

NOTAS EMERGENTES EN TORNO A LOS PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE MENORES

Manuel VIDAURRI ARÉCHIGA

Nos resulta especialmente honroso poder expresarle, con este texto, nuestro aprecio respetuoso y gran reconocimiento a la distinguida profesora doctora Olga Islas de González Mariscal, destacadísima juspenalista mexicana, cuya extensa obra académica representa una de las más originales aportaciones al derecho penal iberoamericano

SUMARIO: I. *La reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* II. *Antecedentes jurídicos de la reforma.* III. *El momento de la reforma.* IV. *El sistema de justicia para adolescentes.* V. *Derecho penal y pedagogía.* VI. *Algo sobre los órganos del nuevo sistema.* VII. *Algunos principios orientadores.* VIII. *Palabras finales.*

I. LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El Decreto que reforma el párrafo cuarto y adiciona los párrafos quinto y sexto del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPM) se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* del pasado 12 de diciembre de 2005. Se trata, a no dudar, de una de las más trascendentes reformas que se han realizado a la norma fundamental nacional. De acuerdo con sus dos artículos transitorios, la entrada en vigor habría de darse en dos

* Profesor de la Facultad de Derecho y miembro de su Departamento de Investigaciones Jurídicas en la Universidad de Guanajuato. Procurador de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato.

momentos: uno, el primero, después de transcurridos tres meses de su publicación en el *DOF*, lo cual se verificó el pasado 12 de marzo del presente año 2006; a partir de entonces, esta disposición regirá plenamente, en mi opinión y en la de muchos y muchas especialistas, como una auténtica garantía de índole constitucional, ni más ni menos. El segundo momento alude a la entrada en vigor de la reforma, pero en este caso referida a los estados de la Federación y el Distrito Federal, los que “contarán con seis meses a partir de la entrada en vigor del Decreto, para crear leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del presente decreto”.¹

Considerando la diversidad legislativa de todas y cada una de las entidades federativas, el constituyente determinó abrir una *vactio legis* semestral luego de la cual habrán de entrar en vigencia y operación leyes, instituciones y órganos propios del nuevo sistema de justicia penal para personas jóvenes, de entre doce años y dieciocho años de edad. Sin dejar de reconocer que esta reforma constitucional nos parece francamente conveniente, no podemos menos que expresar nuestra preocupación por el momento en el que aquélla tiene verificativo, pues nos encontramos en el llamado “año electoral”, año de contienda política intensa poco propicio, según nos parece, para enfrentar con serenidad, sabiduría e inteligencia la labor legislativa creadora, ni más ni menos, que de un nuevo sistema de justicia para menores en conflicto con la ley penal. Bien y rápido, parece ser la indicación para unos y la esperanza de muchos otros. No parece fácil, y menos en el momento en el que se propone este viraje, que se antoja pertinente, conceptualmente hablando, pero radicalmente brusco al darse precisamente, valga la metáfora, en medio del mar embravecido de las campañas políticas. Corresponde ahora a las y los diputados de todas las entidades federativas hacer uso de sus atribuciones de cara a una ineludible responsabilidad creativa que habrá de entregarnos sus frutos legislativos a más tardar el 12 de septiembre próximo, en adelanto a las fiestas patrias.

II. ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LA REFORMA

No se pretende con estas páginas alimentar la polémica y el desconcierto, ni mucho menos la desconfianza en las instituciones.² El contenido y al-

¹ Artículo segundo transitorio del Decreto por el que se declara reformado el párrafo cuarto y adicionados los párrafos quinto y sexto, y se recorren en su orden los últimos dos párrafos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

² No son pocas las opiniones encontradas que esta reforma ha despertado entre la ciudadanía, medios de comunicación, clase política y el gremio de los operadores del dere-

cances de la reforma, en efecto, apertura un enorme espacio de oportunidad para el fortalecimiento y desarrollo de una cultura de legalidad y respeto por los derechos humanos, en este caso los de las y los jóvenes que han infringido la ley penal.

Uno de los antecedentes de la reforma, acaso el de mayor importancia, se desprende de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) de 1989, que fue ratificada por nuestro país el 10 de agosto de 1990;³ de entonces a la fecha, este instrumento internacional, del cual estamos seguros se hablará ampliamente en los próximos meses, posee obligatoriedad legal en nuestra nación al tenor de lo señalado en el artículo 133 de la CPM, ubicándose en el nivel de ley suprema de toda la Unión. Con la aprobación de la CDN, como nación México se comprometió a adoptar todas las medidas jurídicas, legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que fueran necesarias para materializar los derechos que en tal instrumento se reconocían y establecían. En este sentido, los artículos 37 y 40 de la CDN se constituyen en la piedra de toque sobre la cual habrá de erigirse el edificio del nuevo del sistema de justicia penal juvenil⁴ mexicano, tal y como ha sucedido con los sistemas creados en otros países.⁵ Aparte de lo anterior, digamos que el tema concerniente a la edad penal, verdadero galimatías nacional, la reforma aporta una ventaja inmediata: la homologación de dicha edad, poniendo remedio a tan compleja problemática,⁶ al menos en lo que

cho. Las interpretaciones sobre los alcances y efectos de la aplicación de los dos artículos transitorios, la sospecha de incurrir en indeseados actos de impunidad, la esperanza de abandonar la prisión, la ruta de la justicia federal y los amparos por aplicación retroactiva de la reforma, el debate doctrinal respecto de las ventajas o desventajas de los sistemas tutelar o garantista constituyen, entre otros puntos, materia de serias discusiones.

³ En el plano internacional esta Convención entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990.

⁴ Se aconseja a lectura de estos dos artículos de la CDN.

⁵ Al respecto, véase el artículo de Maxera, Rita, "Mecanismos restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles: Latinoamérica y España", presentado en el Eleventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, celebrado en Bangkok, Tailandia, 18-25 de abril del 2005, de donde nos informa de algunos países iberoamericanos en los que se encuentra vigente una legislación penal para adolescentes plenamente adecuada a los principios de la CDN, entre éstos Bolivia (2000), Brasil (1990), Costa Rica (1996), Ecuador (2003), El Salvador (1995), España (2000), Guatemala (2003), Honduras (1996), Nicaragua (1998), Panamá (1999), Paraguay (2001).

