

## APÉNDICE

### I. VOTO EN LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/02 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En este apéndice se reproduce el *Voto concurrente razonado* del autor de esta obra, como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. La opinión fue solicitada por la Comisión Interamericana. En primer término se ofrece una síntesis sobre el propósito de la solicitud y en seguida se transcriben los principales planteamientos que a este respecto formuló la Comisión y las determinaciones que emitió la Corte.

En seguida figura el Voto del autor:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó a la Corte una solicitud de Opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 8o. (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados en relación con los niños. Asimismo, requirió la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

En su presentación, la Comisión Interamericana hizo ver que existen ciertas “premisas interpretativas” que algunos Estados aplican a la hora de dictar medidas en relación con menores de edad, y que debilitan las garantías judiciales de éstos. Al respecto, solicitó el pronunciamiento del tribunal sobre la compatibilidad de las siguientes medidas especiales con los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana:

“a) la separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decidor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento.

“b) la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad, causales que o configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor (:)

“c) la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;

“d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor; (y)

“e) (l)a determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación”.

En su Opinión, adoptada por seis votos contra uno, la Corte aceptó su competencia y la admisibilidad de la solicitud planteada, declaró que la expresión “niño” o “menor de edad”, para los efectos de la propia Opinión, abarca a toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, y sostuvo:

“1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del derecho internacional de los derechos humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.

“2. Que la expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

“3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los

niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.

“4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.

“5. Que debe preservarse y favorecerse la presencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

“6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.

“7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de privación arbitraria, establecidas en el artículo 4o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.

“8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

“9. Que los Estados partes en la Convención Americana tienen la obligación, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.

“10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los

principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural —competente, independiente e imparcial—, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal (en) dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.

“11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.

“12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.

“13. Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos”.

### *Voto*

1. En la solicitud de opinión consultiva recibida y atendida por la Corte —OC-17/2002, sobre “Condición jurídica y derechos humanos del niño”—, a la que se agrega este *Voto concurren-*

*te razonado*, se refleja, entre otras cuestiones, la preocupación por identificar y limitar adecuadamente el poder del Estado para actuar en relación con los niños en ciertos supuestos de suma importancia. Éstos deben ser cuidadosamente deslindados: a) la realización de una conducta, activa u omisiva, que se halle legalmente prevista como delictuosa, es decir, que sea penalmente típica, y b) una situación que no implique conducta típica alguna y que sugiera la necesidad de esa actuación en beneficio —real o supuesto— del menor de edad. Bajo cierta concepción, que no necesariamente comparto, pero que resulta expresiva para acotar estos supuestos, se hablaría de “menor delincuente” o de “delincuencia infantil o juvenil”, en el primer caso, y de “menor en situación irregular” o en “estado de peligro”, en el segundo. Sobra decir que estas denominaciones tienen, hoy día, una elevada “carga desfavorable”, o por lo menos controvertible. El gran debate comienza —o termina— en el empleo mismo de dichas expresiones.

2. No es ocioso señalar que la frontera entre esos supuestos debe subordinarse a la naturaleza de los hechos o las situaciones correspondientes a cada uno, desde la perspectiva de los bienes reconocidos y tutelados por el orden jurídico —en mi concepto, desde el plano mismo de la Constitución nacional— y de la gravedad de la lesión que se cause a éstos o del peligro en que se les coloque. En una sociedad democrática, la autoridad legislativa debe observar cuidadosamente los límites de cada hipótesis, conforme a su naturaleza, y establecer en consecuencia la regulación que corresponda. No es aceptable que la ubicación de una conducta dentro de alguna de las categorías mencionadas dependa sólo del libre arbitrio del órgano Legislativo, sin tomar en cuenta los principios y las decisiones constitucionales, que gobiernan la tarea del legislador a la hora de “seleccionar” las conductas que deben ser consideradas delictuosas, así como las consecuencias jurídicas correspondientes.

3. En este *Voto*, como en la misma opinión consultiva OC-17, se utilizan indistintamente las voces “niño” y “menor” en su

sentido más estricto (párr. 39), y al mismo tiempo más distante de cualquier intención descalificadora, prejuiciosa o peyorativa. El idioma es un sistema de claves. Debo establecer el alcance de las que ahora empleo, adhiriéndome al uso que de ellas ha hecho la Corte en esta opinión consultiva, para colocarlas por encima o fuera —como se prefiera— de un debate que a veces aporta más sombras que luces. La palabra “menor”, ampliamente utilizada en el orden nacional, alude a la persona que aún no ha alcanzado la edad que aquél establece para el pleno —o amplio— ejercicio de sus derechos y la correspondiente asunción de sus deberes y responsabilidades; regularmente, en esa frontera coinciden la capacidad de goce de los derechos civiles, o de muchos de ellos (una posibilidad que surge en el pasado: desde el nacimiento, o antes inclusive), y la capacidad de ejercicio de ellos (una posibilidad que se despliega hacia el futuro, donde se traspone la frontera hacia el despliegue autónomo de los derechos por el titular de éstos). Por su parte, la palabra “niño” ha poseído, en principio, un sentido más biológico o biopsíquico que jurídico, y en este sentido, que corresponde al uso popular del término, contrasta con adolescente, joven, adulto o anciano.

4. El concepto “niño” coincide con el de “menor de edad” cuando uno y otro se juridizan, valga la expresión, y concurren bajo unas mismas consecuencias de derecho. La Convención sobre Derechos del Niño, de Naciones Unidas, abundantemente invocada en la presente opinión consultiva, considera que es niño la persona menor de 18 años, “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (artículo 1o.) (párr. 42). Esto confiere un sentido jurídico preciso a la palabra niño, y en tal virtud coloca a este concepto —y a este sujeto— como punto de referencia para la asignación de múltiples consecuencias jurídicas. Huelga decir que la palabra “niño” abarca aquí al adolescente, porque así resulta de esa Convención tan ampliamente ratificada, y también comprende a la niña, por aplicación de las reglas de nuestro idioma. La propia Corte Interamericana declara el alcance que tienen las voces “niño” y

“menor de edad” para los efectos de la opinión consultiva. Se me excusará, en consecuencia, por no utilizar a cada paso la relación exuberante: niño, niña y adolescente (que pudiera ampliarse si también se distingue “el” adolescente de “la” adolescente).

5. Ni en la declaración de la Corte ni en los párrafos considerativos o en las opiniones específicas que figuran al final de la OC-17 aparece deslinde alguno que conduzca a establecer distinciones a partir o en relación con el discernimiento o la llamada presunción sobre la capacidad (o incapacidad) de dolo; distinciones que crearían, a su turno, nuevos subconjuntos dentro del gran conjunto de los niños. Se entiende, pues, que dieciocho años son una frontera precisa entre dos edades que traen consigo dos estatutos característicos en el ámbito que aborda este *Voto*: una, la correspondiente a quienes se hallan fuera del ámbito de validez subjetiva de las normas penales ordinarias, y otra, la de quienes se encuentran sujetos a éstas.

6. Cuando la opinión consultiva se refiere a determinado trato para los niños o menores de edad, y lo distingue de otro relativo a los adultos o mayores de edad, supone —en mi concepto— que el régimen de adultos no es trasladable o aplicable a los menores (párr. 109). Esto no obsta, desde luego, para que: a) existan principios y reglas aplicables, por su propia naturaleza, a ambos conjuntos (derechos humanos, garantías), sin perjuicio de las modalidades que en cada caso resulten razonables o, incluso, necesarias, y b) existan, en el ámbito de los menores, diferencias derivadas del distinto desarrollo que existe entre los individuos menores de dieciocho años: media una gran diferencia, en efecto, entre quien cuenta con ocho o diez años de edad y quien ha alcanzado dieciséis o diecisiete. Por cierto, también existen diferencias —que no pretendo examinar ahora— en el otro conjunto, el de los adultos, por motivos diversos; el ejemplo más evidente es el de quienes se hallan privados de la razón.

