derecho a los hijos:

...El niño, por su pequeña edad y por su inexperiencia, bien pudiera suceder que dejase de concurrir al colegio y seguramente que la ley secundaria relativa castigaría al padre de éste por su incuria y abandono. El padre podría excepcionarse ante la ley diciendo que la obligación no es suya, sino de su hijo, y para evitar estas interpretaciones torcidas, ha creído la Comisión que

² Un ejemplo ilustrativo de la forma en que se interpreta la Constitución se encuentra en el derecho al voto de las mujeres. En el texto original no se reservaba el derecho a los varones ni encontramos alguna restricción explícita en el artículo 1o. constitucional. El artículo 34 establece que son “ciudadanos mexicanos” quienes tengan 18 años siendo casados y 21 si no lo son y tengan un modo honesto de vivir. A la condición de ciudadanía se vincula la prerrogativa de votar y ser votado en el artículo 35 y siguientes. La redacción es ambigua, pues si bien habla de “ciudadanos” en masculino, al referirse a los “mexicanos” es claro que incluye a varones y mujeres que tienen esta calidad. El resultado es que la Constitución se interpretó que en el caso de los “mexicanos” se abarca a todas las personas, mientras que “ciudadanos” está reservado a los varones, aunque el texto no lo consagre expresamente. Es interesante ver que para conceder el voto a las mujeres se tuvo que incluir la formulación “los varones y las mujeres” para que se interpretara que era un derecho que correspondía a todos.

³ Resulta interesante que en el artículo 3o. constitucional, relativo al derecho a la educación, no se haga referencia a que se trata de un derecho que debe ser garantizado a las personas menores de edad, a diferencia de lo establecido en el artículo 31 que sí obliga a los ciudadanos a enviar a sus hijos menores de quince años a recibir educación.

resulta mucho más lógico el imponer como obligación de los padres o tutores que envíen a los niños⁴ a las escuelas”.⁵

La primera mención de cierto régimen jurídico de tratamiento hacia las niñas y niños en la Constitución, más allá de la educación, se da en 1979, ubicado claramente en el ámbito de los derechos sociales.⁶ La reforma, según se desprende de la iniciativa enviada por el Ejecutivo, se da con motivo de la declaración por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1979 como Año Internacional del Niño y la solicitud hecha por este órgano a los países miembro de revisar las “acciones internas, la estrategia establecida y las disposiciones legales existentes, a fin de procurar nuevos programas a beneficio de la niñez, buscando su mayor bienestar”.⁷ En el dictamen que correspondió a la iniciativa, se entiende que el reconocimiento del deber de los padres hacia los hijos complementaba la protección e integración familiar ya reconocido constitucionalmente.⁸

Así, el 18 de marzo de 1980 se publica en el *Diario Oficial de la Federación* la adición al artículo 4o. constitucional para quedar como sigue:⁹ “Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas”.

⁴ Que en el debate constituyente se utilice la palabra niños, la cual no correspondía al lenguaje jurídico de la época, puede constituir una muestra de la vigencia de la doctrina, de la situación irregular. Son “niños” porque son los “hijos” de los mexicanos.

⁵ AA.VV., *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 7a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. III, p. 201.

⁶ “Ante esta panorámica del nacimiento y evolución de las garantías sociales de nuestro país, es de destacarse que el artículo 4o. constitucional está exigiendo que se le complemente con el señalamiento del deber de los padres para preservar los derechos del menor y la protección subsidiaria que al mismo presentan las instituciones públicas”. Iniciativa de decreto que adiciona un tercer párrafo al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, enviada por el Ejecutivo federal. AA.VV., *Derechos del pueblo Mexicano*, op. cit., t. VII, nota 5, p. 9.

⁷ *Ibidem*, p.10.

⁸ En las intervenciones con motivo del debate de la iniciativa hay claras alusiones a la familia y a los deberes de los progenitores.

⁹ Es interesante observar que en el debate que se dio en la Cámara de Diputados con motivo de la discusión, aparece un argumento —esgrimido por el diputado Herrera Beltrán— en relación con el niño como sujeto de derecho para apoyar a la iniciativa: “Por primera vez se establece el menor como sujeto directo de derecho, y no derivado del estatus de sus padres o de los adultos en general y sienta las bases para ser la protección más efectiva mediante la unificación y sistematización de disposiciones que están hasta ahora dispersas en varios ordenamientos legales.” AA.VV., *Derechos del pueblo mexicano*, op. cit., t. VII, nota 5, p. 27.