⁶ Como mero ejemplo, sabemos que en la legislación penal de los estados de Aguascalientes, Guanajuato, Michoacán, Nayarit la edad penal es de 16 años, y en los estados de Colima y Jalisco es de 18.

hace a establecer una edad penal mínima (12 años) y una máxima (18) para la intervención institucional, cumpliéndose, por fin, lo preceptuado en el artículo primero de la CDN, que a la letra dice: “Para los efectos de esta Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, la que de acuerdo con el artículo 34 de la CPM se obtiene, coincidentemente, también a los 18 años.

Otro antecedente de la reforma podemos encontrarlo en la Ley reglamentaria del artículo 4 de la CPM, esto es, la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (LPNNA), cuyo objetivo principal consiste en garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales que les reconoce el orden constitucional. Los propios legisladores federales reconocieron que “a pesar de lo prescrito por la Constitución y por el Título Cuarto de la Ley para la Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes, tanto la legislación federal como las legislaciones locales, han permanecido ajenas a los cambios y exigencias planteadas”, situación que condujo a la “urgente necesidad de replantear los sistemas de justicia para menores de edad en todo el país, empezando por los preceptos constitucionales que guardan relación con sobre los Derechos del Niño y por la Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, y así como con los compromisos que frente a la infancia tiene nuestro país”.⁷ Lo anterior, a dieciséis años de la ratificación mexicana de la CDN.

La propuesta legislativa presentada por el Ejecutivo federal en marzo del 2004, dirigida a incidir directa e intensamente, aunque no puede decirse que pacíficamente aceptada por todos,⁸ también incorpora en alguno de sus apartados lo concerniente a la justicia penal para personas adolescentes, razón por la que igualmente y con las matizaciones conducentes puede ser considerada como otro antecedente más de la reforma que ahora nos ocupa.

⁷ http://www.senado.gob.mx.php?lg=59&lk=19/6_iniciativas/justicia_penal_juvenil.htm. Documento de presentación de la reforma constitucional en relación con el sistema de justicia de menores infractores, del treinta de octubre del 2003.

⁸ Conviene la lectura del intenso artículo crítico del profesor Sergio García Ramírez “Comentario a la iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo del 2004”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, del 2004, especialmente el apartado 14, relativo a la justicia penal de adolescentes.

III. EL MOMENTO DE LA REFORMA

Durante el tiempo que falta por transcurrir de marzo a septiembre⁹ de este complejo año del 2006, los poderes ejecutivos y las legislaturas locales habrán de invertir tiempo, talento, visión e imaginación en la creación de leyes, instituciones y órganos que concreten ese que será el nuevo sistema de justicia penal de adolescentes.¹⁰ Seguramente, en todo caso es lo deseable, habrán de multiplicarse los foros, encuentros, seminarios y todo tipo de actividades pertinentes de cara a la configuración de este nuevo sistema. Los tiempos legislativos y los académicos rara vez suelen compaginarse, y esta no ha sido la excepción; en muchas ocasiones las aportaciones académicas no tienen el suficiente impacto en las decisiones político-legislativas, dando la impresión de que se trata de discursos paralelos, y no complementarios.

Conscientes de lo anterior, siendo como es una realidad que en poco o nada depende de los profesores universitarios, no hemos querido dejar la oportunidad de esbozar algunas ideas alrededor de la justicia penal de personas jóvenes y adolescentes. Nos interesa especialmente ofrecer nuestras notas sobre los principios que habrán de orientar a los creadores de las normas que le den marco a la reforma constitucional. Asumir nuestra responsabilidad académica implica en este caso exponer algunas ideas y reflexiones emergentes, deseando que las mismas sean útiles.¹¹

IV. EL SISTEMA DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES

El sistema de justicia para adolescentes (SJA) será, de principio a fin, totalmente renovado; es más: se establece que será integral. En el texto constitucional reformado y adicionado se contemplan los lineamientos y principios básicos de un sistema de justicia que se pretende sea especializado y acorde con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley para la Pro-

⁹ Plazo que se asume como el establecido por el legislador para originar el marco legal e institucional de aplicación de la norma constitucional reformada.

¹⁰ Según el artículo 2o. de la Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, se consideran niñas y niños a los que no han cumplido los doce años de edad, y adolescentes a quienes ya los cumplieron, pero no pasan de los dieciocho años.

¹¹ El artículo segundo transitorio de la reforma constitucional no sólo opera como marco temporal ineludible para los poderes públicos, especialmente el Legislativo, pues al mismo tiempo también impone a la academia una suerte de obligación “moral”, si se quiere ver así, para contribuir en alguna forma a la confección del nuevo sistema. Lo anterior justifica lo “emergente” de estas notas.

tección de Niñas, Niños y Adolescentes y otros instrumentos internacionales en la materia, entre estos las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores de 1985, conocidas también como Reglas de Beijing; las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil de 1991 (Directrices de RIAD) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad de 1990. Además de lo prescrito en estos instrumentos, es obvio que habrán de considerarse los ajustes a las legislaciones secundarias que tengan relación con la temática, desde las Constituciones locales hasta los códigos penales y de procedimientos penales, pasando por la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de Libertad y las específicas sobre Menores Infractores. Luego, a partir de la prescripción que apunta hacia la integralidad del sistema, se advierte la intervención de especialistas de diversas áreas, con lo cual también puede decirse que deberá reflejar una visión multidisciplinaria.¹²

Se destaca en la reforma el tránsito del modelo asistencial o proteccionista (tutelar)¹³ al modelo de responsabilidad; dicho con otras palabras: se dan las bases para pasar de la visión sustentada en la doctrina de la *situa-*

¹² Véase el documento de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia, y de Estudios Legislativos, Segunda, el que contiene el proyecto de decreto por el que se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto, sexto y séptimo, recorriéndose en su orden los restantes del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 23 de abril del 2004, visible en <http://www.senado.gob.mx/sbsp/gaceta/?sesión=2005/03/31/1&documento=25>, en donde se señala textualmente: “En cuanto al fin del sistema propuesto, es importante destacar que éste busca lograr la reintegración social y familiar del adolescente, mediante la aplicación de una determinada sanción que no tenga un carácter eminentemente represivo, sino que además pueda incidir en la persona del adolescente de forma que éste se aleje del delito. En este orden de ideas, la reforma constitucional prevé que el cumplimiento de la sanción debe tener la finalidad de fomentar en los adolescentes actitudes que les permitan alcanzar su desarrollo personal y su reinserción, tanto familiar como social, motivando sus capacidades e inculcando el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de los demás. Todo lo anterior, con el objeto de preparar al adolescente para asumir una vida libre y responsable”, propósito que no parece posible lograr con la pura intervención de jueces, fiscales y policías; en todo caso, a los anteriores funcionarios habrán de sumárseles para el cabal cumplimiento de la finalidad impuesta al sistema pedagógicas, trabajadores sociales, especialistas en mediación, etcétera.

