



Revista de Análisis Jurídico del
Tribunal para Menores Infractores

“El Interés Superior del Menor en la Justicia Penal para Adolescentes y otros tópicos”

Alejandro Ramón Fuentes
Efrén Enríquez Pineda
Coordinadores



Revista de Análisis Jurídico del Tribunal para Menores Infractores

REVISTA DE ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRIBUNAL PARA
MENORES INFRACTORES DEL PODER JUDICIAL DEL
ESTADO DE DURANGO



REVISTA DE ANÁLISIS JURÍDICO
DEL TRIBUNAL PARA MENORES
INFRACTORES DEL PODER
JUDICIAL DEL ESTADO DE
DURANGO

II

REVISTA DE ANÁLISIS
JURÍDICO DEL
TRIBUNAL PARA
MENORES
INFRACTORES DEL
PODER JUDICIAL DEL
ESTADO DE
DURANGO.

© T R I B U N A L PARA
MENORES
INFRACTORES DEL
PODER JUDICIAL DEL
ESTADO DE
DURANGO.
CALLE CINCO DE
FEBRERO 1002-A
PONIENTE ZONA
CENTRO, C.P. 34000,
DURANGO DGO
MEXICO
PRIMERA EDICION
2020 (AGOSTO)
VOLUMEN II AÑO 2020
REGISTRO ISSN EN
TRAMITE



COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN DEL TRIBUNAL PARA
MENORES INFRACTORES DEL PODER JUDICIAL DEL
ESTADO DE DURANGO

INTEGRANTES

DR. ALEJANDRO RAMÓN FUENTES
MAGISTRADO PRESIDENTE DEL TRIBUNAL PARA
MENORES INFRACTORES DEL PODER JUDICIAL DEL
ESTADO DE DURANGO

LIC. ENRIQUE BENÍTEZ VARGAS
CONSEJERO DE LA JUDICATURA

LIC. MIRIAM GUADALUPE LANZARÍN ROLDÁN
JUEZ ESPECIALIZADA

M.D. EFRÉN ENRÍQUEZ PINEDA
SECRETARIO

PRESENTACIÓN

Victoria de Durango, Durango Julio de 2020

Para las personas que integramos el Tribunal para Menores Infractores del Poder Judicial del Estado de Durango, es un verdadero gusto poder ofrecer la segunda publicación digital de la “Revista de Análisis Jurídico” ahora dedicada al estudio del “Interés Superior del Niño dentro de los Procedimientos Seguidos a los Adolescentes en Conflicto con la Ley”, en donde contamos con la participación del Juez Álvaro Castilla Gracia del Estado de Baja California, así como de la Investigadora con reconocimiento internacional, la Dra. Sofía Cobo Téllez, quienes nos comparten amablemente sus ideas sobre este tópico, lo que nos permite enriquecer nuestro conocimiento.

Este número se integra además con los ensayos realizados por personal especializado del propio Tribunal, logrando de esa forma presentar nueve trabajos de investigación, que sin duda alguna, resultarán del interés del lector; pero sobre todo, aportamos nuestro granito de arena para generar bibliografía especializada en la materia de la Justicia Penal para Adolescentes, al poner temas específicos en la palestra nacional, los cuales

generaran un debate enriquecedor para esta materia del conocimiento.

Esperando que este ejemplar de la revista sea de su agrado y nos ayuden a difundirlo.

Atentamente

Dr. Alejandro Ramón Fuentes
Magistrado Presidente del Tribunal para Menores Infractores
del Poder Judicial del Estado de Durango.

CONTENIDO

PRIMERA PARTE: “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DENTRO DE LA JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES”

EL INTERES SUPERIOR DEL MENOR, EN EL Pag.13
ESTADO CONSTITUCIONAL ANTE LA CRISIS
DE LOS PODERES SALVAJES.

Efrén Enríquez Pineda

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DENTRO Pag.69
DE LA JUSTICIA PENAL PARA
ADOLESCENTES

Alejandro Ramón Fuentes

LAS POLÍTICAS DE SEGURIDAD Y LOS Pag.101
DERECHOS HUMANOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS
Y ADOLESCENTES EN MÉXICO.

Sofía Magdalena Cobo Téllez

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA Pag.127
MEDIACIÓN EN LA JUSTICIA PENAL DE
ADOLESCENTES

Jesús Antonio Hernández García

DESTRUCCIÓN DE LOS REGISTROS Y Pag.147
ANTECEDENTES CREADOS EN MATERIA DE
JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES.

Álvaro Castilla Gracia

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO LIMITE A LAS REFORMAS CONSTITUCIONES, DESDE UN ANÁLISIS AUTOPOIETICO Pag.165

Efrén Enríquez Pineda

SEGUNDA PARTE:
“OTROS TÓPICOS SOBRE LA JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES”.

EL CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIALIZADO DEL SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES. Pag.133

Mario Gabriel Rivera Contreras

CONFERENCIA IMPARTIDA EL DÍA 25 DE ABRIL DEL 2020, EN EL 1º CONGRESO VIRTUAL DE LA FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ABOGADOS, CON EL TEMA: “RETOS DE LA JUSTICIA PARA ADOLESCENTES, EN LA ACTUALIDAD”. Pag.269

ALTERACIONES DE LA COMUNICACIÓN HUMANA COMO FACTOR DE LA ACTIVIDAD DELINCUENCIAL EN MENORES INFRACTORES; Y CÓMO LA HABILITACIÓN Y/O REHABILITACIÓN DE LAS MISMAS PUEDE AYUDAR A REDUCIR TAL ACTIVIDAD. Pag.295

José Rodolfo Molina Fernández

PRIMERA PARTE

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DENTRO DE LA JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES

EL INTERÉS SUPERIOR DEL
MENOR EN EL ESTADO
CONSTITUCIONAL ANTE LA
CRISIS DE LOS PODERES
SALVAJES.

Efrén Enríquez Pineda

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL ANTE LA CRISIS DE LOS PODERES SALVAJES.

¹Efrén Enríquez Pineda

SUMARIO

1. Neoconstitucionalismo y estado constitucional, 2. Caracteres especiales del modelo neoconstitucionalista y su finalidad, 3. Estructura del estado constitucional, 4. La constitución pluralista, la constitución de todos, 5. El interés superior del menor como modalizador en la estructura del estado constitucional, 6. Los poderes salvajes y crisis del estado constitucional, hacia donde va, 7. Conclusiones, 8. Bibliografía.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO Y ESTADO CONSTITUCIONAL.

Hermann Héller, sostiene que el Estado no puede concebirse como una organización de voluntades, sino como una organización de acciones², y a este respecto me parece que las acciones son determinadas por las voluntades, la Democracia

¹ Maestro en Derecho, egresado por la Universidad Juárez del Estado de Durango, Secretario General de Acuerdos del Tribunal para Menores Infractores

²Héller, Hermann “Teoría del Estado” 2ª Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2009, pp. 298 – 299.

recaba las voluntades y anima al Estado, es decir aquel ejemplo del *Psique* y *Soma*, lo constituye este binomio, para una mayor comprensión me parece necesario, respecto al Estado constitucional, señalar que es el mejor modelo de Estado hasta ahora diseñado³.

No obstante, expone que el Estado constitucional y democrático de derecho surge de la asociación que se crea de la conjunción de dos grandes corrientes filosóficas y jurídicas, como es la democracia y el constitucionalismo.⁴

Al abordar un estudio respecto al Estado constitucional, me gustaría mucho partir no sólo de la significación, sino de la axiología del Estado.