Como se puede advertir, pese a que supone un paso en el reconocimiento de los derechos de niñas y niños, el texto constitucional tiene los rasgos del enfoque minorista privatista, pues se refiere a los destinatarios como “menores”, impone deberes a los padres y no contempla mecanismos de garantía de los derechos ni su accesibilidad. La redacción refleja claramente que niñas y niños eran sujetos del derecho privado y debían ser considerados en el contexto familiar, es decir, en su condición de hijas e hijos. Aquellos que no tienen familia están ausentes del artículo constitucional.

La siguiente reforma constitucional tardó veinte años en llegar. En 2000 se publica otra adición al artículo 4o. constitucional con el objeto de adecuar su contenido a la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el senado el 31 de julio de 1990 y promulgada el 25 de enero de 1991.

Una iniciativa fue presentada por un grupo de diputados de la LVII Legislatura,¹⁰ en la exposición de motivos se habla de la integralidad de los derechos de los menores:

Es innegable que en el mundo globalizado en que hoy vivimos, se requiere contar con una disposición jurídica que no separe los derechos civiles y los políticos de los derechos económicos, sociales y culturales. Precisamente lo que se busca en la iniciativa, es un enfoque integral de los derechos de los menores”.¹¹

Se reafirma también la función del Estado: “El Estado, como expresión máxima de la organización jurídica política del país, debe ser confirmado como el principal garante del sano desarrollo de los menores, ofreciendo a éstos, canales efectivos para el disfrute y ejercicio de sus derechos”.¹² Esta propuesta enlistaba un catálogo importante de derechos, establecía el goce de las demás garantías consagradas en la Constitución, leyes y tratados internacionales ratificados por México, sin embargo, no fue aceptada. En el senado de la República también fue presentada una iniciativa, de alcances mucho más limitados y análogos de los de la redacción que finalmente fue aprobada y que fue resultado de un dictamen hecho en la Cámara de Senadores¹³ publicado el 7 de abril de 2000:

¹⁰ AA.VV., *Derechos del pueblo mexicano, op. cit.*, t. XIII, nota 5, p. 745.

¹¹ *Ibidem*, p. 746.

¹² *Idem*.

¹³ En la iniciativa presentada por el senador Alfonso Martínez Domínguez se muestra claramente una visión sobre la adopción: “(...) Nuevo León puede ser ejemplo de ello, existen muchísimas parejas que adoptan un menor, porque la naturaleza le ha negado el privilegio de tener hijos propios”. Esta cita es una joya que muestra la visión privatista de niñas y niños y resume los prejuicios y la discriminación en contra de la adopción que han sido un

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 proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.¹⁴

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

En el debate que concluyó con la aprobación de esta iniciativa, aparece la importancia de reconocer responsabilidades a otros actores:

Es también, una consecuente aplicación del principio de subsidiaridad; que no sea un solo actor el que tengo como responsable del abandono en que se encuentran grandes grupos de niños y jóvenes en nuestro país; que participe y asuma su responsabilidad el Estado.¹⁵

Otro argumento interesante planteado en el contexto del debate parlamentario se relaciona con el federalismo y la invasión que la ley reglamentaria del artículo 4o. suponía:

aquí escuché que metiendo este artículo va a venir una ley reglamentaria, señores eso es contrario al más elemental federalismo, la materia civil corresponde a los estados, todas esas instituciones, de alimentación, de abandono de hogar, de tutoría, de matrimonio, de familia, están en el Código Civil.¹⁶

En contraste, se dieron argumentos claramente vinculados con el reconocimiento del cambio de modelo que suponía la reforma al artículo 4o. constitucional: “Es un asunto sobre niños y niñas, no sobre hijos o no sobre hijas.”¹⁷

obstáculo importante para garantizar los derechos de niñas y niños sin cuidado parental. AA. VV., *Derechos del pueblo mexicano, op. cit.*, t. XIII, nota 5, p. 749.

¹⁴ Ya desde entonces se vinculaban algunas resistencias a reconocer los derechos de niñas y niños en la Constitución con un tema presupuestal. En una intervención el 10 de diciembre de 1999, el senador Alfonso Martínez Domínguez expresa lo siguiente: “Por ahí se ha dicho que no se aprueba esta iniciativa porque implica un gasto extraordinario para el gobierno, esto es absolutamente falso, porque ya hay medidas sueltas en la Constitución que establecen garantías y derechos que no están específicamente consagrados, como son los desayunos escolares y otros de la mayor importancia”, *Ibidem*, p. 758.