¹³ Una completa descripción de los modelos tutelares puede conocerse en Brena Sesma, Ingrid, *Intervención del Estado en la tutela de menores*, México, UNAM, 1994, pp. 41 y ss.

ción irregular del menor a la doctrina de la protección integral¹⁴ de éste. A fin de poder captar a grandes rasgos las diferencias entre una y otra tendencia, valen las explicaciones de Emilio García Méndez, quien nos dice que esta doctrina de la *situación irregular* no significa otra cosa que

...legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. Definido un “menor” en situación irregular (recuérdese que al incluirse las categorías de material o moralmente abandonado, no existe nadie que potencialmente no pueda ser declarado irregular), se exorcisan las deficiencias de las políticas sociales, optándose por “soluciones” de naturaleza individual que privilegian la institucionalización o la adopción.¹⁵

De otro lado, el autor invocado nos explica que “con el término *doctrina de la protección integral* se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia”, todo lo cual se condensa en la existencia y contenidos de cuatro instrumentos básicos, mismos que ya hemos citado nosotros antes, a saber: la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de RIAD.

El nuevo modelo será de naturaleza penal, lo que reafirma contundentemente su separación del tradicional modelo protector; además, como se dice en el dictamen,¹⁶

¹⁴ Para una descripción de estas tendencias doctrinales véase el artículo de García Méndez, Emilio, “Legislaciones infanto-juveniles en América Latina”, en *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. El nuevo derecho penal juvenil. Un derecho para la libertad y la responsabilidad*, San Salvador, Centro América, Editorial Hombres de Maíz, 1995, pp. 25 y ss. Véase también Tiffer Sotomayor, Carlos, “De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/garantista: nueva ley de justicia penal juvenil”, en <http://www.cienciaspenales.org./REVISTA%2013/tiffer13.htm>.

¹⁵ García Méndez, Emilio, *op. cit.*, nota anterior, p. 31.

¹⁶ <http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/?sesión=2005/03/31/1&documento=25>.

De las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; y de Estudios Legislativos, Segunda, el que contiene el proyecto de decreto por el que se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto, sexto y séptimo, recorriéndose en su orden los restantes del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 23 de abril del 2004.

...al tratarse de un sistema penal, capaz de restringir coactivamente los derechos del adolescente que resulte responsable por la comisión de un delito, se introduce también la obligación estatal de respetar y garantizar a todo adolescente sujeto al sistema, los derechos fundamentales que reconoce la Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. La propuesta parte del reconocimiento del carácter de “persona” de todo niño, niña y adolescente, con todos los atributos inherentes al ser humano y, por tanto, titular de todos los derechos y garantías que les han sido reconocidas a las personas adultas por los tratados internacionales y las constituciones locales. Pero además, reconoce que existe en el ser humano una etapa de la vida en que, por razón de su naturaleza, es extraordinariamente vulnerable a las circunstancias externas, naturales y sociales, por lo que también requiere de reconocimiento de otros derechos que le garanticen una protección especial.

Es de esperarse, pues, que las leyes que se generen al efecto consignarán expresamente capítulos especiales en donde se enuncien los derechos tanto de jóvenes que hayan realizado una conducta tipificada penalmente como los derechos de las víctimas, tal y como sucede con los derechos que la carta constitucional consigna en su artículo 20 en relación con los adultos que delinquen y las víctimas del delito.

V. DERECHO PENAL Y PEDAGOGÍA

El hecho de que se introduzcan medidas de justicia alternativa (mediación, conciliación) no parece disminuir la orientación claramente penal de la reforma. Cabe suponer que, lamentablemente, en tan poco tiempo la selección, capacitación y formación del funcionariado responsable de la renovada y transformada encomienda no será tarea de fácil acometida; llevará su tiempo, el cual podrá prolongarse inconvenientemente. Es previsible que quienes de entrada se hagan cargo serán quienes lo han venido haciendo hasta ahora, hombres y mujeres que obedecen a criterios, prejuicios y legislaciones específicos, propios de modelos que ahora resultan obsoletos. Ésta, la de selección y capacitación de personal, habrá de ser una de las más comprometidas acciones gubernamentales. Ahora bien, la perspectiva punitiva no debe asumirse al margen de una sensibilidad orientada por la idea de dignidad de la persona, en este caso la de los niños, niñas y adolescentes. Con base en esto, la interpretación de la nueva legislación tendría

que hacerse necesariamente desde parámetros educativos, con lo que veremos decir que la finalidad de la consecuencia por la comisión de un hecho tipificado penalmente no sea la de reprimir por reprimir, sino la de construir de mejor forma —más democrática, más respetuosa, más integrada socialmente—, la actitud de la persona, considerando la circunstancias que, por desgracia, enmarcan las vidas cientos de miles de jóvenes de nuestro país: pobreza y falta de oportunidades, desintegración familiar, exclusión social y un largo y penoso etcétera¹⁷ que impide siquiera la estructuración de un proyecto de vida.

La relación derecho penal *vs.* pedagogía es compleja,¹⁸ pues el primero para lograr determinados objetivos se vale del castigo, mientras que la segunda procura educar; el hecho de que ambas disciplinas aludan a la noción de responsabilidad no quiere decir que la entiendan de la misma manera. El derecho penal responsabiliza mediante la aplicación de una sanción, de un castigo; la pedagogía responsabiliza desde la ética, buscando la asunción del sujeto de las consecuencias de sus propios actos. Las normas por venir habrán de evitar las buenas intenciones; por el contrario, será indispensable que el legislador busque la mejor manera de conciliar las finalidades de estas dos disciplinas evitando de esta suerte caer en los extremos.