Este diseño del Estado, no surge por mera analogía, sino por la evolución y adopción de una nueva idea, que a mi juicio pareciera ser la congruencia del Estado, con la norma fundante, y la democracia, pareciera que si nos suscribiéramos a la postura formalista más reconocida como lo es Kelsen, quien no

³ Arroyo, Cisneros Edgar Alán “Un tribunal constitucional para México”, tesis doctoral, UJED, 2011, p. 31

⁴ Ídem.

encontraba un término lógico y material a su norma fundante básica, podría decirse que ésta radica en la voluntad popular.

El Estado Constitucional, se encuentra muy ligado al Neoconstitucionalismo que sobre ese tema Raymundo Gil Rendón⁵ expone que se trata de un término que alude a un nuevo Constitucionalismo, o bien a una opción diferente para el Estado de Derecho, donde impera un concepto distinto acerca del Derecho; lo cual implica una novedosa y distinta Teoría del Derecho, en cuyo significado prevalece o tiene primacía la fuente del derecho que rige todas normas jurídicas: La Constitución.

Bajo esta concepción, la norma suprema o norma-normarum, es fuente de toda la producción jurídica, la cual está compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados y su forma de interpretación y aplicación también es distinta al paleopositivismo, teoría bajo la cual existían únicamente reglas de derecho expedidas por el poder legislativo, de aplicación estricta, bajo el método de subsunción, muy distinto al nuevo método de la ponderación o *balancing*.

⁵Cfr.<http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/estadoconstitucionaldederechoylosderechoshumanos.pdf>

Se puede distinguir históricamente al nuevo constitucionalismo, como uno de los dos modelos del Estado de Derecho; el primero y más antiguo, se refiere al Estado legal de derecho, donde el principio de legalidad prima sobre el principio de constitucionalidad, en el primero la ley impera y en el segundo la constitución y sus principios.

Luigi Ferrajoli, menciona la existencia de dos modelos de Estado de Derecho, el primero denominado Estado Legislativo de Derecho, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido, con independencia de su valoración como justo; una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido puesta por una autoridad dotada de competencia normativa.

El estado constitucional de derecho sería el nuevo modelo en formación teórica y práctica no consolidado a partir de la segunda guerra mundial con ejemplos paradigmáticos en las constituciones de Italia (1947); Alemania (1949); Portugal (1976) y España (1978), en donde surgen las constituciones rígidas y el control de la constitucionalidad de las Leyes ordinarias, con un triple cambio en el paradigma: a) en la naturaleza y estructura del Derecho, b) en la naturaleza de ciencia jurídica y c) en la jurisdicción.

El primer cambio de paradigma del Derecho se produjo con el nacimiento del estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente. Un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último medio siglo con la subordinación de la legalidad misma-garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad a constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez.

Cambia, en segundo lugar, las formas de producción legislativa donde se le impone en el estado constitucional de derecho, prohibiciones y obligaciones de contenido tales como a los derechos de libertad y a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.

Por otro lado, cambia el papel de la jurisdicción, si es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre un juicio de valor sobre la ley, que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad.

Una cuarta transformación, en la cual la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión substancial de la democracia, donde existe un límite en los derechos constitucionales que corresponden a prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, como garantías de los derechos de todos frente a los abusos de tales poderes que podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático.

Por último, para Ferrajoli, el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar el Estado de Derecho como el Positivismo Jurídico, que alcanzan con su forma última y desarrollada.⁶ concibe al Neoconstitucionalismo siguiendo la clasificación de Bobbio tanto como una ideología, una metodología y una teoría.

La primera pone en segundo plano la limitación del poder y garantiza los derechos humanos, (Ferrajoli y Alexy). Una metodología porque sostiene que los principios constitucionales y los derechos fundamentales son un puente entre el Derecho y la

⁶ Paolo Comanducci citado por Jaime Cárdenas Gracia; “La Argumentación como Derecho”, UNAM p.39,

Moral⁷ y es una teoría porque al abandonar el estatismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo adopta un modelo no sólo descriptivo de la norma constitucional sino axiológico.

Prieto Sanchís⁸ ha tratado de resumir el Neoconstitucionalismo de la siguiente manera:

- 1) Carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe.
- 2) Supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no sólo es una norma, sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario.

⁷ Dworkin Ronald, “A Matter of Principle”, EUA, Harvard University Press 1985

⁸ Prieto Sanchís Luis, “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, Madrid Trotta 2003 pp. 116, 117

- 3) Eficacia o aplicación directa. No requiere de ningún otro acto jurídico ley- para desplegar su fuerza vinculante;
- 4) Garantía judicial. Las posibilidades son amplias: control concreto y abstracto, a priori y a posteriori, encomendado a órganos especiales o a jueces ordinarios. Un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico incluida por tanto la Constitución.
- 5) Presencia de un denso contenido normativo, formado por principios, derechos y directrices.
- 6) La rigidez constitucional.

La Constitución se presenta como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una Constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho (subsunción), sino mediante la ponderación;

La Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso, la ley pasa a segundo plano, es más la ley y cualquier otro

ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino heterogéneo y plural, en muchas ocasiones expresión de valores tendencialmente opuestos.

El Neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley. La certeza de paleo positivismo era ilusoria y solo cabe recordar como las posiciones de Kelsen o Hart derivan en una fuerte discrecionalidad.

El Neoconstitucionalismo no se engaña, sabe que los casos difíciles están ahí, al igual que la colisión entre principios contrapuestos; reconoce esas circunstancias u obliga al juzgador y a toda autoridad a una argumentación suficiente que justifique las decisiones. La discrecionalidad judicial es controlada, no con una herramienta falsa e inadecuada-la subsunción y silogismo-para todos los casos, sino con argumentos diferentes que significan un mayor esfuerzo justificatorio, como es el caso del uso del principio de proporcionalidad (ponderación).

Metodológicamente se dice que el Neoconstitucionalismo conecta el Derecho y la Moral. Desde el punto de vista de Jaime Cárdenas esta conexión es inevitable. Los sistemas normativos están interrelacionados entre ellos, lo relevante es que los problemas jurídicos se resuelvan aduciendo razones jurídicas, y el sistema jurídico abierto de Neoconstitucionalismo hurga en el sistema jurídico-principios expresos o implícitos-para encontrar las soluciones.

Aunque en última instancia toda norma, ya sea principio o regla, como dijera MacCormick⁹, tenga un fundamento en la moral o en la naturaleza afectiva del ser humano, lo realmente trascendente consiste en que el juez y la autoridad al decidir lo hagan con fundamento en el ordenamiento jurídico.

No se puede desconocer el papel de la moral en el derecho. Como dice Santiago Sastre¹⁰, es innegable que la presencia de principios y derechos en la constitución ha supuesto la plasmación jurídica de pautas que tienen indudablemente un carácter moral.

⁹ MacCormick Neil, "Legal Reasoning and Legal Theory" Oxford University Press 1978

¹⁰ Sastre Santiago, "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo" p. 244

Así como sostiene Jurgen Habermas¹¹ la moral ha emigrado al Derecho sin agotarse en el derecho positivo. Estado de Derecho por principios: Neoconstitucionalismo vs. Estado de Derecho Legislativo. La nueva concepción del Estado de Derecho o Neoconstitucionalismo, donde se ha superado la idea del Estado legislativo; lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal.