¹⁵ *Ibidem*, p. 763.

¹⁶ *Ibidem*, p. 786.

¹⁷ *Ibidem*, p. 797.

Entre los avances más importantes de esta reforma podemos mencionar que por primera vez aparece el término niñas y niños en la Constitución, también se les reconoce claramente como titulares de derechos y no simples destinatarios de obligaciones. En la línea convencional garantista se identifica a los sujetos obligados más allá de los padres: ascendientes, tutores y custodios y se señala claramente al Estado como garante de los derechos. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos es limitado en relación con los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño y se reducen a derechos económicos y sociales, omitiendo los derechos civiles y políticos. Tampoco se contemplan mecanismos de garantía de los derechos accesibles a niñas y niños como corresponde a un modelo con enfoque de derechos humanos.

La más reciente reforma al artículo 4o. en materia de derechos de la infancia y adolescencia, fue acompañada por la reforma al artículo 73¹⁸ que faculta al Congreso de la Unión para crear una ley general reglamentaria. Fueron publicadas unos meses después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, el 12 de octubre de 2011. Mediante la reforma se introduce el principio del “interés superior de la niñez” como un eje rector de todas las medidas que se apliquen a niñas y niños.

Artículo 4o. (...)

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar y exigir estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

La adición de la fracción XXIX-P al artículo 73, que facultó al Congreso de la Unión para expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados y el Distrito Federal en materia de derechos de niñas y niños, posibilitó la presentación de la iniciativa preferente y posterior aprobación de una ley general que garantizara los derechos de la infancia y adolescencia, unificando de una vez por todas los derechos humanos de niñas y niños en todo el territorio nacional.

¹⁸ Cabe destacar que se presentaron 17 iniciativas en la Cámara de Diputados para reformar los artículos 4o. y 73, las cuales fueron integradas en un dictamen elaborado por la Comisión de Puntos Constitucionales.

En este punto es pertinente hacer una breve reflexión sobre la reforma al artículo 4o. relativa a la comprensión de los efectos de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que había sido publicada el 10 de junio de ese mismo año. Como es bien sabido, al modificarse la denominación del título primero de la Constitución y reconocerse las normas que reconocen los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados por México, se incorporan una serie de derechos humanos a la protección constitucional. La reforma establece también los principios *pro persona* y de interpretación conforme a los tratados, que obligan a aplicar la norma más protectora de derechos humanos, ya sea que esté contenida en la Constitución o en un tratado internacional.

La consecuencia de esta reforma en materia de derechos de niñas y niños fue reconocer jerarquía constitucional a los derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este instrumento internacional contiene un amplio catálogo de derechos que supera, con mucho, los modestos alcances del artículo 4o. La Convención reconoce libertades, derechos políticos, sin dejar de lado los derechos económicos, sociales y culturales y los temas de protección especial, que, según el Comité de los Derechos del Niño, pueden clasificarse en los siguientes rubros:¹⁹ Medidas generales; definición del niño; principios rectores; derechos y libertades civiles; entorno familiar y otro tipo de tutela; salud básica y bienestar; educación, esparcimiento y actividades culturales y medidas especiales de protección.

En contraste, el artículo 4o. constitucional se limita a los derechos de *alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral*. Por ello, resulta poco comprensible que se haya reformado el artículo 4o., cuando el principio del interés superior del niño ya había sido incorporado con la reforma en materia de derechos humanos y es una muestra de que el constituyente permanente no entendió los alcances de su propia reforma y reafirma la visión minorista privatista hacia la infancia.²⁰

Si bien no puede hablarse de una evolución lineal o de modelos puros, el debate legislativo y la redacción de los artículos constitucionales dan cuenta de las visiones sobre las niñas y niños y sus derechos. Son notables las diferencias en los discursos del debate parlamentario de la reforma de 2000

¹⁹ Comité de los Derechos del Niño; Orientaciones Generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes con arreglo al Apartado a) del primer párrafo del artículo 44 de la Convención (1991) (CRC/C/5, 30 de octubre de 1991).