VI. ALGO SOBRE LOS ÓRGANOS DEL NUEVO SISTEMA

El profesor doctor Sergio García Ramírez señaló hace algunos años,¹⁹ en ocasión de la entrada en vigor de la Ley Federal contra la Delincuencia

¹⁷ Al retomar la noción de proyecto de vida, la especialista Ruth Villanueva, en su ponencia “Menores infractores”, ofrecida en las Segundas Jornadas sobre Justicia Penal, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, sostiene: “Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana... Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor oportunidad siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano”.

¹⁸ Seguimos en este apartado las ideas expresadas por José Luis Segovia Bernabé, expuestas en su artículo “Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos”, en el libro colectivo que con el mismo título se publicó por la oficina del Ararteko (Defensor del Pueblo del país vasco) en la colección Jornadas sobre Derechos Humanos, número 5, 2001, pp. 77 y ss.

¹⁹ *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, México, Porrúa, 1997, p. 78.

Organizada, que ésta no constituía una ley penal especial más, sino que de las disposiciones contenidas en ella se desprendía todo un orden penal especial, paralelo al régimen penal ordinario. Las probabilidades de que en lo relativo al SJA suceda igual no son pocas. Por nuestra parte, pensamos que los órganos del SJA deberán configurarse bajo la lógica de la autonomía e independencia de poderes, pues resulta ajena al nuevo modelo aquella estructura que, incorrectamente, contiene en un mismo poder tanto al órgano persecutor como al sancionador, como sucede en las legislaciones de algunas entidades federativas.

En adelante, cabe esperar un diseño diferente, donde las tareas de persecución, administración y ejecución queden a cargo de poderes (órganos) distintos. Al menos ésa parece ser la intención de la reforma en este punto, pues se advierte el cambio de un sistema procesal inquisitorial al del tipo acusatorio, con lo que se quiere dejar claro la separación que debe existir entre las funciones y atribuciones propias de la autoridad que investiga —estrictamente administrativas—, y las que le pertenecen al órgano de decisión —propias de la autoridad judicial—. En cierta forma, tal mutación apunta al fortalecimiento de la imparcialidad e independencia con la que deberán realizar su trabajo las nuevas instituciones y órganos encargados de la aplicación de la justicia penal de adolescentes. Se vale pensar en un sistema configurado por un complejo conjunto de leyes (sustantivas, adjetivas y ejecutivas) e instituciones altamente especializadas, atendido por personas capacitadas al más alto nivel, cuyo horizonte de actuación sea regido al menos por tres principios rectores: el de supeditación de toda acción o medida al interés superior y protección integral del niño, la niña o el adolescente; segundo: de suficiente capacidad técnica en su especialidad, y tercero: erigido en el (re) conocimiento y aplicación de los derechos humanos de los sujetos involucrados en tanto destinatarios del sistema. Agentes del Ministerio Público, policías, jueces, defensores, magistrados —suponiendo que no sea modificada la denominación de las nuevas autoridades— y personal administrativo habrá de ser capacitado ampliamente, sobre todo tomando en cuenta las peculiaridades de esta expresión de la criminalidad, cada vez más compleja y diversificada.²⁰

²⁰ Véase Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminalidad de menores*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997, quien nos ofrece una completa revisión del fenómeno.

VII. ALGUNOS PRINCIPIOS ORIENTADORES

Con independencia de las modificaciones o ajustes que se hagan a las legislaciones de los estados de la República mexicana y del Distrito Federal, la reforma constitucional obliga a la formulación de una nueva ley secundaria que establezca el SJA. La oportunidad de crear una ley única de alcances nacionales fue, en nuestra opinión, desaprovechada. La uniformidad legislativa en el tema de niñas, niños y adolescentes habría dado sólidas bases para una atención efectivamente integral de este amplio sector de la población nacional. Sin embargo, por razones que ahora sólo es posible imaginar, el legislador decidió dejar que fueran las propias entidades federativas las que legislen al respecto.

En un mero ejercicio de imaginación, que dada la historia jurídica del país no es difícil realizar, aventuramos que una vez que surja alguna ley, en cascada habrán de darse las otras, en donde la originalidad brillará por su ausencia. Con más o menos retoques, parafraseos, y una que otra peculiaridad, la imitación será la constante. Con todo, es posible que lo que se imite sea algo bueno, lo que es francamente deseable. En todo caso, ante la inminencia de nuevas leyes, encontramos necesario aludir, aunque sea en un nivel meramente esquemático, a los principios estructurales, orientadores o informadores sobre los cuales habrá de descansar el nuevo SJA, de los que nos ocupamos a continuación.

1. Principio del interés superior del niño, niña y adolescente

Para nosotros, este principio constituye el fundamento y límite de la justicia de adolescentes. No se trata, evidentemente, de un principio de derecho penal, pues éste impera en el ámbito de los derechos humanos. Según Miguel Cillero, esta noción es una garantía de que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten mejor aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Bajo esta comprensión, el mismo autor citado, el concepto que se revisa tiene al menos estas funciones: i) ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; ii) obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez; iii) permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con

aquéllos; iv) orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto “la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo”. En pocas palabras, el interés superior del niño o niña indica que las sociedades y gobiernos deben realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que éstos puedan vivir y desplegar sus potencialidades. Esto lleva implícita la obligación de que, independientemente de las coyunturas políticas, sociales y económicas, deben asignarse todos los recursos disponibles, para garantizar su desarrollo.²¹

2. Principio de legalidad

Obvio, efectivamente, pues se trata de un principio estructural de todo orden jurídico propio de un Estado de derecho. El sistema penal para adolescentes será aplicable únicamente ante la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales. Afortunadamente, en el dictamen de la reforma²² se explica lo anterior con estas palabras: “esto implica la delimitación de una clara separación entre conductas delictivas y los comportamientos no punibles, o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales, como es el caso de las infracciones administrativas, que hoy día aún son objeto de las legislaciones de menores infractores en el país”.

Tradicionalmente, desde los tiempos de Feuerbach, la expresión *nullum crimen nulla poena sine lege*, recoge claramente el contenido material del principio de que hablamos. Según Moreno Hernández, este principio exige a los órganos del Estado un ejercicio de su poder apegado a lo establecido en la ley, pero también impone a los creadores de ésta la obligación de diseñarla con claridad y precisión, pues de tal proceder derivará la seguridad jurídica para los individuos.²³ Cuando el legislador penal se ocupe de crear las normas jurídicas del nuevo SJA habrá de tener presente que el principio de legalidad contiene, a su vez, una serie de garantías, entre las que están la de irretroactividad de la ley penal favorable, la de taxatividad, la de reserva de ley, el de *ne bis in idem*.