7. Evidentemente, las cuestiones que mencioné en el párrafo 1o., *supra*, interesarían también si se tratara de un adulto o “mayor de edad”, y de hecho han determinado algunos de los más

prolongados, intensos e importantes desarrollos vinculados con la democracia, el Estado de derecho, las libertades, los derechos humanos y las garantías. Estos temas —con sus correspondientes valores— entran en la escena cuando se enfrenta el poder público con el individuo “delincuente”, por una parte, o “marginal o desvalido”, por la otra. En este enfrentamiento, tan antiguo como dramático, quedan en peligro los derechos individuales más relevantes —vida, libertad, integridad, patrimonio— y se elevan los más impresionantes argumentos, no necesariamente justificados o persuasivos, para legitimar la actuación del Estado, así como las características y objetivos (confesados o inconfesables) de aquélla.

8. Ahora bien, el punto se complica cuando además de la delicadeza que éste reviste según la materia —irregularidad, extravagancia, marginalidad, peligrosidad, delito—, vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos (párr. 10). Tal es la situación en la que se hallan los niños o menores de edad, que por una parte carecen —en general y de manera relativa: diversos factores generan distintas situaciones— de aquellas condiciones personales, y por la otra tienen restringido o detenido, *ope legis*, el ejercicio de sus derechos. Es natural que en este “terreno minado” aparezcan y prosperen los mayores abusos, a menudo cubiertos por un discurso paternal o redentor que puede ocultar el más severo autoritarismo.

9. En el sistema penal del pasado distante, los mayores y los menores estuvieron sometidos a reglas semejantes, cuando no idénticas, aliviadas en el caso de los segundos por una benevolencia dictada por el sentimiento de humanidad o sustentada en la falta o disminución del discernimiento (sujeta a prueba, por-que *malitia supplet aetatem*). Las diferentes edades del sujeto pu-



dieron establecer también distintos grados de vinculación con la justicia penal y sus consecuencias características. La minoridad extrema —hasta siete o nueve años, por ejemplo— pudo excluir de plano el acceso a la justicia penal, aunque no a toda justicia del Estado. Una edad más avanzada, pero todavía no juvenil, moderó las consecuencias de la conducta delictuosa o relativizó la intervención de la justicia penal de acuerdo con el discernimiento que podía tener el sujeto para apreciar y gobernar su conducta. Finalmente, el cumplimiento de otra edad —la juvenil: entre dieciséis y veintiún años— hizo al sujeto plenamente responsable de su conducta, y por lo tanto susceptible de enjuiciamiento y condena penales. En la realidad de la “vida penal”, las cosas no siempre ocurrieron como lo querían la ley o la cordura: sobran relatos —desde forenses y criminológicos hasta literarios— sobre la confusa reclusión de niños, adolescentes, jóvenes y adultos en los mismos depósitos de personas.

10. En algo más que el último siglo se abrió paso la idea de trazar un deslinde terminante entre quienes serían menores y quedarían sujetos a una jurisdicción o a una acción semipaterna por parte del Estado, y quienes serían mayores —capaces de derecho penal— y quedarían sujetos a la justicia penal ordinaria. Se dijo entonces que la imputabilidad penal comenzaría en la edad límite, y que por debajo de ella existiría una inimputabilidad absoluta, por determinación de la ley. Esta certeza se resumió en una expresión centenaria: “L’enfant est sorti du Droit pénal”.<sup>219</sup>

11. No me extendiendo en este momento sobre la pertinencia o no de hablar a este respecto, como es frecuente hacerlo, de “inimputabilidad”, o utilizar otros conceptos que expliquen mejor la distinción entre mayores y menores para efectos de derecho penal. Si se considera, como lo hacen una acreditada doctrina y muchas leyes penales, que la imputabilidad es la capacidad de entender

<sup>219</sup> Garçon, en el Primer Congreso Nacional de Derecho Penal (*Rev. Pénitentiaire*, 1905), cit. Nillus, René, “La minorité pénale dans la législation et la doctrine du XIX siècle”, *Le problème de l’enfance délinquante*, Paris, Institut de Droit Comparé de l’Université de Paris, Lib. du Recueil Sirey, 1947, p. 104.

la licitud de la propia conducta y de conducirse conforme a ese entendimiento, se convendrá en que aquella no es un tema de grupo, sino de persona; efectivamente, se es o no imputable según la capacidad aludida, que se tiene o no se tiene personalmente. La atribución de imputabilidad o inimputabilidad *ope legis* a un amplio grupo humano, en virtud de la edad que todos tienen, y no de la capacidad que cada uno posee, es una ficción útil que responde a las necesidades y expectativas de cierta política a propósito de la protección y el desarrollo de los jóvenes, pero no a la realidad específica —la única que existe— en el caso de cada uno de ellos.

12. En todo caso, el deslinde, que debió ser uniforme, no lo ha sido nunca: en diversos países prevalecieron distintas fronteras, que también hubo o hay en el interior de un mismo país con régimen federativo. La situación es particularmente diversa incluso entre países que poseen comunidad de valores jurídicos, como es el caso en Europa: la edad de responsabilidad penal es de siete años en Chipre, Irlanda, Suiza y Liechtenstein; ocho en Escocia; trece en Francia; catorce en Alemania, Austria, Italia y varios Estados de Europa del Este; quince en los países escandinavos; dieciséis en Portugal, Polonia y Andorra, y dieciocho en España, Bélgica y Luxemburgo.<sup>220</sup>

13. La distribución de la población en esos dos grandes sectores, para fines de responsabilidad por conducta ilícita, implicó la creación o el desenvolvimiento de jurisdicciones —*lato sensu*— diferentes, órdenes jurídicos propios y procedimientos e instituciones diversos para cada uno. En el caso de los adultos, ese desarrollo coincidió con el auge del principio de legalidad penal y procesal, que dio origen a un régimen de garantías más o menos exigente. En el de los menores, en cambio, la extracción de la justicia penal tuvo como efecto el establecimiento de jurisdicciones “paternales o tutelares” fundadas en la idea de que el Estado releva a los padres o tutores en el desempeño de la patria potestad

<sup>220</sup> Eur. Court of H. R., *Case of T. v. The United Kingdom, Judgement of 16 December 1999*, p. 48.

o la tutela, y asume las funciones de éstos con el alcance y las características que regularmente poseen. En la tradición anglosajona, la raíz de esta idea se halla en el régimen de *parens patriae*,<sup>221</sup> que entronca con el principio *the king as father of the realm*.

14. La evolución y adaptación de esta forma de enfrentar el tema de los jóvenes infractores guarda relación con la idea del “Estado social”, dotado de amplias atribuciones para asumir tareas económicas, sociales, educativas o culturales. El mismo impulso de intervención y asunción de funciones, que antes correspondieron solamente a otras instancias —aduciendo para ello razones atendibles y correspondiendo a realidades apremiantes—, anima en cierta medida el avance del Estado sobre los espacios de la paternidad y la tutela. Si los padres o tutores pueden resolver con gran libertad sobre el desarrollo sus hijos, adoptando inclusive medidas de autoridad que no serían aplicables a un adulto fuera de procedimiento judicial, el “Estado padre o tutor” podría hacer otro tanto, poniendo de lado, por ello, las formalidades y garantías del derecho ordinario: desde la legalidad en la definición de las conductas que motivan la intervención y la naturaleza y duración de las medidas correspondientes, hasta el procedimiento para adoptar decisiones y ejecutarlas.