Es Gustavo Zagrebelsky¹², quien distingue la concepción del Estado Legislativo que se rige por reglas, al Estado Constitucional, en donde el Derecho se va a regir por principios, con la palabra se alude a que algo deba ser o producirse; en particular a que un hombre deba comportarse de determinada manera.

Sin embargo, de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y de la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este tipo es importante diferenciar lo que podría denominarse “regla” de lo que podría, por el contrario, denominarse principio.

¹¹ Habermas, Jurgen “Facticidad y validez” Editorial Trotta Madrid, 2010 pp. 868),

¹² Zagrebelsky, Gustavo “El derecho dúctil”, 6ª ed. Editorial Trotta Madrid. 2005, p. 109-118

Si el Derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios).

Por ello, distinguir los principios de las reglas, significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la Ley, ¿cuál es la diferencia entre las reglas y los principios?

En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque están escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial.

Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. La diferencia sustancial entre reglas y principios, está sobre todo en el diverso tratamiento que el Derecho hace de ambas.

Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador.

Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras.

En los principios se deberán tomar en cuenta tradiciones históricas, contextos de significado, etc., más que interpretadas por el análisis lingüístico deberán ser entendidas en su “ethos”.

En pocas palabras, a las reglas se les obedece y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, se presta adhesión y, por ello, es importante comprender el mundo del valor, las grandes opciones de la cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión.

Distinción entre reglas y principios Según Zagrebelsky, su distinción estriba en que las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen como debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente no nos dicen nada a ese respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que “a priori” aparecen

indeterminadas. Puesto que carecen de “supuesto de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles “reaccionar” ante algún caso concreto.

Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance. Se podría indicar señalando simplemente que son las reglas, y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Podrían, dice este autor, los autómatas, hacer uso de dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma.

Ahora bien, tal idea típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La aplicación de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una reacción, se tome posición ante ésta de conformidad con ellos.

Los principios constitucionales carecen de supuestos de hecho y, por tanto, no pueden ser utilizados en la operación lógico-jurídica (en particular, en la subsunción en el supuesto de hecho),

que, según aquella tradición, es la única a la que habría podido referirse el término aplicación. Lo anterior tuvo lugar en la aceptación en los años treinta, cuando no se podía aceptar la idea de la jurisdicción constitucional o que la garantía de la constitucionalidad de la actuación del Estado no podría configurarse como actividad jurídica, y específicamente judicial. Debería concebirse, por el contrario, en términos políticos y atribuir su competencia a órganos comprometidos y responsables políticamente; es la famosa discusión y polémica de Kelsen vs. Schmitt, sobre quien debería ser el defensor de la Constitución.

La negación de la posible relevancia judicial de los principios constitucionales constituía una simple radicalización operada por motivos polémicos, de la concepción positivista de la jurisdicción, Kelsen cambiaría esta concepción, inventado el Tribunal Constitucional, concebido inicialmente como un simple defensor de la Constitución. Lejos estaba de entender su nuevo rol de intérprete de principios constitucionales.

El derecho por reglas es distinto al derecho por principios o Neoconstitucionalismo. Según el positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, o como las concibiera Bobbio: “normas

programáticas”, esconderían un vacío jurídico y producirían una contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones, etc.

Los enemigos de las normas constitucionales por principios eran, sin proponérselos unos sostenedores a ultranza del Estado Legislativo de Derecho, propio del positivismo jurídico. Los partidarios de los principios, estaban fincando el nuevo Constitucionalismo, con la adopción de los principios en lugar de las reglas, sus partidarios, consciente o inconscientemente estaban forjando una nueva concepción del Derecho.

Los principios no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una “toma de posición” conforme con su “ethos” en las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente una cuestión de principio. Los principios, como dice Zagrebelsky, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad.

La realidad al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como

materia inerte, objeto meramente pasivo de aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla como razona el positivismo jurídico, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de tomas de posición, jurídicas conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho). El ser iluminado por el principio aún no contiene en sí el deber ser la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio.

2. CARACTERES ESPECIALES DEL MODELO NEOCONSTITUCIONALISTA Y SU FINALIDAD.

El llamado Neoconstitucionalismo se caracterizaría, según Jaime Cárdenas a grosso modo, a efectos de la argumentación, por lo siguiente:

- a) Se reconoce por algunos una conexión débil entre derecho y moral,

- b) Se admite que el derecho no solo está conformado por reglas sino por principios y otro tipo de normas.
- c) El derecho no solo consiste en la estructura normativa sino también en la argumentativa, contextual y procedimental.
- d) La legalidad se supedita a la constitucionalidad en un sentido fuerte.
- e) Las normas que no son reglas no pueden interpretarse con los métodos tradicionales. Se debe acudir al principio de proporcionalidad, la teoría del contenido esencial, la razonabilidad, entre otras.
- f) Más que hablar de interpretación se destaca el papel de la argumentación no sólo en su faceta retórica sino en sus ámbitos hermenéuticos, contextuales y procedimentales.
- g) La búsqueda de la certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil; se apoya, principalmente, en la calidad de la argumentación. Las normas jurídicas se interpretan desde la Constitución.
- h) El juez constitucional en ocasiones se coloca por encima del legislador (“legislador negativo”, según Kelsen), y lo

desplaza, lo que pone en cuestión su legitimidad democrática.

- i) Se intenta poner fin con las técnicas de la argumentación a la discrecionalidad judicial en el sentido en que había sido entendida por Kelsen o Hart.
- j) No hay neutralidad ni avaloratividad en el derecho.

Ahora, tal y como lo expone existe un vínculo conceptual, contextual e histórico entre los derechos humanos, su protección y defensa a través de la historia reciente, su reivindicación y relación íntima con el Estado Constitucional de Derecho, su eficacia y protección a través del control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad, conforme a la normativa constitucional: orgánica y sustancial, privilegiando en toda interpretación jurídica al ser humano (*in dubio pro homine*).

La finalidad o *ethos* es el bienestar de la persona humana y su calidad de vida, conforme a un disfrute y protección pleno de los derechos fundamentales.

Para poder llegar a dicha conclusión basta con realizar un análisis del pensamiento original y evolutivo del principal

ideólogo del Estado de Derecho del siglo XX Hans Kelsen, jurista creador de la Teoría del Derecho y del Tribunal Constitucional, así como la concepción de los derechos humanos como reivindicación histórica de Norberto Bobbio.

De manera que sería erróneo e incompatible el tratar de caracterizar al Estado de Derecho con cualquier estructura formal donde se respetaran las leyes carentes de contenido y adaptables a cualquier ideología, sin tomar en cuenta las exigencias materiales y espirituales del ser humano, partiendo de su dignidad como persona.

El olvido histórico de los regímenes fascista y nazi respectivamente, en torno a la existencia digna y humana de los hombres que el Estado de Derecho debería respetar y garantizar, condujo inexorablemente al exterminio de cerca de seis millones de personas y a censurar dichos regímenes políticos sin Derecho, ya que según Gustavo Radbruch, la injusticia extrema no es Derecho, y estos sistemas jurídicos y políticos llegaron a cometer crímenes de lesa humanidad como el genocidio, *amparados en un Estado de Derecho*.