²¹ Sobre este punto, consultar: http://derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm

²² Citado en nota 11.

²³ Moreno Hernández, Moisés, *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*, México, Editorial Ius Poenale, 1999, p. 115.

En nuestro esquema legal este principio se localiza en el artículo 14 de la carta constitucional. Su acatamiento es amplio en la legislación secundaria federal y de cada una de las entidades federativas, en donde se fijan catálogos de delitos, penas y medidas de seguridad,²⁴ de acuerdo con lo cual no nos imaginamos un orden legal que no respete los contenidos de este principio. Al situarse dentro de los primeros 29 artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la legalidad penal alcanza el rango de garantía individual, lo que, dicho de otra forma, constituye el patrimonio garantista del que habrán de disfrutar próximamente niñas, niños y adolescentes que se encuentren en conflicto con la legislación penal, y, por consecuencia de ello, cualquier interpretación de su expresión normativa (artículo 14 constitucional) tendrá que realizarse bajo tal tenor.

En el contexto de la justicia penal de adultos, esta garantía jurídica se fragmenta en las siguientes: a) *garantía criminal*, de acuerdo con la cual sólo puede considerarse delito aquello que así haya sido definido por la ley; b) *garantía penal*, sólo es posible imponer aquella pena (o medida de seguridad) fijada en la ley; c) *garantía jurisdiccional*, que se deduce de la prohibición expresa dirigida a los jueces para imponer penas que no estén decretadas en una ley exactamente aplicable al delito, y menos que éstas se apliquen por simple analogía y aun por mayoría de razón, y, d) *garantía de ejecución*, que desautoriza la aplicación de sanciones penales en forma distinta a la establecida en la ley; lo normal es que, con las debidas adaptaciones, estas garantías imperen en el nuevo SJA.

3. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

No son pocos los que opinan que el derecho penal de un Estado social, democrático y de derecho no puede castigar cualquier conducta realizada por el individuo —entre éstos, los adolescentes—, sino aquellas que, efectivamente, lesionen o pongan en peligro un bien jurídico.²⁵

²⁴ Como consecuencia del principio de la doble vía se alude, casi en automático, a medidas de seguridad, pero resulta que nuestra Constitución no contiene una referencia específica a esta forma de reaccionar frente al delito; en el mismo sentido véase García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, México, McGraw-Hill-UNAM, 1998, p. 25.

²⁵ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, p. 75; García Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 365; Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, p.

El principio de *ofensividad* o *lesividad* (denominación que algunos autores dan al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos) hunde sus raíces en la doctrina del *contrato social*, de origen ilustrado y cuño liberal, que asumiría el movimiento político-constitucionalista después. De acuerdo con tales premisas, sólo se legitima una restricción severa de derechos del individuo (intervención penal) si esta es imprescindible para garantizar los derechos y libertades de la mayoría social.²⁶

Digamos, pues, que la intervención del Estado por conductas realizadas por adolescentes sólo tendrá lugar ante la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos concretos, no estando facultado el legislador para establecer sanciones por la realización de conductas que, aunque inmorales o meramente marginales, realmente no afecten bienes jurídicos. Por lo demás, un fundamento funcional de este principio se sustenta en el principio de necesidad de la pena para la protección de la sociedad, de lo que se sigue la comprobada ineficacia y desproporcionalidad de una respuesta tan grave como la que ésta representa ante conductas que no ataquen bienes jurídicos.

4. *Principio de intervención mínima*

Nos ubicamos en la misma línea de pensamiento de Muñoz Conde,²⁷ al sostener que el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de mínima intervención, lo que quiere decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes; las vulneraciones menos intensas o leves del orden jurídico pueden ser objeto de atención y protección de otras ramas del derecho (derecho civil o derecho público, por ejemplo). Incluso algunas infracciones podrían ser revisadas y sancionadas mediante recursos extrajurídicos, los que, en ocasiones, llegan a ser más eficaces que los propiamente legales (probablemente las propias de la llamada justicia alternativa).

82. Para una revisión más amplia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se recomienda la lectura del capítulo dedicado por Nicolás García Rivas en su libro *El poder punitivo en el Estado democrático*, pp. 46 y ss.

²⁶ Así, entre otros, García Pablos de Molina, Antonio, *op. cit.*, nota 25, p. 365. Cursivas en el original.

²⁷ El planteamiento de Muñoz Conde sobre este principio, originalmente se recogió en su libro *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 59 y ss. y se retoma en su libro, firmado conjuntamente con Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, p. 66.

Una primera consecuencia de este principio es la que asigna al derecho penal un carácter subsidiario respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico.

El Derecho penal, como todo ordenamiento jurídico —explica Muñoz Conde—, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos; pero en esta función de protección le corresponde tan sólo una parte, y ciertamente la última, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho. Ello ha llevado a un sector de la doctrina a decir que, frente a estas otras ramas jurídicas, el Derecho penal tiene un carácter subsidiario.²⁸

Otro aspecto fundamental de la reforma propuesta —se señala en el dictamen ya citado²⁹—, consiste en la previsión de formas alternativas al juzgamiento. Esta prescripción responde al principio conocido como de desjudicialización o mínima intervención, contenido en el artículo 40.3.b de la CDN de acuerdo con el cual se debe buscar resolver el menor número de conflictos a nivel judicial, por lo que las medidas que promueven formas alternativas al juzgamiento, deben ser parte fundamental en la aplicación de la justicia penal para adolescentes. Así, mediante el reconocimiento de estos mecanismos, la reforma busca que el control formal del Derecho penal, se ejerza únicamente frente a los casos y las conductas graves que así lo ameriten, en los que no haya sido posible recurrir a otra alternativa menos perjudicial.

5. Principio de efectividad, eficacia o idoneidad

Cuando en el dictamen de la reforma se señala que la aplicación del nuevo sistema deberá estar a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados, no sólo se busca cumplir con el principio de especialidad que se asienta en el artículo 40.3 de la CDN, sino que también es posible interpretar tal directriz en sentido similar al que se le da en el derecho penal al principio de efectividad, eficacia o idoneidad que se le adjudica. En términos generales, según este principio, el derecho penal —en este caso el que se aplique a los adolescentes— sólo podrá y deberá intervenir cuando sea mínimamente eficaz y adecuado para la prevención del delito, debiendo, por tanto, evitar su utilización cuando sea político-criminalmente inope-

²⁸ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, cit., nota anterior, p. 67.