15. La legislación y la jurisprudencia nacionales, apoyadas por una doctrina que en su tiempo pareció innovadora, afirmaron en diversos países la posición paternalista del poder público. En Estados Unidos, estas ideas se instalaron a partir de una resolución de la Corte Suprema de Pennsylvania, de 1838: *Ex parte Crouse*. En México, casi cien años después, una conocida sentencia de la Corte Suprema de Justicia, dictada en el juicio de amparo de Ezequiel Castañeda en contra de actos del Tribunal de Menores y de la ley correspondiente, expuso el criterio tradicional: en la especie, el Estado no actúa “como autoridad, sino en el desempeño de una misión social y substituyéndose a los particulares encargados por la ley y por la tradición jurídica de la civilización

<sup>221</sup> Senna, Joseph J. y Siegel, Larry J., *Introduction to Criminal Justice*, 4<sup>th</sup> ed., St. Paul, West Publishing Company, 1987, p. 535.

occidental de desarrollar la acción educativa y correccional de los menores”.<sup>222</sup> Así se definió el rumbo que seguiría esta materia, de manera más o menos pacífica, en muchos años por venir. Tomando en cuenta el relevo paterno y tutelar que explicó y justificó, desde el plano jurídico, la actuación del Estado, así como el propósito asignado a la intervención de aquél en estos asuntos, que coincidía aproximadamente con el designio correccional o recuperador que campeaba en el caso de los adultos, esta forma de actuar y la corriente que la sustenta recibieron una denominación que ha llegado hasta nuestro tiempo: “tutelar”.

16. La idea tutelar, entendida como se indica en los párrafos precedentes, representó en su momento un interesante progreso con respecto al régimen que anteriormente prevalecía. En efecto, quiso retirar a los menores de edad, y efectivamente lo hizo, del espacio en el que se desenvuelve la justicia para adultos delincuentes. Al entender que el niño no delinque y que no debe ser denominado y tratado, por ende, como delincuente, sino como infractor “sui géneris”, pretendió excluirlo del mundo de los delincuentes ordinarios. También advirtió el enorme peso que el aparato de la justicia puede ejercer sobre el menor de edad, y supuso preferible instituir unos procedimientos y organizar unos organismos carentes de la “figura y el estrépito” de la justicia ordinaria, cuyos resultados no habían sido precisamente satisfactorios en el caso de los menores.

17. La entrega de los niños a este método para resolver sus “problemas de conducta”, entendidos como “problemas con la justicia”, trajo consigo diversas cuestiones difíciles que acarrearón el creciente cuestionamiento y la propuesta de sustituirlo por un régimen diferente. En primer término, la extraordinaria flexibilidad del concepto tutelar en cuanto a la conducta que podía determinar la injerencia del Estado llevó a reunir dentro del mismo

<sup>222</sup> “Ejecutoria dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo del amparo promovido a favor del menor Castañeda por su detención en el Tribunal de Menores”, en Ceniceros, José Ángel y Garrido, Luis, *La ley penal mexicana*, México, Botas, 1934, p. 323.

marco de atención, acción y decisión los hechos penalmente típicos y aquellos que no lo eran, incluyendo ciertos conflictos domésticos cuya solución correspondía a los padres y se transfería, por incompetencia o comodidad de éstos, a los órganos correccionales del Estado. Esta confusión reunió en los mismos tribunales e instituciones a quienes habían cometido delitos calificados como graves y a quienes habían incurrido en “errores de conducta” más o menos leves, que debieron ser abordados bajo otra perspectiva. Por ello surgió la impugnación de la idea tutelar:

el pretexto tutelar puede esconder gravísimas lesiones de todo género (a las garantías de defensa, a la libertad ambulatoria, a la patria potestad, a la familia). El derecho del menor, entendido como “derecho tutelar”, ha sido puesto en duda con sobrados motivos hace algunos años, y nadie puede olvidar que, históricamente, las más graves aberraciones se han cometido con pretexto tutelar: a los herejes, a los infieles, etcétera.<sup>223</sup>

18. Igualmente, la asunción estatal de las facultades de padres y tutores, no sólo captó y capturó a los menores, sino también privó a los mayores, de manera fulminante, de algunos derechos del estatuto familiar. Además, la pretensión de excluir la figura y la forma del juicio ordinario, sumada a la noción de que el Estado no se halla en conflicto con el niño, sino constituye el mayor garante del bienestar de éste —procedimientos sin litigio y, por ende, sin partes procesales—, condujo a minimizar la intervención del menor y de sus responsables legales en los actos del procedimiento, prescindir de algunos actos que en el derecho común integran el “debido proceso legal”, y suprimir el sistema de garantías, que son otros tantos controles del quehacer del Estado para moderar su fuerza y dominar su arbitrio en bien de la legalidad, que debe traducirse, en definitiva, como bien de la justicia.

<sup>223</sup> “Documento de discusión para el Seminario de San José (11 al 15 de julio de 1983), redactado por el coordinador, profesor Eugenio R. Zaffaroni”, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer Informe)*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 94.

19. Estos y otros problemas acarrearón, como señalé, una fuerte reacción que reclamó el retorno —o la evolución, si se prefiere decirlo de esta manera— a los métodos legales diferentes, que entrañan una suma relevante de garantías: ante todo, legalidad sustantiva y procesal, verificable y controlable. La erosión del antiguo sistema comenzó desde diversas trincheras. Una, muy relevante, fue la jurisprudencia: del mismo modo que ésta entronizó con fuerza la doctrina de *parens patria*, acudiría a demoler las soluciones entroncadas con ésta y a instituir un régimen nuevo y garantista. En los Estados Unidos, una famosa resolución de la Corte Suprema, del 15 de mayo de 1967, *In re Gault*,<sup>224</sup> imprimió un viraje en el sentido que luego predominaría, restituyendo a los menores ciertos derechos esenciales: conocimiento de los cargos, asistencia jurídica, interrogatorio a testigos, no autoincriminación, acceso al expediente e impugnación.<sup>225</sup> La reacción dio origen a un sistema distinto, que se suele conocer con el expresivo nombre de “garantista”. Esta calificación denota el retorno de las garantías —esencialmente, derechos del menor, así como de sus padres— al régimen de los niños infractores.

20. En la realidad, ha ocurrido que las crecientes oleadas de delincuencia —y dentro de éstas la delincuencia infantil o juvenil en “sociedades juveniles”, como son las de Latinoamérica—, que provocan reclamaciones también crecientes y explicables de la opinión pública, han desencadenado cambios legales e institucionales que parecen caracterizar una de las posiciones más importantes y significativas de la sociedad y del Estado en la hora actual. Entre esos cambios inquietantes figura la reducción de la edad de acceso a la justicia penal, con el consecuente crecimiento del universo de justiciables potenciales: a él ingresan, con cada cambio reducción de la edad, millones de personas, que eran ni-

<sup>224</sup> *In re Gault*, 387 U.S. 9, 1967, dictada en el caso del adolescente —quince años de edad— Gerald Gault, a quien se inculcó —en unión de otro joven: Ronald Lewis— de llamadas telefónicas obscenas.

<sup>225</sup> Cole, George F., *The American System of Criminal Justice*, 3a. ed., Monterey, California, Brooks-Cole Publishing Company, 1983, p. 474.

ños o menores en la víspera y devienen adultos por acuerdo del legislador. La transformación de los procedimientos en el ámbito de los menores ha traído consigo, evidentemente, la adopción de figuras características del proceso penal, conjuntamente con la cultura o la costumbre penales inherentes a ellas.

21. En la actualidad existe en muchos países, como se percibió claramente en el curso de los trabajos (escritos y exposiciones en la audiencia pública del 21 de junio de 2002) (párr. 15) conducentes a la Opinión consultiva a la que corresponde este *Voto*, un fuerte debate de escuelas, corrientes o conceptos: por una parte, el régimen tutelar, que se asocia con la llamada doctrina de la “situación irregular” —que “no significa otra cosa, se ha escrito, que legitimar una acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad”—<sup>226</sup> y por la otra, el régimen garantista, que se vincula con la denominada doctrina de la “protección integral” —con la que “se hace referencia a una serie de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia”; se transita, así, del “menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos”.<sup>227</sup> Ha surgido una gran polarización entre estas dos corrientes, cuyo encuentro —o desencuentro— apareja una suerte de dilema fundamental, que puede generar, en ocasiones, ciertos “fundamentalismos” con sus estilos peculiares. Ese dilema se plantea en términos muy sencillos: o sistema tutelar o sistema garantista.

22. Si se toma en cuenta que la orientación tutelar tiene como divisa brindar al menor de edad un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la protección que requiere (de ahí la expresión “tutela”), y que la orientación garantista tiene como sustancial preocupación el reconocimiento de los derechos del

<sup>226</sup> García Méndez, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1994, p. 22.