Desde este plano ideológico la formula Estado de Derecho ha sido un caballo de batalla para la lucha en ocasiones ideal y

utópica por el perfeccionamiento de la realidad empírica del Estado y así se le ha adjetivado como: Estado democrático y social de Derecho (art. 20.1 de la Ley de Bonn), Estado de equidad, Estado de justicia, Estado social y democrático de Derecho (art 1.1 de la Constitución española).

Identificación de la justicia constitucional formal y material: Llegamos a identificar a la justicia constitucional formal y material, con la nueva concepción del Estado Constitucional de Derecho, y como medio de control de la constitucionalidad, donde pondere y balancee los dos extremos sujetos a la Constitución: por un lado, los derechos fundamentales y por el otro el límite constitucional del poder y de las facultades de las autoridades.

El verdadero papel de la jurisdicción constitucional es lograr el nuevo equilibrio entre el poder y los derechos humanos a través del Estado Constitucional de Derecho.

Así las cosas, tenemos entonces que los presupuestos fundamentales sobre los que gravita la concepción del Estado de Derecho son: la limitación de la actividad de los órganos del poder por la legalidad; la garantía por parte de esta de los derechos públicos subjetivos, que adquieren tal cualidad por su

positivación, al margen de cualquier exigencia de tipo iusnaturalista; y la teoría de la forma o control constitucional de toda actividad del Estado.

Así, desde un ámbito estrictamente formal lo jurídico sería aquella conexión sistemática, estructural y jerarquizada de normas generales y abstractas como característica primordial del Estado y del Derecho, llevando ésta idea a identificar irremediabilmente al Estado y al derecho como dos caras de la misma moneda, pretendiendo purificar la noción jurídica del Estado de cualquier contaminación política, sociológica o ética vaciando de contenido al Estado de Derecho, ya que conduce según Pérez Luño a la tesis de que cualquier Estado, en cuanto conjunto de reglas jurídicas sistematizadas, esto es, en cuanto al ordenamiento, es Estado de Derecho. Con ello se llega al peligroso equivoco de considerar Estado de Derecho a cualquier Estado que de hecho funciona a través de unos cauces jurídicos.

La nueva concepción del Estado de Derecho o Neoconstitucionalismo, donde se ha superado la idea del Estado legislativo; lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal.

Por ello no es posible tratar de caracterizar al Estado de Derecho con cualquier estructura formal donde se respetarán las leyes carentes de contenido y adaptables a cualquier ideología sin tomar en cuenta las exigencias materiales y espirituales del ser humano, partiendo de su dignidad como persona, pues solo se vive una ficción del Estado de Derecho, como ocurrió con el modelo del estado nacionalsocialista.

3. ESTRUCTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.

Como el Derecho se purifica a si mismo, el Estado también, solo hay que generar y aceptar las condiciones para esa purificación, en una inclinación personal, concibo al Estado constitucional, como el modelo abierto del Estado, a manera de un cúmulo de adopción y aceptación de diversas teorías constituidas desde el seno de la cultura, impregnado de un alto contenido democrático y garantista, cuyo soporte estructural se basa en tres aspectos: Constitución, Derechos Fundamentales y Garantismo.

Basta con hacer mención a Gustavo Zalgebresky, él comenta que el Estado constitucional es una visión provista de inteligencia, pero no una inteligencia racional, sino como una

ciencia emocional de nuestra vida en común. Es decir, una inteligencia producto de la experiencia de la tensión existente entre tres elementos tradicionales, por el de una tendencia novedosa inmersa en la cultura pluralista en la cual estamos constitucionalmente inmersos.¹³

Este nuevo diseño de aquella necesidad colectiva, se integra de igual forma de tres elementos básicos, y uno más aunado a esta corriente. En el primer acercamiento, encontramos el territorio, la población, el poder.

A estos aspectos vinculantes e integrales del Estado debemos hacer una connotación interesante, el elemento cultura, ¿Qué es la cultura en el Estado constitucional?, o mejor dicho ¿Por qué es tan relevante?, y para ello basta con hacer un ligero énfasis en la obra del “*gran arquitecto*”.

Para Peter Häberle el elemento cultural es la piedra angular del Estado constitucional, en el sentido que esta reviste una gran importancia, si recordamos aquella postura de Ronald Dworkin,

¹³Zagrebelsky, Gustavo “Stato Costituzionale” en “El Estado constitucional contemporáneo, culturas y sistemas jurídicos contemporáneos”, Tomo II, UNAM, México, 2006, pp. 368 – 369. (Cita Traducida por Efrén Enríquez).

donde el derecho es una “*praxis social*”, el Estado es una “*praxis cultural*”.

A este respecto el connotado jurista alemán a la letra Dice: *La teoría de los elementos del Estado tiene que ser plenamente declinada (conjugada) a partir del citado elemento de la cultura.*¹⁴

En este mismo sentido el diseñador del Estado constitucional, anota en el sentido de que la mayoría de las corrientes relativas al Estado no han sido capaces de adminicular un elemento que también considero vital, la Constitución, y al respecto señala que una teoría constitucional que merezca tal nombre debe buscar la forma de incorporar a la constitución como el elemento principal del Estado y si esto no es posible por lo menos que sea un elemento esencial.¹⁵

El constitucionalista europeo hace el señalamiento de que la Constitución es parte de la cultura, de modo que los elementos del Estado deben confabularse o mejor dicho ser llenados desde la ciencia cultural, empezando por el pueblo, como *conjunto de*

¹⁴Häberle, Peter. Op. cit, p. 21.

¹⁵Idem.

hombres sometidos a los preceptos del derecho, el territorio, debe concebirse como un espacio cultural, y en cuanto al poder, este debe concebirse determinado de manera cultural, no natural pues en el Estado constitucional el poder se encuentra fundado y limitado desde el ángulo de la ley y se halla al servicio de la libertad cultural.¹⁶

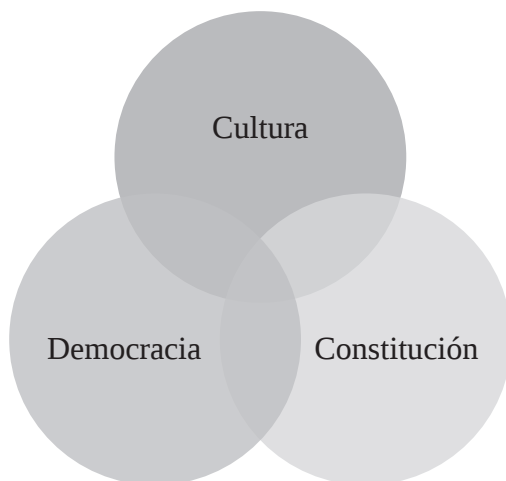
Cuando me refiero a elementos o elemento estructural, cobra significación a mi parecer, el elemento cultural, puesto que no se puede lograr nada sin la manifestación de la cultura, el pluralismo, la multitud de opiniones, son característicos en los escenarios europeos, pero el cambio de opinión, se sustenta en el compromiso del Estado a través de su Constitución, pues no quiero ser reiterativo al referirme al Estado como una necesidad colectiva.

La cultura se construye por necesidades, de conocer, de aprender, de innovar y trascender. El Estado, la Constitución y el pueblo generan una simbiosis, que debe ser congruente e igual entre si es como la fórmula matemática, donde $E+C^2+D=EDD$ ¹⁷, la armonía que impera, es a través de esta estrecha relación que

¹⁶Ibídem, p. 22.