²⁹ Véase nota 11.

rante, ineficaz, inadecuado o, incluso, hasta contraproducente.³⁰ El legislador penal, en este supuesto, tendrá a su disposición la utilización de otras medidas, jurídicas o no, que resulten más adecuadas para reaccionar con efectividad ante el delito o la conducta antisocial desplegada por el adolescente.

6. Principio de proporcionalidad

De acuerdo con la doctrina dominante, la gravedad de una sanción penal (pena o medida de seguridad) habrá de expresar indefectiblemente una relación de proporcionalidad con la gravedad del hecho antijurídico perpetrado. En otras palabras, si un hecho es poco grave, no se puede castigar igual que otro más grave, lo que determina que tanto el establecimiento de sanciones como su imposición requieren de la vinculación valorativa con el hecho cometido. Nótese entonces que el principio de proporcionalidad se expande en una doble dimensión: por un lado, hacia el legislador penal, que deberá establecer, en abstracto, sanciones cuya gravedad sea proporcional con la gravedad del hecho ilícito realizado; y, por otro lado, se alude a los jueces, quienes habrán de imponer la sanción correspondiente sin descuidar la concreta gravedad del delito cometido.

En el mundo punitivo de los adultos la determinación de la pena que ha de aplicarse al responsable de una infracción criminal, como acertadamente afirman Mapelli y Terradillos,³¹ requiere de un proceso de concreción que se inicia en la ley y concluye en el momento en que termina la ejecución de la pena; la importancia de este proceso es capital, puesto que la decisión final de la pena que realmente habrá de aplicarse al individuo autor del hecho antijurídico viene condicionada por los objetivos que con aquélla se persigue; ya se sabe, por lo demás, que los fines que la pena busca concretar son de retribución o de prevención. Ahora bien, por lo que hace al nuevo SJA, si bien es cierto que las ideas antes anotadas no pueden ignorarse, también es verdad que deben matizarse, sobre todo por la finalidad declarada que se quiere alcanzar con el nuevo sistema, pues éste busca lograr la reintegración social y familiar del adolescente, mediante la

³⁰ Luzón Peña, Diego Manuel, *op. cit.*, nota 25, I, p. 84.

³¹ Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 187.

aplicación de una determinada sanción que no tenga un carácter meramente represivo, sino que además pueda incidir en la persona del adolescente de forma que éste se aleje del delito,³² todo lo cual requerirá de elementos técnicos y objetivos que permitan al juzgador individualizar la sanción de manera razonable y proporcional al hecho cometido. ¿Acaso sea el grado de madurez del adolescente el elemento de que hablamos? Y si es así ¿cómo se analiza éste? En Alemania —nos informa Jiménez-Salinas i Colomer³³— los criterios y escalas para decidir el estadio de madurez, elaborado por la Escuela de Psiquiatría Juvenil de la Universidad de Marburg, son los diez siguientes:

1. Planificación realista de la vida.
2. Independencia en relación con los padres.
3. Independencia en relación con las personas de igual edad/compañeros.
4. Actitud seria hacia el trabajo.
5. Apariencia externa.
6. Superación realista de la vida cotidiana.
7. Edad de los amigos.
8. Capacidad vinculativa.
9. Integración de amor y sexo.
10. Situación de ánimo consistente predecible.

Queda pendiente una interpretación más informada de los contenidos precisos de cada uno de estos factores, aunque no escapa a nuestra comprensión que difícilmente podrán extrapolarse a la realidad nacional, en donde, por lo pronto, la independencia de la familia es tardía, la incorporación al trabajo compleja, la planificación realista de la vida (en algunos casos) generalmente pasa por migrar a los Estados Unidos, por ejemplo. De cualquier forma, alertémonos en el sentido de que estos parámetros no pueden surgir de valoraciones carentes de investigación empírica y mucho menos sustentados en decisiones o argumentos “mesiánicos”.

La proporcionalidad —precisa el autor citado—

³² Dictamen *cit.* nota 11.

³³ En su artículo “Principios orientadores de la responsabilidad penal del menor”, en el libro *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*, País Vasco, Ararteko, 2001.

...es una idea de justicia immanente a todo el derecho, porque éste trata de dar a cada uno lo que merece, retribuyéndolo con arreglo al valor de su conducta. En este sentido, la hipertrofia cualitativa del Derecho penal propia de un Estado totalitario representó una quiebra histórica a la exigencia de adecuación de la consecuencia jurídica a su presupuesto. Pero la idea de proporción, como límite de *ius puniendi* conviene también, a la prevención, por cuanto condiciona la propia eficacia de la pena. No hay pena más efectiva que la pena justa y proporcionada: la pena desorbitada puede llegar a ser criminógena.³⁴

7. Principio de humanidad de las sanciones y dignidad de la persona

Con base en estos principios, el poder penal del Estado ha ido reduciendo progresivamente la intensidad de sus intervenciones sancionadoras. De acuerdo con García Ramírez,³⁵

...la variación de las ideas penales, bajo el influjo del humanismo, transformó a fondo el régimen de penas. Se procuró que la de muerte quedase consumada en un solo acto, sin agregar tormentos (fue, v. gr. el caso de la guillotina, que sustituyó a la decapitación por hacha o espada). Desaparecieron de la ley otras penas corporales afflictivas. Como sanción principal quedó la privativa de la libertad, vigilada y criticada por el humanitarismo penitenciario. Paralelamente, fue proscrita la tortura, medio para obtener confesiones en el procedimiento inquisitivo. En cambio, se proclamó la regla de la confesión espontánea, y se relegó su valor para formar la convicción del juez: de *regina probatorum* a mero indicio.

Esta sintética revisión de la historia penal nos permite afianzar la idea de que los actuales Estados democráticos de derecho no sólo prohíben las penas crueles, inhumanas o degradantes³⁶ por su clarísima incompatibilidad

³⁴ García-Pablos de Molina, *op. cit.*, nota 25, p. 402.

³⁵ *Derecho penal, op. cit.*, nota 24, p. 35.