²⁰ Una explicación que se desprende del debate legislativo es que, mediante la reforma, se pretendía cumplir con una observación del Comité de los Derechos del Niño al Estado mexicano con motivo del informe presentado en 1999. Sin embargo, es extemporáneo y muestra que los legisladores no entendieron que ya habían cumplido con la observación al reformar el artículo 1o. constitucional.

y la de 2011, pues mientras que en la primera muchos de los miembros del Congreso de la Unión hablaban de nuestros “hijos” en la segunda hay un claro reconocimiento de las personas menores de edad como sujetos de derecho público. Ello no impidió que, desafortunadamente, la reforma fuera incompleta, pues además de la inadecuada comprensión de los efectos de la reforma en materia de derechos humanos sobre los derechos de niñas y niños, se advierten otros errores graves.

Uno de ellos es la confusión entre el interés superior del niño con el interés superior de la niñez. Mientras que el primero se desprende de la Convención e identifica titulares individuales de derechos, el segundo es una desafortunada formulación mexicana que utiliza de manera incorrecta el término.²¹ Otra deficiencia estriba en la falta de reconocimiento de los demás principios rectores identificados por el Comité de los Derechos del Niño: no discriminación, derecho a la vida, supervivencia y desarrollo y respeto a los puntos de vista del niño.²² No hay razón alguna que justifique dar prioridad a un principio sobre los otros mediante su incorporación en la Constitución. Finalmente, se desaprovechó la oportunidad para incluir el término adolescentes, con el fin de armonizar el lenguaje del artículo 4o. con el del artículo 18 y con el desarrollo legislativo que los derechos de este grupo etario han tenido a partir de 2000. Lo anterior pese a que varias iniciativas presentadas lo incluían.

El saldo, sin embargo, es positivo. A pesar de las falencias, hoy tenemos una Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes derivada de una iniciativa con carácter de trámite preferente enviada por el presidente de la República al Congreso de la Unión el 1o. de septiembre de 2014. Esta ley crea una nueva institucionalidad para dar cumplimiento a los derechos de la infancia y adolescencia sin precedentes en el país.

IV. LA JUSTICIA PARA ADOLESCENTES EN LA CONSTITUCIÓN

Originalmente la Constitución mexicana no establecía un sistema especializado de justicia para adolescentes, y tampoco se refería a una edad para imputar a las personas penalmente. Se entendía así que ésta era una atribu-

²¹ La palabra “niñez” hace referencia a una etapa de la vida humana según la RAE, la cual desde luego que no puede ser titular de derechos humanos.

²² Comité de los Derechos del Niño; observación general núm. 5 (2003); medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) (CRC/GC/2003/5).

ción de los congresos locales, de acuerdo con el artículo 124²³ y su regulación quedó a cargo de diversas leyes y reglamentos de carácter local y federal (incluido los Códigos Penales y de Procedimientos Penales), aunque sin un claro fundamento constitucional.

No es sino hasta 1965 que aparece un primer esbozo de un tipo de justicia especializada para adolescentes en el Constitución mexicana. En el marco de una propuesta de reforma en materia penitenciaria general (es decir, para las personas adultas), se debate sobre la necesidad de establecer un sistema diferenciado para los adolescentes, aunque se deja a los estados la determinación de la edad penal. En el debate se exponen diversas posturas sobre la regulación de la justicia para adolescentes, incluso la fracción parlamentaria del Partido Acción Nacional advierte sobre el riesgo de que, al no establecerse claramente que se trataba de “menores infractores de la ley penal” pudiera justificarse la aplicación de sanciones —medida de internamiento— por conductas no tipificadas como delitos.²⁴ Pese a los argumentos en contra, se excluyó esta expresión y terminó pasando lo que se preveía, que durante muchos años de vigencia del sistema tutelar se aplicaron medidas “reeducativas” a quienes habían cometido faltas administrativas.

La redacción del artículo 18 establecía someramente la obligación de los estados de establecer instituciones para los “menores infractores”; como se ha mencionado, tenía un enfoque penitenciario, no procesal, es decir, se dirigía a la medida que había de imponerse, no a la forma de determinar la imposición de dicha medida: “La Federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”.

Es evidente que esta formulación constitucional respondía a la visión minorista privatista, pues se refiere a la institucionalización de los “menores infractores” de manera genérica, dejando un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad, incluso respecto de la edad de imputabilidad penal.