¹⁷ E = Estado, C² = Cultura y Constitución, D = democracia, EDD=, Estado constitucional y Democrático de Derecho

se construye y cuya formula podemos representar gráficamente de la siguiente manera:



La importancia siempre recae en el texto fundamental y en los creadores de ésta, una Constitución, mal hecha o no acorde a los tiempos que el Estado se mueve es hablar de una Constitución alejada de la realidad, y se puede dar el caso de que el éste y su ley fundamental sean decadentes y obsoletos, por ello es necesaria la existencia de un mecanismo que permita su adaptabilidad, y para ello existe la ductilidad constitucional.

Al respecto Zalgebresky, añade que la importancia de un Estado Constitucional, radica no solo en los elementos estructurales sino también en concebir a la ley como un acto deliberado de un parlamento representativo, del cual derivara:

- a) La supremacía de la ley sobre la administración.
- b) La subordinación a la ley, y solo a la ley de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la administración puedan incidir sobre ellos.
- c) La presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y solo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre estos y la administración del Estado.

La idea del Estado Constitucional, afecta de forma fundamental a la posición de la ley, ya que esta se encuentra sometida una relación de adecuación a un estrato de derecho más alto que es el de los principios y valores contenidos en la Constitución, sobre los cuales existe un consenso social lo suficientemente amplio. Pareciera que lo anterior se trata de

forma general como una continuación de la formula del Estado de Derecho, pero si se comparan los caracteres concretos del Estado de Derecho decimonónico con los del Estado Constitucional, se advierte que más de una continuación se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente la forma de concebir al derecho.¹⁸

3.1. PRINCIPIA IURIS.

Es una teoría formal que estudia al derecho desde su estructura, con independencia de los contenidos o valores que incorpora o que debiera incorporar según alguna doctrina moral o de valores, su análisis se limita al análisis de los conceptos teórico-jurídicos, que se limita a decir que son las leyes, ello derivado de tratarse de una teoría en forma, pero también es axiomatizable, al buscar su propio sentido en el propio Derechos.

Se trata también de una teoría estipulativa o constructiva en el sentido de que sus proposiciones no son verdaderas o falsas según describan o no alguna realidad observable pues se limita a establecer conceptos y las relaciones entre estos, pero que sirve

¹⁸ Montoya Zamora, Raúl “Derecho Procesal Electoral” Flores Editor y Distribuidor, México 2011, pp. 101-103.

de base y sustento al modelo de Estado, de modo que para entender al estado hay que atender al modelo de constitucionalismo que se vive en el mismo para comprender su estructura, funcionamiento conceptos y consecuentemente definir en qué tipo de Estado nos presentamos y la forma en que el mismo puede ser adaptado, mejorado, o moldeado a través de una ductilidad.

3.2. DUCTILIDAD CONSTITUCIONAL.

Gustavo Zagrebelsky¹⁹, nos precisa que si existiera una palabra para referirnos al carácter esencial del derecho de los Estados Constitucionales actuales quizá podría ser la de ductilidad.

En ese sentido refiere que la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una constitución, para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de dichos valores y principios se consolide de forma no absoluta compatible con aquellos otros con los que debe convivir.

¹⁹ Zagrebelsky, Gustavo Op. Cit supra pp 48-56

En el mismo sentido hace la aclaración que solamente adquiere carácter absoluto un metavalor, es decir aquellos que se expresan con el doble imperativo del pluralismo de los valores y la lealtad en su enfrentamiento, a lo cual Zalgrbresky expone son al final las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal, para lo cual en lo que a este punto toca debe prevalecer la intransigencia y únicamente en el las antiguas razones de la soberanía aún deben ser plenamente salvaguardadas.

La ductilidad constitucional, se asocia a términos de coexistencia y compromiso, la visión de la política que está implícita no es la de relación de exclusión e imposición por la fuerza es decir transitar del binomio amigo-enemigo sino a un modelo inclusivo e integrador a través de la red de valores y procedimientos comunicativos que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo.

En palabras del propio Zalgebresky, esta visión antigua de la política y de la constitución, es la que Europa podría exhibir para aportar a la comunidad mundial su propia contribución en el plano de la experiencia constitucional, interna e internacional. Quizás solo los europeos, quienes tras siglos de guerras y divisiones

lacerantes en el mundo sean más conscientes que cualquier otro pueblo de su alcance destructivo material y moral, pueden ser hoy portadores de esa concepción.

Zalgebresky, enfáticamente precisa que la visión que se tiene en este periodo final de siglo es la de una desolación de ideales, ideologías y esperanzas truncadas que, en buena lógica, ya debería dar paso a un mortífero compuesto y cita el ejemplo del plano económico de cómo la competencia ilimitada en el mercado de las cosas, de las ideas, de la política e incluso de los hombres y, en el plano cultural la revalidad destructora de las pequeñas identidades colectivas, que de ser así se daría un enorme retroceso y la historia de vida constitucional y experiencias no habrían servido de nada.

No obstante, quizá sea los rasgos de esta época, los que pueden mostrar una vía de salida adecuada al carácter político que es y que se quiere que sea propio de Europa una convivencia dúctil, construida sobre el pluralismo y las interdependencias y enemiga de cualquier ideal de imposición por la fuerza.

Zalgebresky, puntualiza que no se debe tratar de una renuncia, como podría pensarse si se tuviera en mente una idea mezquina y pobre del justo medio, en el sentido de la aurea mediocritas, sino

que por el contrario se trata de una mayor plenitud de vida constitucional, que no debe mantenerse con la actitud resignada de quien se pliega de una necesidad en espera de tiempos mejores para restaurar una concepción constitucional simplificada, menos basada en el compromiso y por ello en este sentido un pensamiento fortificado, una plenitud de vida colectiva que exige actitudes moderadas, pero positivas y constructivas y que puede mantenerse con la consciencia de quien sabe que este ideal corresponde a una visión de la vida y a un ethos en modo alguno despreciables.

3.3. DERECHOS FUNDAMENTALES.

Sobre este rubro Luigi Ferrajoli,²⁰ se pueden tener tres aspectos diferentes o respuestas, la primera que nos la otorga la teoría del derecho, en el plano teórico jurídico la definición más nueva de derechos fundamentales, es aquella que los visualiza como los derechos que están adscritos universalmente en cuanto personas, en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar y que en consecuencia son indisponibles e inalienables.

²⁰ Ferrajoli, Luigi “Democracia y Garantismo” 2da Edición, Editorial Trotta Madrid, 2010, pp. 42-50

Sin embargo, esta postura no nos dice cuáles son, sino que son, los derechos fundamentales, no son otra cosa que la definición de un concepto teórico que, en cuanto tal no puede decirnos nada sobre los contenidos de los derechos es decir sobre las necesidades, las inmunidades que están o deberían de estar establecidas como fundamentales, sino que puede identificar la forma o estructura lógica de esos derechos que convenimos en llamar fundamentales.

Lo anterior, no es poco, ya que si queremos garantizar un derecho como fundamental tenemos que sustraerlo tanto a la disponibilidad de ña política como al mercado, formulándolo en forma de regla general y por tanto confiriéndolo igualmente a todos.

La segunda respuesta es la que ofrece el derecho positivo, pues según Ferrajoli, es una cuestión dogmática constitucional o internacional, de modo que son derechos fundamentales los derechos universales e indisponibles establecidos por el derecho positivo esto en el ámbito del derecho interno, de manera que en materia internacional los derechos universales e indisponibles establecidos en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948 en los pactos de 1966 y en las demás

convenciones internacionales sobre derechos humanos, tienen el carácter de ser fundamentales.