³⁶ De la que son claros ejemplos: la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra la Tortura y otros Tratos o penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 3452 (XXX), del 9 de diciembre de 1975; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1984, aprobada por el Senado el 9 de diciembre de 1985, ratificada por México el 23 de enero de 1986 y publicada en el *Diario Oficial* del 6 de marzo de 1986.

con la noción de dignidad de las personas,³⁷ sino que, además, buscan compatibilizar esta dignidad con una de las más destacadas finalidades perseguidas por la pena: la readaptación social.³⁸ Los principios de humanidad de las sanciones y dignidad de la persona no deben ser entendidos como una *concesión* magnánima del Estado, sino por el contrario, representa el profundo respeto que el Estado debe tener por la persona humana sin más, pero también asumiendo que el castigo penal es, en el mundo humano, que es el de la imperfección, una amarga necesidad.

Para el caso específico del SJA, de la reforma constitucional que hemos venido comentando, es notoria la limitación de la privación de la libertad, bien que ésta sea una sanción o una medida cautelar. Correctamente sostiene el legislador que los adolescentes son particularmente vulnerables a los efectos negativos de la privación de la libertad, motivo por el cual decidieron atinadamente limitar el uso de la privación de libertad —ya de por sí excesivo en la justicia penal de adultos—, abriendo con ello paso a medidas alternativas distintas; el mensaje nos parece claro: “superar la arraigada costumbre de considerar que la pena privativa de libertad es la única sanción penal existente”, puesto que se pretende que “las sanciones que no implican privación de la libertad para el adolescente sean consideradas de prioritaria aplicación, dejando a las privativas sólo para los casos que revistan cierta gravedad y por el menor tiempo posible, respondiendo mejor a los fines de reintegración social y familiar atribuidos a la sanción”.³⁹ La medida extrema prevista en el último párrafo del artículo 18 reformado de la CPM, es decir, el internamiento, “se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves”.

Desearíamos encontrar en los textos legales por venir la inclusión de un capítulo específico que contenga las reglas mínimas para la aplicación de las medidas contenidas en el reformado artículo 18 de la CPM, a saber: medidas de orientación, protección y tratamiento, así como la de internamen-

³⁷ Recordemos el primer párrafo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales”.

³⁸ Segundo párrafo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁹ Texto del dictamen, *cit.* nota 11.

to, definiéndolas puntualmente. De la misma manera, será útil la fijación de reglas respecto de casos de reincidencia y de registro de antecedentes (¿penales?) y su posterior anulación.

Bustos y Hormazábal sostienen, y nosotros coincidimos plenamente con ellos, que “el desarrollo del Estado de derecho, a la par de los derechos humanos, ha implicado el reconocimiento de la dignidad de la persona humana”, y agregan: “desde la perspectiva político-criminal han de destacarse dos aspectos de este principio: el de la autonomía ética de la persona y el de la indemnidad personal”.⁴⁰

Dejemos que sean los autores citados quienes nos expliquen lo anterior:

...la autonomía ética de la persona significa que la persona es el único ente autónomo y en este sentido que el Estado jamás puede convertirse en su tutor ni considerarlo como incapaz; por el contrario el Estado ha de estar al servicio de su desarrollo y de las condiciones para ello, y es por eso entonces por lo que la cuestión a resolver son los límites a las exigencias que el Estado puede plantear a la persona, esto es, su capacidad de exigir. Ahora bien, al mismo tiempo, y por esa condición, significa que como ente autónomo es responsable, tiene capacidad de responder. La autonomía ética, entonces, es el fundamento de la posibilidad de juzgar y condenar a una persona. Es por eso por lo que su capacidad para responder y la capacidad de exigir del estado será siempre el tema definitorio y definitivo del sistema penal.

Hasta aquí la cita de los profesores chilenos, de la que podemos valernos para referirnos al nuevo SJA, en donde tales afirmaciones teóricas tienen alto sentido, pues aniquilan la vieja e incorrecta consideración según la cual la inimputabilidad de los menores de edad deriva no de consideraciones político-criminales, sino de afirmaciones sustentadas en criterios biológicos y psiquiátricos denigrantes de acuerdo con las cuales presuntamente estas personas no poseen la capacidad de entender y querer.

Por otra parte, la noción indemnidad personal “implica que la persona y sus derechos son una sola entidad y es por eso, entonces, por lo que el afectar un derecho en su esencia o la anulación de su ejercicio, así como afecciones que signifiquen desmerecer intrínsecamente el carácter de persona, no pueden constituir el contenido de la pena u sanción. En otras palabras, tam-

⁴⁰ Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malaree, Hernán, *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 29, 30 y ss.

bién es establecer un límite al Estado: sus sanciones no pueden afectar a la persona en su esencia de tal, ella ha de permanecer indemne”. La proscripción de la tortura o de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, como es bien sabido, es resultado de la aplicación de este principio. Cabe esperar que la medida de internamiento no sea una encubierta pena privativa de libertad de larga duración.

8. *Principios del debido proceso*

Ni qué decir tiene el hecho de que bajo este nuevo modelo habrán de establecerse reglas procesales específicas, todas las cuales habrán de estar fuertemente comprometidas con los principios del debido proceso, los cuales implican básicamente que:⁴¹

- i) No hay culpa (responsabilidad) sin juicio. En el mundo penal adulto, este principio significa que el juicio ha de ser público, contradictorio y sin dilaciones indebidas. Y si bien es cierto que el principio de publicidad del proceso reviste una enorme importancia, en tanto cuanto reacciona al modelo inquisitorial tan celoso de la secrecía, ahora podemos preguntarnos qué tan adecuado puede ser, de cara a la eventual estigmatización del adolescente, someterlo al “juzgamiento” mediático.⁴² No obstante, el adolescente acusado o imputado tendrá garantizado el derecho a ser informado de todas las actuaciones a fin de que pueda ejercer sin limitaciones su derecho a la defensa y de este modo el juicio sea efectivamente contradictorio.
- ii) No hay juicio sin acusación. Sólo a partir de una acusación formal, que contenga una relación de hechos y su correspondiente calificación jurídica, es posible hablar de juicio. La reforma constitucional parte de la consideración de que quien juzgue sea distinto a quien acuse. Además, este principio establece que tanto la ley

⁴¹ Sobre este aspecto, véase por todos Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malaree, Hernán, *op. cit.*, nota anterior, pp. 29 y ss.