En 1973 se celebró en México el Primer Congreso Nacional sobre el Régimen Jurídico del Menor que sugirió a los estados sustituir los tribunales de menores por consejos tutelares. Con este acontecimiento se transita de un enfoque “correccional” que pretendía “enderezar” al adolescente desviado, a un enfoque “tutelar” que tiene como base una visión de los adolescentes como seres necesitados de ser reeducados. Como resultado se formó

²³ En el dictamen a la iniciativa de reforma del artículo 4o. de 1979 se hace alusión al sistema de justicia para “menores infractores” “Conforme a la legislación penal, se considera que los menores son infractores de las normas, no delincuentes y por tanto están sujetos a una educación que se imparte en planteles especiales para su readaptación social”, AA.VV., *Derechos del pueblo mexicano, op. cit.*, t. VII, nota 5, p. 11.

²⁴ *Ibidem*, t. V, nota 5, pp. 358 y 359.

una comisión que redactó la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de agosto de 1974. El objetivo de la ley fue separar completamente a los “menores” de la justicia penal para someterlos a medidas exclusivamente tutelares y reeducativas. Esta ley fue sustituida en 1991 por la Ley del Consejo de Menores que introduce algunos derechos, aunque prevalece la visión tutelar.

Es importante mencionar que durante este período la determinación de la edad de responsabilidad penal seguía siendo una atribución de las entidades federativas, lo que tuvo como resultado que en doce de éstas la edad penal se situara por debajo de los 18 años.

El artículo 18 se reformó nuevamente en 2005, como resultado de varias iniciativas y de un intenso debate para armonizar el régimen constitucional para los adolescentes en conflicto con la ley penal con la Convención sobre los Derechos del Niño, en especial lo establecido en los artículos 37 y 40. Mediante esta reforma se incorporaron importantes derechos que habían sido negados a los adolescentes bajo el régimen tutelar, con el argumento de que no se trataba de un sistema de naturaleza penal.

Así, se reconocen las garantías del debido proceso y se homologa la edad penal para toda la República, definiéndose a los dieciocho años. El nuevo sistema establece tres regímenes: los menores de doce años, a quienes se considera inimputables y por tanto quedan excluidos del sistema, a los adolescentes mayores de doce y menores de catorce que son sujetos del sistema, pero no puede serles impuesta una medida de internamiento y a las personas de catorce y menos de dieciocho, que pueden ser sujetos de internamiento como último recurso, por el tiempo más breve que proceda y sólo por delitos calificados como graves.²⁵

En el debate parlamentario también se expusieron posturas tradicionales de la justicia para adolescentes: quienes propugnaban por una fórmula más dura que ampliara la posibilidad de imponer medidas de internamiento para las personas menores de catorce años, junto con quienes proponían elevar la edad para esta medida a los quince. Una demanda que fue atendida —desafortunadamente— sugirió eliminar de la exposición de motivos los cinco años como lapso máximo de internamiento.²⁶ Hoy tenemos

²⁵ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que la justicia para adolescentes debe cumplir con los siguientes principios: especialización, debido proceso, principio de legalidad, principio de mínima intervención e interés superior del adolescente, que supone el respeto integral de sus derechos.

²⁶ *Ibidem*, t. XV, nota 5, pp. 561-588.

una gran disparidad de medidas máximas de internamiento, aunque el piso máximo de cinco años pasó a ser el mínimo en las leyes locales.

Un dato interesante del proceso de aprobación de la reforma fue que, originalmente, se proponía que el artículo 18 incluyera el término “penal” para describir el carácter del sistema y que, junto con el artículo 18, se modificara el 73 para atribuir facultades al Congreso de la Unión para expedir las bases normativas y de coordinación para el funcionamiento del “sistema de justicia penal para adolescentes”. Ambos elementos fueron eliminados en el dictamen que se presentó al Senado: el primero —el carácter penal— con el argumento de que su utilización causaba confusiones con el sistema para personas adultas, mientras que el segundo se eliminó por no considerarse necesario, ya que el texto del artículo 18 establecía ya las características del nuevo sistema para que las entidades federativas lo atendieran.²⁷ Lo paradójico del tema es que, diez años después, ambos elementos fueron incorporados a la Constitución mediante otra reforma.

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 de debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes

²⁷ *Ibidem*, pp. 490-596.