La tercera vertiente es la que según Ferrajoli ofrece la filosofía política, y se refiere a la interrogante de que derechos deben ser garantizados como fundamentales, así las cosas, el propio jurista es enfático al señalar que es una respuesta de carácter normativo y no asertiva, y para poder establecer una respuesta a dicha interrogante que sea válida es necesario atender a criterios metaéticos y metapolíticos idóneos para identificarlos para lo cual debemos atender a los siguientes criterios.

- a) El nexo entre derechos humanos y paz. Ellos encuentran su sustento en el preámbulo de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, de modo que deben estar garantizados como derechos vitales aquellos cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también en un mundo en el que sobrevivir es cada vez menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia.

- b) El nexo entre derechos e igualdad. La igualdad según Ferrajoli, radica en una igualdad en los derechos de libertad, que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales de nacionalidad, de sexo de lengua de religión, de opiniones políticas de condiciones personales y sociales como dice el artículo 3 párrafo primero de la Constitución italiana que hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras y es, en segundo lugar la igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales.
- c) Los derechos fundamentales como ley del más débil. En este aspecto Ferrajoli es claro al señalar que todos los derechos fundamentales son leyes del más débil como alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia, en primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente, en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; y en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien más fuerte social y económicamente.

De lo anterior podemos apreciar como los derechos fundamentales, juegan el rol de la programación al entorno del propio sistema social y constitucional, lo que nos permite establecer que son los derechos fundamentales los que establecerán de cierta manera el rumbo que la nación lleve en respeto hacia estos y al exterior de estos lo cual constituye el primer ejercicio democrático y fines del respeto a la ley, pero sobre todo de la firmeza constitucional que caracteriza al Estado Constitucional.

4. LA CONSTITUCIÓN PLURALISTA, LA CONSTITUCIÓN DE TODOS.

La importancia de una ley fundamental, no radica en su simple creación radica en el debate y el espacio temporal en que ésta se ajusta, el espacio temporal delimita y condiciona la vida de vigencia de la ley fundamental, ahora bien, esta situación reviste mayor importancia en los diálogos y debates que la crean, es decir la dilación constructiva. Los debates para la creación de un texto pueden ser tediosos en consecuencia no pueden tomarse a la ligera los debates al respecto.

Una Constitución pluralista es la que alberga todas las ideologías, confiere y protege derechos fundamentales, es un

documento básico que no puede ser específico, solo debe limitarse a regular cuestiones inherentes al estadio cultural, pues al ser una disposición con un contenido específica, se cae en la técnica de la perplejidad y se contribuye a la confusión constante y a la generación de lagunas. El italiano Gustavo Zagrebresky comenta:

*“Una Constitución plural es aquella que está llena de principios se diferencian por aspectos distintos a las normas inferiores, pues la constitución rígida no es un invento de juristas preocupados por la legalidad, la legalidad constitucional es capaz de imponerse por encima de un proyecto legislativo, pues una Constitución rígida es resultado de un choque de fuerzas”.*²¹

La Constitución pluralista, alberga las ideologías como comentaba, pues este documento se fortalece por las mayorías y minorías, en una óptica personal, el contenido múltiple de que goza la sociedad pluralista, imana desde la sociedad y empapa a la Constitución, pues el texto constitucional no debe ser alejado de la realidad y más allá, cuando surge el rol de los poderes legislativos, en donde quizá el papel más significativo sea el de

²¹ Zagrebelsky Gustavo. Op. Cit, pp. 375-376

protección y resguardo del orden constitucional, el cual describiremos en líneas ulteriores.

5. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO MODALIZADOR EN LA ESTRUCTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.

La Ley Fundamental mexicana, prevé en su parte dogmática, disposiciones que consignan no solo derechos sino también, disposiciones que impactan en la estructura del Estado, a partir del principio de la supremacía legal y constitucional, en ese entendido respecto al interés superior del menor no puede desatenderse que el artículo 4º Constitucional en lo que interesa dispone:

“Artículo 4o.-

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

De lo anterior, se desprende que ese mandamiento constitucional no constituye otra cosa mas que el lenguaje de operatividad del sistema social, bajo el esquema de la teoría de los sistemas sociales, sino que a su vez conforma una estructura básica, indisoluble en el propio sistema que establece una obligatoriedad hacia el Estado de velar por los temas inherentes a Niñas, Niños y Adolescentes de velar por su interés superior, de modo que si analizamos la estructura garantista de nuestra constitución, veremos que presupone la existencia de otro elemento estructural que es el interés superior del menor, el cual deberá funcionar no como una declaración dogmática sino como un modalizador de la función del estado en garantizar el irrestricto respeto a los derechos fundamentales pero desde una perspectiva de infancia al ser esta la base principal del elemento población de todos los Estados y cuyas exigencias se encuentran plasmadas como elemento cultural y dignificante en la propia Constitución.

Lo cual podemos dejar de manifiesto con lo que al efecto establece el artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño como su respectiva observación 14 por parte de su comité donde en lo que interesa se patentiza lo siguiente:

“6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión de - batida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.”

...

17. El objetivo del artículo 3, párrafo 1, es velar por que el derecho se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño. Esto significa que, en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá. El término “me - dida” incluye no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas.

18. La pasividad o inactividad y las omisiones también están incluidas en el concepto “medidas”, por ejemplo, cuando las autoridades de bienestar social no toman medidas para proteger a los niños del abandono o los malos tratos.

36. El interés superior del niño debe ser una consideración primordial en la adopción de todas las medidas de aplicación. La expresión “a que se atenderá” impone una sólida obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome.

37. La expresión “consideración primordial” significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en

cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar.

38. Con respecto a la adopción (art. 21), el derecho del interés superior se refuerza aún más; no es simplemente “una consideración primordial”, sino “la consideración primordial”. En efecto, el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada con la adopción, pero también relacionadas con otras cuestiones.

39. Sin embargo, puesto que el artículo 3, párrafo 1, abarca una amplia variedad de situaciones, el Comité reconoce la necesidad de cierto grado de flexibilidad en su aplicación. El interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres). Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño.

40. *La consideración del interés superior del niño como algo “primordial” requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate.*

71. *Al evaluar y determinar el interés superior de un niño o de los niños en general, debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (art. 3, párr. 2). Los términos “protección” y “cuidado” también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa (por ejemplo, “para proteger al niño de daños”), sino en relación con el ideal amplio de garantizar el “bienestar” y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad.*

72. *El cuidado emocional es una necesidad básica de los niños; si los padres o tutores no satisfacen las necesidades emocionales del niño, se deben tomar medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros. Los niños necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana, y ese vínculo, si es adecuado, debe mantenerse a lo largo de los años para ofrecer al niño un entorno estable.*

73. *La evaluación del interés superior del niño también debe tener en cuenta su seguridad, es decir, el derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental (art. 19), el acoso sexual, la presión ejercida por compañeros, la intimidación y los tratos degradantes,¹⁴ así como contra la explotación sexual y económica y otras formas de explotación, los estupefacientes, la explotación laboral, los conflictos armados, etc. (arts. 32 a 39).*

74. *Aplicar el enfoque del interés superior del niño en el proceso de toma de decisiones entraña evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; sin embargo, el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño. e) Situación de vulnerabilidad*

75. *Un elemento importante que debe tenerse en cuenta son las situaciones de vulnerabilidad del niño, como tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc. El objetivo de la determinación del interés superior de un niño o de los niños en situación de vulnerabilidad no debe referirse solo al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino también en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas, como los contemplados en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros instrumentos.*

76. El interés superior de un niño en una situación concreta de vulnerabilidad no será el mismo que el de todos los niños en la misma situación de vulnerabilidad. Las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única. Debe realizarse una evaluación individualizada del historial de cada niño desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario y los ajustes razonables que se recomienden durante todo el proceso de desarrollo del niño”

Podríamos hablar de un sub elemento pero yo prefiero analizarlo como la amalgama de los elementos del estado, es decir lo que une y permite los procesos de reflexividad e idoneidad en las decisiones de Estado cuando impactan en el elemento población, armonizándose en conjunto con los demás derechos fundamentales para crear un bloque dúctil de derechos que permitirán garantizar el funcionamiento pleno del Estado de Derecho.