⁴² El papel de los medios de comunicación en la estigmatización social es indiscutible. Habrá de reflexionarse sobre la pertinencia de dejar abierta al conocimiento del público de las audiencias o, en todo caso, cuáles de estas diligencias o audiencias deben celebrarse de manera no pública.

como el juzgador deben estar previamente determinados y establecidos.

- iii) No hay acusación sin prueba. De donde es factible invocar el principio garantista de presunción de inocencia, mismo que obliga al que sostiene la acusación a acreditar los hechos. El órgano acusador deberá probar todas y cada una de las exigencias del tipo penal que ha sido consumado por el adolescente.
- iv) No hay prueba sin defensa. El derecho a la defensa en todos los momentos e instancias del juicio constituye una garantía que permite que tenga lugar la exigencia de contradicción. Por ningún motivo y en ningún momento el adolescente imputado o acusado estará sin protección y defensa oportuna y calificada.

9. Principio de responsabilidad o culpabilidad

Desde luego que un principio como el anunciado deberá hacerse presente en el nuevo SJA. El modelo de responsabilidad a que se refiere la reforma constitucional tantas veces mencionada en estas páginas entiende, o al menos eso pensamos nosotros, que en un sistema democrático la persona —en este caso el adolescente— es un ente autónomo respecto del Estado, que posee capacidades propias, y, por eso mismo, no debe estar sometido o tutelado por éste.⁴³

El principio de responsabilidad excluye la llamada responsabilidad objetiva, y obliga a la consideración de cuál era la respuesta exigible al autor del hecho por parte del sistema de justicia penal, de lo que es posible afirmar una suerte de corresponsabilidad entre Estado e individuo, pues para poder exigir es necesario antes haber propiciado las condiciones necesarias o indispensables para tal exigencia. Nos explica Muñoz Conde⁴⁴ que en derecho penal se le asigna al concepto culpabilidad una triple significación: a) La culpabilidad como fundamento de la pena. Aquí se tratan las cuestiones relativas a si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico, para lo cual se exige la presencia de una serie de elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, exigibilidad de la conducta) que constituyen los elementos positivos espe-

⁴³ En tal sentido, Oviedo F., Víctor Julio, “Derecho penal, garantista y democrático”, visible en http://www.uis.edu.co/portal/cátedra_libre/febrero2006/actualidad.html.

⁴⁴ *Op. cit.*, nota 27, pp. 87 y ss.

cíficos del concepto dogmático de culpabilidad; la falta de alguno de estos elementos bastaría para impedir la imposición de una pena; b) la culpabilidad como elemento en la determinación o medición de la penal. Aquí ya no se trata de fundamentar el sí, sino de determinar el cómo de la pena, su gravedad, su extensión o duración, una vez que ya fue fundamentada su aplicación. En este caso la función de la culpabilidad es básicamente limitadora, pues impide que la pena se imponga por debajo o por encima de ciertos límites, determinados por la importancia del bien jurídico lesionado, finalidades preventivas, entre otros criterios, y c) la culpabilidad como concepto contrario a la responsabilidad por el resultado. Así entendido, el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo, a la imprudencia o a la combinación de ambas. Nos informa Muñoz Conde que es este último sentido el que tiene pacífica aceptación en el mundo doctrinal, dado que los dos previos siguen siendo ampliamente debatidos.

Actualmente, sabemos que la pena en su fundamento y límites depende del grado de participación subjetiva del sujeto en la realización del delito. Si tal participación es nula, por falta de dolo o imprudencia, porque el sujeto carece del necesario grado de desarrollo mental o porque desconoce que el hecho realizado está prohibido, no parece tener sentido alguno la imposición de la pena o sanción.⁴⁵

Nos interesa dejar plasmada esta reflexión producto del pensamiento de Muñoz Conde, para quien realmente

...no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social. No es una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye para poder imputársele a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es, pues, la sociedad o mejor su Estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien define los límites de lo culpable y de los inculpable, de la libertad y de la no libertad. De ahí se deriva que el concepto de culpabilidad tiene un fundamento social, antes que psicológico y que no es una categoría abstracta o ahistórica al margen, o incluso, como algunos creen, contraria a las finalidades preventivas del Derecho penal, sino la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio

⁴⁵ *Ibidem*, p. 88.

defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de ese medio.⁴⁶

Con estas ideas en mente, el legislador habrá de delinear el esquema de responsabilidad exigible al adolescente que infrinja con su actuar la ley penal y que, por eso mismo, merezca una medida de internamiento.

VIII. PALABRAS FINALES

Nos hemos atrevido a escribir estas ideas con el propósito de alimentar la discusión que, deseablemente, habrá de abrirse en los próximos meses. Nos alienta el espíritu académico de no mantenerse al margen respecto de la evolución que las instituciones jurídicas experimentan en nuestro país. Esta reforma constitucional marcará, ¡qué duda cabe!, el futuro de muchas personas jóvenes que atraviesan ahora o eventualmente lo harán, las terribles tierras del sistema penal. Preocupa que algo tan relevante y significativo como es decidir qué hacer con la gente joven que delinque se haya propuesto en este momento, tan poco propicio para la discusión relajada, serena, y por eso mismo más cuidadosa. Creo que fue el profesor alemán H. H. Jeschek quien dijo, palabras más palabras menos, que un Estado democrático se caracteriza por lo que hace con aquellas personas que han delinquido. Esto mismo podemos preguntarnos ahora en relación con la forma en la que trataremos a los adolescentes que cometieron un delito. Celebramos que nuestro país, finalmente, haya cumplido con este compromiso internacional. Las voces que claman por la desaparición de una edad penal como criterio rector (de naturaleza político-criminal), legitimizadora de la intervención penal, tienden a incrementarse, quizá motivadas —enajenadas— por la negativa influencia de unos medios de comunicación desbordados, irresponsables e histéricos, acercándonos peligrosamente a lo que, sarcásticamente, por supuesto, he planteado en otras ocasiones: eliminada que fuera la edad penal, en vez de tramitar el CURP de los recién nacidos, habría que promover en su beneficio un amparo. El 12 de septiembre del 2006 vence el plazo legal para crear las leyes, instituciones y órganos que habrán de dar vida al nuevo sistema de justicia de adolescentes. La otra historia empezará a escribirse a partir del día siguiente, 13 de septiembre.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 320.