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

Un dato importante derivado de la reforma de 2005 al artículo 18 fue que detonó un proceso de adecuación legislativa e institucional en las entidades de la República. Más temprano o más tarde los estados y el Distrito Federal aprobaron leyes en la materia y crearon las instancias correspondientes para el funcionamiento del sistema. En contraste, en el ámbito federal nunca hubo una ley vigente y, consecuentemente, tampoco se creó un sistema especializado como dispone el artículo 18 constitucional. Pese a que al momento de aprobarse la reforma había ya una iniciativa de ley que conjuntaba varias propuestas, ésta nunca se aprobó.

Hay que mencionar que en el transitorio de la reforma constitucional no se señaló un plazo específico para que la Federación aprobara la ley correspondiente. El artículo transitorio²⁸ se refería exclusivamente a los estados de la federación y al Distrito Federal para que, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor del decreto,²⁹ crearan las leyes, las instituciones y los órganos necesarios para su aplicación.

Desde abril de 2004 se había enviado una iniciativa al Congreso de la Unión por parte del Ejecutivo Federal de una ley federal de justicia para adolescentes. A esta iniciativa se sumaron otras tres presentadas por legisladores, que fueron integradas en una sola que fue presentada y aprobada en el Senado de la República en 2006. En abril de 2007 la Cámara de Diputados aprobó con modificaciones el dictamen y lo regresó a la Cámara de Origen. Sin embargo, esta iniciativa nunca fue aprobada por la Cámara de Senadores.

Con ello se generó un grave vacío legal, pues el texto constitucional establecía claramente la obligación de que existiera un sistema integral de justicia para adolescentes, pero la ley reglamentaria nunca fue aprobada. Ello significaba que no había tribunales competentes para juzgar a los adolescentes a quienes se acusara de cometer delitos federales ni órganos e instituciones para la ejecución de las medidas. Ante este escenario, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en 2008 una contradicción de tesis que derivó en el tesis jurisprudencial 25/2008 sobre la competencia en materia de justicia para adolescentes en el caso de delitos federales. En ésta reconoce la competencia para juzgar a los adolescentes a quienes se

²⁸ 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.

²⁹ El decreto entró en vigor tres meses después de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, de manera que el plazo se vencía en septiembre de 2006.

atribuyera la comisión de una conducta tipificada como un delito federal a los tribunales especializados en justicia para adolescentes de los estados y el Distrito Federal.³⁰

El 14 de agosto de 2009 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma a los transitorios de la reforma constitucional publicada el 12 de diciembre de 2005 por la que se concede un año a la Federación, a partir de la entrada en vigor, para expedir las leyes y crear los órganos necesarios para la puesta en marcha del sistema de justicia para adolescentes. En marzo del mismo año el senador Murillo Karam había presentado una iniciativa en la materia que se aprobó al año siguiente en la Cámara de Senadores y fue enviada a la Cámara de Diputados, donde se aprobó con modificaciones en marzo de 2012 (incumpliendo el plazo derivado del transitorio reformado) y finalmente se publicó el 27 de diciembre de 2012 en el *Diario Oficial de la Federación*. Los transitorios de la ley federal establecían dos años para la entrada en vigor de la ley, esto es, en 2014. Pese al evidente retraso de la ley federal finalmente publicada, ésta tampoco llegó a entrar en vigor, pues el 24 diciembre de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma al régimen transitorio de la ley federal, que establece que el decreto “entrará en vigor una vez que haya entrado en vigor el Código Nacional de Procedimientos Penales en la Federación, en todas las entidades federativas y del Distrito Federal”. Cabe señalar que la ley aprobada y publicada era, en algunos puntos, inconsistente con la reforma penal en materia de juicios orales de 2008. Por ejemplo, no se contemplaba la oralidad en el juicio.³¹

En resumen, en diez años de vigencia de la reforma constitucional, hemos tenido tres iniciativas importantes, una ley aprobada que nunca entró en vigor y una técnica legislativa basada en la reforma a los artículos transitorios.

Como se mencionó, en 2015 se publicó una nueva reforma constitucional con el fin de adecuar la justicia para adolescentes a la reforma en materia de justicia penal, publicada en 2008. El texto constitucional incorpora la oralidad y el carácter acusatorio a la justicia para adolescentes, aunque se eliminó del texto constitucional el requisito de que la medida de internamiento procede únicamente tratándose de delitos calificados como graves. La reforma incluyó una modificación a la fracción XXI inciso c) del artículo

³⁰ DELITOS FEDERALES COMETIDOS POR ADOLESCENTES MENORES DE DIECIOCHO Y MAYORES DE DOCE AÑOS DE EDAD. SON COMPETENTES LOS JUZGADOS DE MENORES DEL FUERO COMÚN (RÉGIMEN DE TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL). Tesis jurisprudencial 25/2008.