<sup>227</sup> *Ibidem*, pp. 82 y 83.

menor y de sus responsables legales, la identificación de aquél como sujeto, no como objeto del proceso, y el control de los actos de autoridad mediante el pertinente aparato de garantías, sería posible advertir que no existe verdadera contraposición, de esencia o de raíz, entre unos y otros designios. Ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen las del proyecto garantista ni tampoco éstas las de aquél, si unas y otras se consideran en sus aspectos esenciales, como lo hago en este *Voto* y lo ha hecho, a mi juicio, la Opinión consultiva, que no se afilia a doctrina alguna.

23. ¿Cómo negar, en efecto, que el niño se encuentra en condiciones diferentes a las del adulto, y que la diversidad de condiciones puede exigir, con toda racionalidad, diversidad de aproximaciones? ¿Y que el niño requiere, por esas condiciones que le son propias, una protección especial, distinta y más intensa y esmerada que la dirigida al adulto, si la hay? ¿Y cómo negar, por otra parte, que el niño —ante todo, un ser humano— es titular de derechos irreductibles, genéricos unos, específicos otros? ¿Y que no es ni puede ser visto como objeto del proceso, a merced del arbitrio o del capricho de la autoridad, sino como sujeto de aquél, puesto que posee verdaderos y respetables derechos, materiales y procesales? ¿Y que en su caso, como en cualquier otro, es preciso que el procedimiento obedezca a reglas claras y legítimas y se halle sujeto a control a través del sistema de garantías?

24. Si eso es cierto, probablemente sería llegado el momento de abandonar el falso dilema y reconocer los dilemas verdaderos que pueblan este campo. Quienes nos hemos ocupado alguna vez de estos temas —acertando y errando, y queriendo ahora superar los desaciertos o, mejor dicho, ir adelante en la revisión de conceptos que ya no tienen sustento— hemos debido rectificar nuestros primeros planteamientos y arribar a nuevas conclusiones. Las contradicciones reales —y por ello los dilemas, las antinomias, los auténticos conflictos— se deben expresar en otros términos. Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideracio-



nes, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro.<sup>228</sup> En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso. Ésta adoptaría lo sustantivo de cada doctrina; su íntima razón de ser, y devolvería a la palabra “tutela” su sentido genuino —como se habla de tutela del derecho o de tutela de los derechos humanos—, que ha llevado a algunos tratadistas a identificarla con el derecho de los menores infractores,<sup>229</sup> que constituiría bajo el signo de la tutela, en su acepción original y pura, un derecho protector, no un derecho desposeedor de los derechos fundamentales.

25. Por una parte, la síntesis retendría el designio tutelar del niño, a título de persona con específicas necesidades de protección, al que debe atenderse con medidas de este carácter, mejor que con remedios propios del sistema penal de los adultos. Esta primera vertebración de la síntesis se recoge, extensamente, en la propia Convención Americana, en el Protocolo de San Salvador y en la Convención sobre los Derechos del Niño, que insiste en las condiciones específicas del menor y en las correspondientes medidas de protección, así como en otros instrumentos convocados por la Opinión consultiva: Reglas de Beijing, Directrices de Riad y Reglas de Tokio (párrs. 106-111). Y por otra parte, la síntesis adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor. Esta segunda vertebración se aloja, no menos ampliamente, en aquellos mismos instrumentos internacionales, que expresan el estado actual de la materia. En suma, el niño será tratado en forma específica, según sus propias condiciones, y no carecerá —puesto que es sujeto de derecho, no apenas objeto de protección— de los derechos y las garantías inherentes al ser humano y a su condición

<sup>228</sup> Cfr: el desarrollo de esta opinión en mi trabajo “Algunas cuestiones a propósito de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”, *Memoria* (del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores. Diagnóstico y propuestas), *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, 1996, pp. 205 y 206.

<sup>229</sup> Así, Jescheck, cuando afirma que el derecho penal de jóvenes es una parte del derecho tutelar de menores. Cfr. *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, vol. I, pp. 15 y 16.

específica. Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus garantías, se afianzan la especificidad, por un lado, y la juridicidad, por otro.

26. Por eso, en mi concepto, la Opinión consultiva de la Corte Interamericana evita “suscribir” alguna de las corrientes en juego, y opta por analizar las cuestiones sometidas a su consideración—convenientemente agrupadas, como lo señala la propia resolución, bajo conceptos amplios que se pueden proyectar sobre las hipótesis específicas— y exponer las opiniones correspondientes. De esta manera, el tribunal contribuye a alentar, atendiendo a los objetivos inherentes a una opinión de estas características, el desenvolvimiento del derecho nacional conforme a los principios que recoge y proyecta el derecho de gentes.

27. En el régimen procesal de los menores, lo mismo cuando se trata del procedimiento para infractores de la ley penal que cuando viene al caso el procedimiento desencadenado por situaciones de otro carácter, hay que observar los principios del enjuiciamiento en una sociedad democrática, gobernada por la legalidad y la legitimidad de los actos de autoridad. Esto apareja igualdad de armas, garantía de audiencia y defensa, posibilidad de probar y alegar, contradicción, control de legalidad, régimen de impugnaciones, etcétera. Ahora bien, no es posible desconocer que el menor de edad guarda una situación especial en el proceso, como la guarda en la vida y en todas las relaciones sociales. Ni inferior ni superior: diferente, que amerita atenciones asimismo diferentes. Hay que subrayar, como lo hice *supra*—y en ello es enfática la Opinión consultiva— que todos los instrumentos internacionales relativos a derechos del niño o menor de edad reconocen sin lugar a dudas la “diferencia” entre éstos y los adultos y la pertinencia, por ese motivo, de adoptar medidas “especiales” con respecto a los niños. La idea misma de “especialidad” constituye un reconocimiento y una reafirmación de la diferencia que existe—una desigualdad de hecho, a la que no cierra los ojos el derecho— y de la diversidad de soluciones jurídicas que procede aportar en ese panorama de diversidad.

28. Es sobradamente sabido que en el proceso social —no público, no privado— se procura la igualdad de las partes por medios distintos de la simple, solemne e ineficaz proclamación de que todos los hombres son iguales ante los ojos de la ley. Es preciso introducir factores de compensación para conseguir, en la mejor medida posible, esa igualación. Lo ha sostenido expresamente la propia Corte Interamericana en su jurisprudencia, citada en esta Opinión consultiva<sup>230</sup> (párrs. 47 y 97). Los procesos en que intervienen menores en forma principal, no accesoria, para la solución de sus litigios y la definición de sus obligaciones y derechos, coinciden en buena medida con los procesos de carácter, origen u orientación social, y se distinguen de los característicamente públicos, privados o penales. En aquéllos se requiere la defensa “material” que proveen la ley y la diligencia judicial: asistencia especializada, correctivos de la desigualdad material y procesal, suplencia de la queja, auxilio oficial para la reunión de pruebas ofrecidas por las partes, búsqueda de la verdad histórica, etcétera.

29. Una forma extremosa del procedimiento sobre menores infractores excluyó de éste a los padres y tutores. Dicha exclusión en este ámbito —donde campeaba lo que algún ilustre procesalista denominó un procedimiento de “naturaleza tutelar-inquisitiva”—<sup>231</sup> obedeció a la idea de que en el enjuiciamiento de menores no existía auténtico litigio, porque coincidían los intereses del menor y de la sociedad. La pretensión de ambos era idéntica: el bienestar del niño. En términos actuales se diría: el interés superior del menor. Si ésta era la teoría, en la regulación

<sup>230</sup> *Cfr.* El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva OC-16/99, del 1o. de octubre de 1999, serie A, núm. 16, párr. 119. En sentido similar, asimismo, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, párr. 57.

<sup>231</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Panorama del derecho mexicano. Síntesis del derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1966, p. 245.

concreta y en la práctica las cosas no funcionaban en esa dirección, y en todo caso se hallaban en predicamento tanto el derecho de los padres en relación con sus hijos como los derechos de estos mismos, de carácter familiar y de otra naturaleza. Es indispensable, en consecuencia, aceptar que el menor no puede ser un extraño en su propio juicio, testigo y no protagonista de su causa, y que los padres —o tutores— también tienen derechos propios que hacer valer y por ello deben comparecer en el juicio, todos asistidos por un asesor, promotor o defensor que asuma la defensa con eficacia y plenitud.