6. LOS PODERES SALVAJES Y CRISIS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL, HACIA DONDE VA.

Luigi Ferrajoli²², expone que el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, se encuentra expuesto a constantes manipulaciones ocasionadas por las deformaciones de la representación política; a la inversa la democracia política no está solo limitada sino garantizada por la propia democracia constitucional y puede ser preservada y refundada solo por la introducción y el reforzamiento de garantías constitucionales de representación, cuanto mas se separan de la sociedad los representantes, tanto más esencial se hace el paradigma constitucional, es decir, el sistema de límites y vínculos, de separaciones y garantías idóneos para impedir la corrupción y la degeneración burocrática y autoritaria.

Pero hay más. Para Ferrajoli todos los derechos fundamentales no solo los políticos sino los civiles, los de libertad y sociales, son además de derechos individuales, también poderes y contrapoderes sociales capaces tanto de equilibrar y limitar los poderes de la mayoría como de dotar de efectividad a la representación política, además entre todos los diversos derechos

²² Ferrajoli, Luigi “Los Poderes Salvajes, la crisis de la democracia constitucional” Trotta Madrid, 2011 pp. 107-109.

fundamentales hay una relación de sinergia, acreditada por la experiencia histórica: sin garantías de independencia de las grandes libertades políticas no hay desarrollo del sentido cívico y de una opinión pública en condiciones de valorar y responsabilizar a los poderes públicos; sin garantía de los derechos sociales, en particular, a la educación, y a la información, los derechos de libertad y los derechos políticos no son ejercitables con conocimiento de causa.

En efecto, pues se encuentra demostrado por el devenir histórico de los estados nación, incluso el desarrollo económico depende de las garantías de los derechos fundamentales; de los derechos de libertad, sin los que no hay control democrático del correcto funcionamiento de las instituciones, y más aun de los derechos sociales a la educación, a la salud y a la subsistencia, cuya garantía no es solo un fin en sí misma sino que constituye también el presupuesto elemental de la productividad individual y colectiva; hasta el punto de que seguramente, puede afirmarse que el gasto en tales garantías es la inversión productiva más eficaz.

Por ello en razón de lo anterior nos unimos a la propuesta de Ferrajoli, que después de tantos intentos fallidos por debilitar el paradigma constitucional, hoy sería necesario y preciso en primer

lugar abandonar todo proyecto de gran reforma constitucional y poner a la constitución a salvo de nuevos golpes de mano de las mayorías.

Para ello, es necesario reforzar la rigidez constitucional, modificando el porcentaje requerido para cualquier revisión, que el proyecto de reforma constitucional sea pasado por un “*check list*” acorde a los principios supremos del constitucionalismo como lo ordenó la sentencia constitucional italiana de 1988, que se debe atender a estos principios como los de igualdad y dignidad de la persona, la prohibición de guerra, la separación de poderes, la representación política y todos los derechos fundamentales, en relación solo con los cuales solo estaría permitido su reforzamiento o expansión.

Otro aspecto, a considerar en palabras del propio Ferrajoli, es el de limitar toda reforma constitucional que no se ajuste a dichos principios supremos, limitando las reformas totales, y que las mismas solo sean sobre una parte o partes de la ley fundamental, como ocurre con el modelo norteamericano que solo existe una opción de enmienda de alguna o algunas partes específicas de la constitución.

Limitación que en nuestros días, ya debería ser una realidad pues el derecho a la revisión constitucional es un poder constituido, que no puede transformarse en poder constituyente, ni tampoco el de transformar en un plebiscito el referéndum constitucional de aprobación por las mayorías, a mano alzada o por una consulta popular, por ello la preservación del orden constitucional se encuentra condicionado a su capacidad autopoiética o mejor dicho de regeneración a través de la reforma constitucional.

7. CONCLUSIONES.

El modelo de Estado Constitucional, tiene detractores y posibles debilitantes, pero ello trae de la mano la oportunidad para maximizar y proteger la constitución de decisión que impactan en la sociedad y bienestar general, la perspectiva de salvaguarda y protección que exige el interés superior del menor, exige un proceso de reflexión de la norma constitucional y su impacto pese a la decisión de las mayorías que hoy en día pugnan por un descontrol de lo justo y puro de los derechos fundamentales, por ello la única salvaguarda frente a los poderes salvajes, además de la revisión constitucional es el test de proporcionalidad de la norma con los principios constitucionales y uno de ellos es el interés superior del menor que exige un control estricto de

idoneidad y proporcionalidad en las decisiones del Estado, pues si se garantiza una no afectación a los grupos vulnerables como son los niños, se garantiza el pleno desarrollo de estos y en consecuencia la de una sociedad fortalecida y en consiguiente de un marco de derechos acorde a las necesidades del Estado y su sociedad, es decir debe pasarse de una visión de indiferencia a la de una visión con perspectiva de infancia ello en boga de la protección máxima, pues allí cumpliríamos la máxima de la ponderación de que tan válida es la protección de un derecho como el de otro, pero para ello debemos pasar de una visión tridimensional a la de reflexión con base en el interés superior del menor.

8. BIBLIOGRAFÍA.

Arroyo, Cisneros Edgar Alán “Un tribunal constitucional para México”, tesis doctoral, UJED, 2011.

Dworkin Ronald, “A Matter of Principle”, EUA, Harvard University Press 1985.

Ferrajoli, Luigi “Democracia y Garantismo” 2da Edición, Editorial Trotta Madrid, 2010.

Ferrajoli, Luigi “Los Poderes Salvajes, la crisis de la democracia constitucional” Trotta Madrid, 2011.

Habermas, Jurgen “Facticidad y validez” Editorial Trotta Madrid, 2010.

Héller, Hermann “Teoría del Estado” 2ª Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2009.

<http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/estadocnstitucionaldederechoylosderechoshumanos.pdf>

MacCormick Neil, “Legal Reasoning and Legal Theory” Oxford University Press 1978.

Montoya Zamora, Raúl “Derecho Procesal Electoral” Flores Editor y Distribuidor, México 2011.

Paolo Comanducci citado por Jaime Cárdenas Gracia; “La Argumentación como Derecho”, UNAM.

Prieto Sanchís Luis, “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, Madrid Trotta 2003.

Sastre, Santiago, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”

Zagrebelsky, Gustavo “El derecho dúctil”, 6ª ed. Editorial Trotta Madrid. 2005.