³¹ Artículo 57. El juicio se desahogará de manera escrita y formal, privilegiando en todo momento la inmediación, inmediatez y celeridad procesal del juzgador en las actuaciones, atendiendo a la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Penales.

73 que reconoce facultades al Congreso de la Unión para expedir una legislación única en materia de justicia penal para adolescentes.³²

La reforma de 2015 se aprobó prácticamente sin debate parlamentario, pues algunos representantes de los distintos partidos políticos se limitaron a expresar las bondades de la iniciativa. Se mencionó en diversas ocasiones que con esta nueva redacción constitucional se daba mayor garantía a los derechos de las personas adolescentes en conflicto con la ley penal.³³ Desde mi perspectiva estas afirmaciones resultan dudosas, pues si bien es cierto que se incorporó explícitamente el carácter oral y acusatorio de la justicia para adolescentes, esto era innecesario si se hubiesen interpretado correctamente los alcances del artículo 18 de 2005, de acuerdo con lo establecido por los tratados internacionales.

Lo que sí constituye una novedad respecto de la anterior redacción, es el carácter penal del sistema, que ahora queda establecido constitucionalmente. Sin embargo, éste no quedó plasmado en el artículo 18 constitucional como sería lo adecuado, sino que se incluyó en el artículo 73, al establecer las facultades del Congreso de la Unión. Como se mencionó, la reforma de 2005 excluyó deliberadamente el término “penal” con el argumento de que así se evitaban confusiones con el sistema de adultos. En 2015 se modificó la naturaleza misma del sistema sin debate y se hizo mediante un artículo adjetivo, no sustantivo, lo que constituye una técnica constitucional cuestionable, por decir lo menos.

V. CONCLUSIONES

El proceso para reconocer a las personas menores de edad como titulares de derechos implica una profunda transformación social y jurídica. Los modelos presentados —minorista privatista y convencional garantista— responden también a las percepciones sociales, a las cuales desde luego no son ajenos los legisladores. Es por ello que la evolución constitucional da cuenta de visiones y prejuicios no superados.

³² Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXI. Para expedir:

c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

³³ Cámara de Diputados, *Diario de los Debates*, LVII Legislatura, pp. 83-113, 21 de abril de 2015 <http://cronica.diputados.gob.mx/DDebate/62/3er/2P/Ord/abr/01L62A3P224.html>.

Una de las mayores dificultades radica precisamente en que niñas, niños y adolescentes están completamente excluidos de los debates y procesos de reforma constitucional, precisamente porque no les han sido reconocidos derechos políticos. Este grupo carece de representación política propia de la democracia representativa y no se ha encontrado aún la fórmula para darles intervención en los asuntos que les afectan. La resistencia a reconocerles derechos de participación se desprende de la formulación del artículo 4o. constitucional y se confirma con la última reforma que incorpora el principio del interés superior de la niñez, luego de que había sido modificado el artículo 1o. constitucional.

Afortunadamente el artículo 1o. constitucional obliga a la interpretación conforme y *pro persona*, dejando de lado la intención del legislador. Por ello, la lectura de los artículos constitucionales en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes debe obedecer a los más altos estándares en la materia y no a las intenciones y visiones estereotipadas del Constituyente permanente. Sin embargo, no hay que olvidar que los diputados y senadores reflejan en buena medida las percepciones sociales imperantes, que tienen importantes repercusiones en la aplicación de los derechos humanos. Es por ello interesante revisar los argumentos que se utilizan para sustentar las reformas constitucionales.

Es especialmente relevante comprender que el debate sobre la protección constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes está abierto e inconcluso. Si bien hay algunos avances, las asignaturas pendientes son aún numerosas; la Constitución hoy reconoce derechos, aun de forma limitada, lo que puede considerarse como un avance, pero nuestro sistema constitucional todavía carece de los mecanismos para hacerlos efectivos, sobre todo faltan medios accesibles a las propias niñas, niños y adolescentes. La institucionalidad está por construirse, aunque hoy contamos ya con una ley y un sistema de protección que empieza a operar.

Si bien podemos decir que la Constitución mexicana es añeja, en lo que se refiere a los derechos de las personas menores de edad nuestra carta magna se encuentra aún en la etapa de la infancia.