30. Esta reivindicación procesal debe tomar nota, por otra parte, de ciertos hechos. En un caso, el niño no se encuentra calificado —piénsese, sobre todo, en los de edades más tempranas— para desenvolver una actuación personal como la que puede asumir un adulto, avezado o por lo menos maduro (párr. 101). Este rasgo del niño justiciable debe proyectarse sobre su actuación en el juicio y sobre la trascendencia de los actos que realiza —las declaraciones, entre ellos, cuyos requisitos de admisibilidad y eficacia suele contemplar la propia ley procesal—; no puede ser ignorado ni por la ley ni por el tribunal, so pretexto de igualdad de cuantos participan en el proceso, que al cabo ocasionaría los más grandes daños al interés jurídico del niño. Y en otro caso, es posible —habida cuenta, sobre todo, de las características de los conflictos que aquí se dirimen— que exista una contradicción de intereses y hasta de posiciones entre los padres y el menor. No siempre es este el terreno propicio para que se ejerza, en toda su natural amplitud, la representación legal que corresponde, en principio, a quienes ejercen patria potestad o tutela.

31. Las consideraciones que se hacen en estas hipótesis y en otras semejantes no debieran ser interpretadas como impedimentos para que el Estado actúe con eficacia y diligencia —e invariablemente con respeto a la legalidad— en aquellas situaciones de urgencia que demanden una atención inmediata. El grave peligro en el que se encuentra una persona —y no solamente, como es obvio, un menor de edad— exige salir al paso del riesgo en forma

expedita. Sería absurdo pretender que se apague un incendio sólo cuando exista orden judicial que autorice a intervenir en la propiedad privada sobre la que aquél ocurre, o que se proteja a un niño abandonado, en peligro de lesión o de muerte, sólo previo procedimiento judicial que culmine en mandamiento escrito de la autoridad competente.

32. El Estado tiene deberes de protección inmediata —previstos por la ley, además de estarlo por la razón y la justicia— de los que no puede eximirse. En estos supuestos surgen con toda su fuerza el carácter y la función que corresponden al Estado como “garante natural y necesario” de los bienes de sus ciudadanos, cuando las otras instancias llamadas a garantizar la incolumidad de éstos —la familia, por ejemplo— no se hallen en condiciones de asegurarla o constituyan, inclusive, un evidente factor de peligro. Esta acción emergente, que no admite dilación, se sustenta en las mismas consideraciones que autorizan la adopción de medidas cautelares o precautorias animadas por la razonable apariencia de necesidad imperiosa, que sugiere la existencia de derechos y deberes, y por el *periculum in mora*. Desde luego, la medida precautoria no prejuzga sobre el fondo ni difiere o suprime el juicio —o el procedimiento— correspondiente.

33. Considero indispensable subrayar —y celebro que lo haya hecho la OC-17/2002— una cuestión mayor para la reflexión sobre esta materia, que integra el telón de fondo para entender dónde se hallan las soluciones a muchos de los problemas —no todos, obviamente— que en este orden nos aquejan. Si se mira la realidad de los menores llevados ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales y luego sujetos a medidas de protección en virtud de infracciones penales o de situaciones de otra naturaleza, se observará, en la inmensa mayoría de los casos, que carecen de hogar integrado, de medios de subsistencia, de acceso verdadero a la educación y al cuidado de la salud, de recreación adecuada; en suma, no cuentan ni han contado nunca con condiciones y expectativas razonables de vida digna (párr. 86). Generalmente son éstos —y no los mejor provistos— quienes llegan a las barandillas

de la policía, por diversos cargos, o sufren la violación de algunos de sus derechos más esenciales: la vida misma, como se ha visto en la experiencia judicial de la Corte Interamericana.

34. En estos casos, que corresponden a un enorme número de niños, no sólo se vulneran los derechos civiles, entre los que figuran los relacionados con infracciones o conductas que acarrearán la intervención de las autoridades mencionadas, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, cuya “progresividad” no ha permitido abarcar, hasta hoy, a millones y millones de seres humanos que, en plena infancia, distan mucho de contar con los satisfactores que esas declaraciones y esas normas —pendientes de cumplimiento— prometen formalmente. A esto se ha referido la Corte en el caso Villagrán Morales, que se cita en la presente Opinión consultiva (párr. 80), cuando avanza en la formulación de conceptos que proveerán nuevos rumbos para la jurisprudencia y establece que el derecho de los niños a la vida no sólo implica el respeto a las prohibiciones sobre la privación de aquélla, contenidas en el artículo 4o. de la Convención Americana, sino también la dotación de condiciones de vida idóneas para alentar el desarrollo de los menores.<sup>232</sup>

35. En este extremo cobra presencia la idea unitaria de los derechos humanos: todos relevantes, exigibles, mutuamente complementarios y condicionados. Bien que se organicen los procedimientos en forma tal que los niños cuenten con todos los medios de asistencia y defensa que integran el debido proceso legal, y bien, asimismo, que no se les extraiga injustificadamente del medio familiar —si cuentan con él—, pero nada de esto absuelve de construir las circunstancias que permitan a los menores el buen curso de su existencia, en todo el horizonte que corresponde a cada vida humana, y no solamente en las situaciones —que debieran ser excepcionales— en que algunos menores afrontan “problemas con la justicia”. Todos son, de una sola vez, el escudo protector del ser humano: se reclaman, condicionan y

<sup>232</sup> Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros), sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, párr. 144.

perfeccionan mutuamente, y por ende es preciso brindar a todos la misma atención.<sup>233</sup> No podríamos decir que la dignidad humana se halla a salvo donde existe, quizá, esmero sobre los derechos civiles y políticos —o sólo algunos de ellos, entre los más visibles— y desatención acerca de los otros.

36. La OC-17 acierta, a mi juicio, cuando alude a esta materia desde una doble perspectiva. En un punto subraya la obligación de los Estados, que se plantea —por lo que toca al plano americano— desde la Carta de Bogotá conforme al Protocolo de Buenos Aires, de adoptar medidas que permitan proveer a las personas, de satisfactores en múltiples vertientes; y en otro reconoce que vienen al caso verdaderos derechos, cuya exigibilidad, a título de tales, comienza a ganar terreno. En efecto, no bastaría con atribuir deberes a los Estados si no se reconocen, en contrapartida, los derechos que asisten a los individuos: de esta suerte se integra la bilateralidad característica del orden jurídico. En este ámbito ha ocurrido una evolución de conceptos semejante a la que campea en el sistema interno: si las Constituciones tienen, como ahora se proclama, carácter normativo —son, en este sentido, genuina “ley suprema”, “ley de leyes”—, también los tratados poseen ese carácter, y en tal virtud atribuyen verdaderas obligaciones y auténticos derechos. Entre estos últimos se localizan, por lo que hace al tema que aquí me ocupa, los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.

## II. LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL (2005)

En esta segunda parte del apéndice incluyo mi punto de vista en torno a la reforma de 2005 al artículo 18 constitucional, que

<sup>233</sup> En los términos de los Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (junio de 1986), “en vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación y promoción de ambos: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales” (principio 3).

incorporó en la ley fundamental una nueva versión sobre el tratamiento de los individuos menores de 18 años de edad que incurrían en conductas típicas conforme a la ley penal. Esta breve apreciación acerca de la reforma fue tomada de un artículo más amplio,<sup>234</sup> que en su hora incorporó el examen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y que ha sido el producto de diversas presentaciones del autor ante foros especializados.<sup>235</sup>

El impulso para realizar una importante reforma al artículo 18 en materia de menores infractores —tema que apareció en 1964-1965—<sup>236</sup> provino de las propuestas presentadas en el Senado de la República el 4 de noviembre de 2003, suscritas por senadores pertenecientes a los diversos partidos políticos con presencia en esa Cámara.<sup>237</sup> En 2004 hubo una iniciativa presidencial de reforma al conjunto del sistema penal —inclusive el enjuicia-

<sup>234</sup> “Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional”, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006, pp. 51 y ss., y figura también en mi libro *Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna*, México, Seminario de Cultura Mexicana-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009, pp. 153 y ss.

<sup>235</sup> Así, “Derechos humanos de los menores de edad y justicia penal”, en el Seminario Internacional “Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes”, organizado por Secretaría de Relaciones Exteriores, UNICEF, DIF del estado de Nuevo León y Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del ITESM, Monterrey, Nuevo León, 20 de octubre de 2005; y “Justicia para adolescentes”, en la Conferencia Nacional “El nuevo modelo de justicia para adolescentes en México”, organizado por Cámaras de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, Secretaría de Relaciones Exteriores, Secretaría de Seguridad Pública y UNICEF, México, D. F., 11 de noviembre de 2005. Sobre la reforma de 2005 al artículo 18 constitucional, *cfr.* Carbonell, “Constitución y menores...”, en *Constitución y justicia...*, *cit.*, nota 92, pp. 31 y ss., e Islas de González Mariscal, “La reforma al artículo 18 constitucional”, *ibidem*, esp. pp. 54 y ss.

<sup>236</sup> *Cfr.* mi estudio de esta primera reforma en García Ramírez, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967, esp. pp. 95-98.

<sup>237</sup> A saber, los suscriptores de la iniciativa del 4 de noviembre del 2003, senadores Jorge Zermeño Infante, del Partido Acción Nacional; Rutilo Escandón Cadenas, del Partido de la Revolución Democrática; Orlando Paredes Lara,



miento de menores infractores— que no prosperó o que fue absorbida, en lo que respecta a este tema específico, por el trabajo y las propuestas de los legisladores. La deficiente negociación del proyecto, el escaso conocimiento que hubo sobre sus características y fundamentos, la errónea explicación de algunos de sus datos principales —así, se confundió con una ley “antisequestros” y se simplificó bajo el rubro casi exclusivo de “proceso oral”— y otros defectos de fondo y forma que no procede examinar ahora, determinaron su suerte en el Congreso. En diversas oportunidades he analizado la propuesta de reforma constitucional presentada por el Ejecutivo, que al lado de manifiestos errores contenía sugerencias plausibles.

El 22 de abril de 2004 se presentó el dictamen de las comisiones senatoriales<sup>238</sup> al que me he referido *supra*. Son diversos los precedentes normativos en esta materia, de fuente internacional y nacional, varios de los cuales fueron mencionados en los trabajos preparatorios de la reforma. Destaca, por lo que hace a los nacionales, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, del 29 de mayo del 2000, publicada el mismo día, que ciertamente no es un modelo de técnica legislativa. Como precedentes internacionales cuentan la Declaración de Ginebra, de 1924, acerca de los derechos del niño, y la Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959. Descuella el moderno marco de los derechos internacionalmente reconocidos: la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, que ha sido suscrita por la mayoría absoluta de los Estados, con dos excepciones, que no es fácil entender.

La relación incluye, asimismo, Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), un relevante conjunto de principios y disposiciones en esta materia; Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad

del Partido Revolucionario Institucional, y Emilia Patricia Gómez Bravo, del Partido Verde Ecologista.

<sup>238</sup> Se trató de las comisiones de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda.

(Reglas de Tokio), y Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad). Puede agregarse, porque ya existía entonces y fue suficientemente conocida por quienes intervinieron en la elaboración de las propuestas y el dictamen, la Opinión consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana.

La iniciativa senatorial inicial postuló, como dije, “un sistema integral de justicia penal para adolescentes” —individuos mayores de doce y menores de dieciocho años— a quienes se acusara “por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales”. Las personas menores de doce años quedarían “exentas de responsabilidad penal”. La aplicación del sistema se encomendaría a instituciones, tribunales y autoridades “específicamente previstas para la procuración e impartición de la justicia penal para adolescentes”. También se preveía que “las formas alternativas al juzgamiento deberán observarse en la aplicación de la justicia penal para adolescentes” y que en el procedimiento se atendería al “sistema procesal acusatorio”. La privación de libertad se emplearía “como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda”.

En la iniciativa de reforma se propuso que ésta abarcara tanto el artículo 18, sede final de los cambios, como el artículo 73 constitucional; esto último con el propósito de dar atribuciones al Congreso de la Unión para establecer las bases uniformes de la legislación nacional de la materia. Esta posibilidad se desechó. Además, hubo modificaciones importantes y acertadas en un segundo documento suscrito por senadores de la República —el 31 de marzo de 2005—, que aportaría el texto de la reforma. El cambio principal introducido por éste con respecto al primer proyecto senatorial consistió en la eliminación de referencias “penales”. Este giro mejoró considerablemente la iniciativa y fijó el buen rumbo de la reforma constitucional y de sus expresiones normativas y prácticas.

En el dictamen modificado del 31 de marzo se consideró que la intención de establecer el nuevo sistema “se encuentra colmada con las reformas y adiciones propuestas al artículo 18 cons-

titucional, por lo que el hecho de facultar al Congreso para expedir una ley que establezca las bases normativas a que deberán sujetarse los estados y el Distrito Federal, resulta innecesario”. Consecuentemente —se añade—, la Federación, los estados y el Distrito Federal actuarán concurrentemente conforme a sus “respectivas competencias, sin perjuicio de los mecanismos de coordinación y concurrencia que prevén las leyes”. Esas instancias están “facultadas para legislar en materia de justicia para adolescentes, sin mayor limitación que la observancia y el apego a las bases, principios y lineamientos esenciales introducidos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mediante la presente reforma”. En consecuencia, la propuesta final que se convertiría en reforma constitucional determinó la concurrencia de facultades entre la Federación, los estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, para ocuparse de esta cuestión. El nuevo párrafo del artículo 18 constituye la base para el ejercicio de las atribuciones federales y locales.

Queda pendiente para el futuro, tal vez distante, la posibilidad de unificar en mayor medida la legislación de la materia —como también, y acaso sobre todo, la regulación penal y procesal penal— en bien de una verdadera política nacional de prevención y persecución del delito. Comprendo y respeto las consideraciones políticas que han mantenido la copiosa diversidad legislativa en este terreno, pero tampoco puedo ignorar las buenas razones que han militado desde hace tiempo —sin éxito— en favor de la unificación. Habrá que desplegar un intenso esfuerzo político-legislativo para la “armonización”, por lo menos, de las soluciones en este campo, antes de que surjan particularidades —algunas admisibles, desde luego— que priven al conjunto de congruencia y eficiencia.

La reforma —al igual que el dictamen inicial— se refiere a un “sistema integral” de justicia. No se desea, pues, resumir la acción del Estado sólo en una porción de las atenciones que requiere esta materia: la noción de un “sistema integral” apunta a la más amplia cobertura de necesidades y a la adopción completa y adecuada de soluciones pertinentes, con todos los recursos y

en todas las direcciones. Ojalá que hubiera una declaración igual —y, obviamente, acciones del mismo signo— en lo que corresponde a la política criminal, tan invocada como desatendida.

He mencionado *supra* que la revisión del dictamen y la correspondiente reelaboración del proyecto, para abrir la puerta al texto final, se caracterizaron por el abandono de la idea de justicia “penal” a cambio del concepto de “justicia” —sin aquel calificativo— para adolescentes que infringen la ley penal. A veces ocurre que un cambio de redacción no queda amparado por suficientes explicaciones o precisiones en la exposición de motivos o en el debate, o bien, se observa una manifiesta contradicción entre lo que dice la norma y lo que sugiere la reflexión de sus autores, como ocurrió cuando fueron reformados los artículos 16 y 19 constitucionales, en 1999, para reparar el desacierto de la reforma de 1993 que sustituyó “cuerpo del delito” por “elementos del tipo penal”. Empero, en algún punto específico el dictamen de los senadores marchó por un rumbo diferente al que sustentó la reforma y quedó expresado en los correspondientes preceptos. Afortunadamente, este no ha sido el caso en la reforma del 2005 al artículo 18. Por la importancia que tuvo el cambio incorporado en el curso de los trabajos legislativos —como dato relevante para su orientación y culminación— y por la trascendencia que debe tener en la reglamentación y aplicación del nuevo sistema integral, me permitiré transcribir *in extenso* los razonamientos expresados en la revisión del dictamen.

Los integrantes de las comisiones expresaron su convencimiento de que el “espíritu” de las iniciativas sujetas a dictamen “no es el de reducir la edad penal o el crear una estructura gubernamental que juzgue como inimputables a los menores de 18 años. Por ello consideramos que es necesario suprimir el calificativo ‘penal’, a fin de evitar cualquier confusión con las instituciones y procedimientos relativos a la justicia para adultos”. Igualmente, señalaron: “en el ámbito jurídico la idea de lo ‘penal’ implica la imposición de penas como principal consecuencia del delito, mismas que constituyen la privación o restricción de

bienes jurídicos, impuestas conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una conducta antijurídica tipificada previamente como delito”.

Habida cuenta de que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad —señaló el nuevo documento— “no es dable que se haga referencia a un sistema ‘penal’ para menores adolescentes, a quienes no es posible aplicarles una pena en estricto sentido, puesto que no tienen la posibilidad de determinar la comisión de un ilícito penal”. Dado que no hay “pena sin culpabilidad”, los autores del giro consideraron “pertinente que el sistema a que se refieren las iniciativas se identifique como ‘Sistema Integral de Justicia para Adolescentes’”. Otras modificaciones atendieron a la misma línea de pensamiento: “eliminar toda noción relacionada con la imputabilidad, culpabilidad o responsabilidad penal, que no pertenecen al ámbito de la justicia para menores”. Finalmente, “el concepto de sanciones se sustituye por el de medidas, con el mismo criterio de evitar la confusión con el régimen punitivo aplicado a los imputables, es decir a los mayores de edad”.

Son relevantes las referencias a la edad de los individuos sujetos a la justicia para adolescentes. Hacía falta una definición en este punto, que debió presentarse desde hace tiempo, merced a un juicioso consenso —y en todo caso a partir de la vigencia en México de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño—, sin necesidad de que la Constitución resolviera lo que puede decidir, sin orden normativa, el acuerdo promovido por la razón. Pero no fue así: las características de nuestro federalismo penal o parapenal permitieron que varias entidades carecieran de referencia sobre la edad mínima de acceso a la justicia especial para menores —antes de la cual sólo se plantea la atención asistencial— y que se mantuvieran una gran variedad de soluciones acerca del ingreso al ámbito de la justicia penal —no diré a la imputabilidad penal, que es un problema diferente—, fijado en dieciséis años por varias legislaciones, en diecisiete por alguna y en dieciocho por la mayoría. La reforma ha puesto orden en esta materia, aun cuando existen opiniones respetables

que prefieren fijar en catorce años y no en doce, como finalmente se dispuso, la edad de acceso a la justicia especial. En este orden, sólo se consignó una precisión, que adelante mencionaré, sobre la adopción de medidas privativas de libertad.

Sin perjuicio del debate que puede existir acerca de la edad —examen que no está cerrado— se ha ganado mucho terreno gracias a las nuevas definiciones constitucionales. Éstas toman en cuenta un generalizado criterio sobre lo que es “adolescencia”, etapa posterior a la “niñez” y anterior a la “juventud adulta”: entre doce y dieciocho años. Los menores de aquella edad quedan sustraídos a la persecución. Para ellos prevalecen otros conceptos, cuando incurren en conductas infractoras de la ley penal: rehabilitación y asistencia social

También hacía falta establecer, más allá de dudas e interpretaciones, que sólo quedarán comprendidos en este sector de la función estatal quienes realicen conductas penalmente típicas, como lo ha reclamado la tendencia dominante desde hace varias décadas y lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Interamericana, basada en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. Finalmente, quedan fuera, pues, los estados de peligro y riesgo, que en otra época determinaron la actuación de los tribunales y consejos para menores.

También se hallan excluidas las conductas constitutivas de infracción administrativa, cuyas sanciones constituyen igualmente —también lo ha precisado la jurisprudencia interamericana— una expresión del poder punitivo del Estado, potencialmente severa y siempre inquietante desde la perspectiva de los derechos individuales y la vigencia del orden democrático. Habrá que reflexionar cuidadosamente en torno a las consecuencias de la infracción administrativa (faltas de policía, principalmente) cometidas por sujetos de entre doce y dieciocho años: ¿el mismo régimen de los adultos, que no parece acertado? ¿Un sistema especial, sin contravenir la norma constitucional?

La subordinación del sistema integral de justicia al concepto de tipicidad, que constituye garantía de legalidad, no implica,

sin embargo, que esa legalidad sea la misma para todos. Puesto que subsiste la desconcentración de las atribuciones legislativas en materia penal, es decir, de las facultades tipificadoras, habrá que atender aquí —como en el supuesto de los adultos— a las decisiones particulares de los legisladores federal y locales: los problemas que surgen en el campo del derecho penal ordinario aparecerán en el nuevo derecho especial para menores infractores a propósito de la caracterización de las conductas ilícitas y sus consecuencias jurisdiccionales.

La reforma constitucional acoge el sano criterio de comprender tanto garantías generales aplicables a todas las personas como garantías especiales dirigidas a los adolescentes. Así se atiende a la legalidad y a la especificidad de los sujetos en su condición de personas en desarrollo. Esto último demanda medidas de corrección de las desigualdades que provienen de las diferencias materiales, punto al que me he referido ampliamente y sobre el que no insistiré. Evidentemente, la recepción de ambas garantías debe trasladarse a la legislación secundaria y a la organización real de la justicia para adolescentes.

En el texto constitucional se alojan algunas garantías procesales específicas. Aquí se recibe la noción de debido proceso legal, que no figuraba en la Constitución. Tenemos, pues, dos versiones para resolver una misma preocupación garantizadora, como *supra* mencioné: garantías esenciales del procedimiento, que señala el artículo 14, y debido proceso, que indica el nuevo párrafo del artículo 18. Se podrá entender que son conceptos diferentes, no necesariamente sinónimos, pero esta comprensión no resuelve el punto, sino lo desplaza: ¿por qué garantías esenciales, no debido proceso, para los adultos, y por qué debido proceso, no garantías esenciales, para los menores? Merecía mayor reflexión el empleo de fórmulas diversas, que siembra de problemas la interpretación, aunque sea plausible —por supuesto— la inclusión del debido proceso —o mejor todavía, de las ideas e imperativos que éste entraña— en la nueva justicia para menores.

El primer dictamen de las comisiones senatoriales apoyó la referencia al sistema procesal acusatorio, por contraste con el inquisitivo. Es comprensible y satisfactoria esta preocupación del legislador, aun cuando ciertamente no existe un concepto final y acabado acerca de aquellos sistemas procesales y sus variantes mixtas. En fin de cuentas, todos los sistemas son mixtos, en alguna medida. Ahora bien, la referencia al régimen acusatorio —que recoge una corriente reformadora en boga— no fue aceptada en la decisión final sobre la reforma. La revisión senatorial del 31 de marzo del 2005 optó por excluir la alusión al sistema acusatorio y referirse, en cambio, al dato clásico y nuclear de éste: deslinde entre la persecución y la resolución, expresado de la siguiente manera: habrá “independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas”.

Aquí resta decidir —pero lo hará la ley reglamentaria— en qué espacio del Estado se hallará cada una de esas autoridades, principalmente la jurisdiccional, que impone las medidas: ¿jurisdicción autónoma (no necesariamente tribunales administrativos) o incorporación en los poderes judiciales de la Federación, de los estados y del propio Distrito Federal? Cada solución ofrece ventajas e inconvenientes, no sólo desde la perspectiva técnica —en orden a la división de funciones y a la independencia de los órganos jurisdiccionales—, sino también desde el ángulo práctico: recursos para instalar los órganos y atender a su buen despacho.

También las soluciones institucionales deben examinarse bajo el rubro de las garantías. Lo son, por varias razones, que atañen a la adecuada operación del conjunto. La Constitución vuelve a la necesidad de crear instrumentos específicos para la atención de problemas específicos. Justicia integral para adolescentes no es apenas un capítulo de la justicia penal ordinaria para los adultos, al que deban trasladarse fielmente la instituciones, las categorías jurídicas, la “filosofía” y las prácticas de ésta. Se requiere especialización —personal, orgánica, institucional, material, procesal— de las instituciones, los tribunales y las autoridades que actuarán en la procuración y la impartición de la justicia para



adolescentes infractores de la ley penal. La ley suprema omitió un ámbito, que reviste, sin embargo, enorme importancia: la ejecución de las medidas.

Las medidas previstas se disciplinan a determinados principios —protección integral e interés superior, que no sólo debieron vincularse con aquéllas, sino con el enjuiciamiento mismo— y tienen como objeto la orientación, protección y tratamiento de los menores con el propósito de alcanzar la reintegración social y familiar del adolescente —fin que pudiera resultar, en la realidad, inabordable o desaconsejable— y el pleno desarrollo de su persona y capacidad —propósito incuestionable—. No faltarán los sinónimos para la protección ni el debate acerca del concepto de tratamiento.

Es importante el acento que la reforma ha puesto en la naturaleza y, sobre todo, en la intensidad de las medidas. Se prevé que sean proporcionales a la conducta realizada. Sobre este punto tómesese en cuenta que las medidas entrañan afectaciones de los derechos de quien se encuentra sujeto a ellas: principalmente, aunque no exclusivamente, la libertad. De ahí que no se autorice la desproporción, la desmesura, el exceso. Es indebido corresponder a ciertas conductas con reacciones excesivas, expresión de un rigor defensorista o punitivo que pudiera resultar absolutamente injustificado y totalmente inaceptable en una sociedad democrática. Cualquier injerencia en los derechos fundamentales de las personas debe tener como referencia las exigencias y los límites que la explican lógicamente y la justifican jurídicamente: necesidad, razonabilidad, oportunidad, proporcionalidad, e incluso inevitabilidad.

Que haya proporción entre el hecho ilícito y la reacción correspondiente no impide que el órgano emisor de la medida tome en cuenta, sin romper ese marco garantista, los datos que conduzcan al cumplimiento de la función estatal y de la finalidad de las medidas, particularmente en el supuesto de menores de edad, con respecto a los cuales la misma Constitución dispone orientación, protección, tratamiento, reintegración social y familiar. Esto re-

quiere considerar las condiciones particulares del individuo al que se aplican las medidas. Disponer éstas sin miramiento para las personas llevaría a decisiones “en abstracto”, *in vitro*, ajenas al destinatario y alejadas de la realidad, y en todo caso impertinentes o arbitrarias.

La conciliación entre los intereses legítimos del individuo y los legítimos intereses de la sociedad, que viene al caso en el enjuiciamiento por conductas ilícitas, obliga a apreciar detenidamente las medidas restrictivas de libertad, como precaución procesal o como consecuencia del comportamiento ilícito. Esto quedó a la vista en el proceso de reforma constitucional. De nueva cuenta es preciso considerar el carácter excepcional, restringido, marginal, de las afectaciones admisibles en el ámbito de la libertad. Por ello la reforma destaca ciertas fronteras imperiosas para el internamiento de adolescentes. Se entiende que esta expresión abarca cualquier medida restrictiva o privativa de libertad, sea durante el proceso, sea como resultado de éste, amparada por una resolución jurisdiccional.

Son varias las restricciones para la adopción del internamiento, que revelan una orientación garantista diferente de la que se observa en el caso de los adultos. Aquélla se informa en las mejores tendencias en esta materia y aparece en el artículo 37, b), de la Convención de los Derechos del Niño. La misma tendencia se aprecia en los pronunciamientos de la Corte Interamericana, que ha examinado el tema de la prisión preventiva y se ha referido, con un criterio aún más restrictivo, a la privación de la libertad en el caso de menores de edad.

En los términos del texto constitucional reformado, el internamiento es una medida extrema; por lo tanto, no se debe aplicar —como suele ocurrir en el supuesto de la prisión preventiva para mayores de edad— en forma automática, regular, rutinaria, sino sólo cuando resulte verdaderamente indispensable y se justifique su necesidad. La medida deberá durar “el tiempo más breve que proceda”: así, se aplicará en periodos generalmente cortos, tanto como sea posible, optando —si cabe la opción— por suspender

la medida, no por prolongarla. Sólo están sujetos a internamiento los adolescentes mayores de catorce años: quedan a salvo quienes se hallen por debajo de esa edad. La medida es aplicable únicamente cuando se juzga al sujeto por la comisión de una conducta antisocial calificada como grave.

Esta última precisión constitucional no implica que el internamiento proceda siempre que exista imputación por delito grave. Será preciso valorar la medida a la luz de los otros factores que la Constitución enuncia, principalmente su carácter de “medida extrema”. La referencia a delitos “graves” traerá consigo, en este campo, los mismos problemas que ya ha producido —y que no son pocos— en el enjuiciamiento de adultos a partir de la reforma de 1993. Ésta ha motivado diversas —y en ocasiones muy desafortunadas— formas de entender que una conducta ilícita es “grave”, calificación que se proyecta sobre el acceso a la libertad.

Acertadamente, la reforma propicia el empleo de formas alternativas de justicia, que se han venido desarrollando en años recientes, de manera más o menos formal, prohijadas por el expansivo régimen de la querrela y el perdón. Las soluciones compositivas son perfectamente admisibles en un amplio número de casos, e incluso resultan indispensables. Ahora bien, la reglamentación de esta norma deberá buscar los medios para que la solución alternativa sirva de veras a la justicia, no la enarezca o defraude. Evidentemente, lo que digo sobre la justicia para menores infractores es aplicable, aún más ampliamente, al enjuiciamiento de adultos. Estamos iniciando un camino promisorio, pero es preciso vigilar la marcha, para que en ella imperen la pertinencia y la probidad.

Con alguna frecuencia los artículos transitorios de nuevas leyes o decretos que reforman leyes existentes disponen que las novedades entren en vigor “al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*”. Esta norma pudiera resultar razonable en algunos casos, pero no en todos. Efectivamente, es preciso proveer a la difusión de las disposiciones emergentes, como lo es preparar las condiciones para su aplicación y eficacia,

que a menudo reclaman formación de funcionarios y renovación de antiguos criterios, además de provisión de medios materiales para el éxito de la reforma.

La modificación del artículo 18 no incurrió en ese error. Tampoco estableció una *vacatio legis* muy amplia, como parece necesario si se toma en cuenta la magnitud de los cambios que dispone o sugiere y la época en la que aparece. Empero, los tiempos que prevé debieran permitir una razonable preparación, si en ellos se trabaja con intensidad y buena orientación. Los dos preceptos transitorios fijan plazos sucesivos. El primero, de tres meses a partir de la publicación del decreto, para que la reforma entre en vigor. El segundo, de seis meses contados desde el inicio de la vigencia, como plazo del que disponen “los estados de la Federación y el Distrito Federal” para “crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del presente decreto”. No se alude a la Federación, como si ésta contara ya con todo lo necesario para aplicar exitosamente la reforma en el momento mismo de su vigencia.

No deja de llamar la atención que entre en vigor una disposición que no resulta aplicable —o no parece serlo— cuando comienza su vigencia, porque se carece de las condiciones para que ello ocurra, y que, entendiéndolo así, el propio Constituyente disponga un nuevo plazo —“de gracia”, después de una llamada “de alerta”— para preparar la eficacia de la norma ya vigente. Mientras tanto, ésta permanecerá como derecho en vigor, por una parte, pero apenas en “proceso de aplicación”, por la otra. Más allá de estos comentarios, lo cierto es que habrá que poner manos a la obra, diligencia y cuidado para crear las condiciones del gran progreso que se ha querido imprimir en la justicia para adolescentes. Bienvenidas las palabras y las normas, las intenciones y los programas: sigue la hora de los hechos.