Zagrebelsky, Gustavo “Stato Constituzionale” en “El Estado constitucional contemporáneo, culturas y sistemas jurídicos contemporáneos”, Tomo II, UNAM, México, 2006.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DENTRO DE LA JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES

Alejandro Ramón Fuentes.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DENTRO DE LA JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES

²³Alejandro Ramón Fuentes.

SUMARIO

1. Antecedentes del problema de la aplicación del interés superior del niño en los procesos judiciales; 2. Concepto de Interés Superior del Niño o del Adolescente; 3. Su regulación en el derecho mexicano; 4. Conclusiones, y 5. Bibliografía.

1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS JUDICIALES.

En mi experiencia en la aplicación de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, destaca que uno de los mayores retos que tiene el juzgador al momento de motivar sus resoluciones, es pronunciarse sobre el Interés Superior del Niño o Interés Superior de la Adolescencia, como lo establece el artículo 12 de dicha normatividad de carácter

²³ Doctor en Derecho, por la Universidad Juárez del Estado de Durango, Magistrado Presidente del Tribunal para Menores Infractores del Poder Judicial del Estado de Durango

nacional, siendo por ello, que el presente trabajo tiene como finalidad abordar dicha problemática y buscando una mejor aplicación de este principio dentro de las resoluciones judiciales.

Dado que dicho principio no implica una forma dogmática o discrecional para justificar la opinión y consideraciones que a juicio del juzgador deben aplicarse para beneficiar a la infancia, por eso, es que resulta importante conocer y analizar los parámetros para su adecuada aplicación como norma procesal y sin perder de vista la concepción del adolescente como sujeto pleno de derechos, ya que existe abundante doctrina escrita sobre el interés superior de la infancia, pues esta figura data del anterior sistema tutelar o sistema de situación irregular, donde fue acuñado dicho principio y al trasladarlo hasta nuestros días a veces se utiliza en pro de un retroceso para considerar a los niños y adolescentes como sujetos de protección y no como sujetos plenos de derechos.

Reconocemos, que el término al momento que fue acuñado por la Convención sobre los Derechos del Niño, se realizó de forma ambigua, lo que, sin duda alguna, trajo confusión al momento de su aplicación por los tribunales judiciales y produciendo poca seguridad jurídica a los adolescentes en conflicto con la ley, pero

esto no es óbice para no buscar una mejor forma de aplicarlo y garantizar con ello una aplicación de la justicia acorde a los postulados internacionales.

Antes del actual texto del artículo 12 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, su aplicación producía algunas ilegalidades y las cuales aún en nuestros días siguen. Cuando acudo a dar clases a diferentes Estados de la República, se hace patente la sobra de una mala aplicación o la justificación de medidas de sanción contrarias a los principios de legalidad y responsabilidad de los adolescentes, en pro de un proteccionismo a los adolescentes por las condiciones desfavorables en que se encuentran, y no por haberse demostrado en juicio la responsabilidad o la existencia del hecho que la ley señala como delito. Sobre este particular, cualquier penalista consideraría difícil de creer, que al no existir delito ni responsabilidad, hubiera juzgadores que decidieran imponer una medida considerando que es lo que más le beneficia al adolescente, e incluso, en algún caso, dejarlo en internamiento por su propio bien, olvidando que estamos ante la presencia de un procedimiento penal modalizado o especial, pero no por ello deja de ser penal y haciendo palpable los nulos conocimientos sobre el Sistema de Protección Integral que contempla la Ley General de

los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y del cual, la Justicia Penal para Adolescentes resulta ser solamente un subsistema.

Es decir, no podemos aplicar la justicia penal para adolescentes a personas que no han cometido delitos o que su responsabilidad no ha quedado demostrada, pues eso implicaría volver al sistema tutelar cuando éste, se aplicaba sin distinción tanto a menores en riesgo, como en situación de calle, de abandono y a los que cometían delitos. Lo anterior se puede inferir del criterio emitido por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, bajo Tesis aislada: I.9o.P.76 P (10a.), Decima Época, visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 17, Abril de 2015, Tomo II, Pag. 1737, con número de registro 2008846 y con rubro: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. NO DEBE INTERPRETARSE AL GRADO DE TENER POR ACREDITADO UN DELITO QUE NO SATISFACE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL RESPECTIVO.

De lo cual se desprende, que el interés superior del menor no debe interpretarse al grado de tener por acreditado un delito que no satisface los elementos del tipo penal respectivo, pues su función no es esa, sino que implica entre otras cosas, tomar en

cuenta aspectos dirigidos a garantizar y proteger el desarrollo de los infantes y el ejercicio pleno de sus derechos.

Sin embargo, como indiqué líneas arriba, y pese a que la tesis aislada data del año 2015, es decir, antes de la entrada en vigor de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, aún existen lugares de la República en donde la noción de justificar una medida, e incluso de internamiento, es atendiendo a que es lo que más le conviene al adolescente, pues señalan que va estar mejor interno en el Centro que en su propia casa, y justificando para ello, el interés superior del menor.

Situaciones que a todas luces resultan absurdas y contrarias al espíritu del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, y omitiendo en su caso, aplicar el Sistema de Protección a favor de esos adolescentes que no están en conflicto con la ley, como abordaremos más adelante en el presente trabajo.

2. CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO O DEL ADOLESCENTE.

Si bien, los derechos de los niños en el mundo tienen su reconocimiento a través de la Declaración de Ginebra de 1924, no es hasta la Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959, de la Organización de las Naciones Unidas,

que se acogió el término “Interés Superior del Niño”, el cual se encuentra contenido en dos de los diez principios que la integran, como a continuación se muestra:

“Principio 2o: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”

“Principio 7o párrafo 2o: El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.”

De los anteriores preceptos podemos entender, que este concepto tenía una doble responsabilidad: En primera instancia, se dirigía a los legisladores que al momento de formular leyes a favor de la infancia debieran tomarlo en consideración, y posteriormente, a los padres o a quienes tuvieran la responsabilidad de la educación y orientación de los menores de edad.

“La Declaración no define el concepto “interés superior del niño”, por lo que no hay un claro hilo conductor en la utilización del término en ambos

principios. En cada enunciado se regula una materia diferente y el peso de velar por dicho interés tiene un diferente receptor en cada uno: en el segundo está dirigido al legislador, mientras que en el séptimo a los cuidadores. Además, es curioso notar que en el séptimo principio, se indica la naturaleza jurídica del concepto, señalando que es un principio, pero no cualquiera, ya que lo cataloga desde ya como un principio rector²⁴. ”

Como se indica en el anterior párrafo, la Declaración fue omisa en señalar la definición de este concepto y utilizado para enumerar dos principios diversos entre sí, y más aún, cuando van dirigidos a entes diferentes como lo es el legislador y los padres o encargados de la educación de los menores; sin embargo, no podemos dejar pasar que dentro del Preámbulo de la Declaración, se desprende la afirmación que la “*Humanidad debe al niño lo mejor que puede darle*”, encontrando que esta frase encierra o justifica el concepto de interés superior del niño.

²⁴ Rivas Lagos, Emilia, trabajo para la obtención del Grado de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. “LA EVOLUCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: Hacia una evaluación y determinación objetiva”
<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135615/La-evolución-del-interés-superior-del-niño.pdf;sequence=1>

Lamentablemente esta Declaración, como sus antecesoras, no tenía fuerza vinculatoria.

Treinta años posteriores a la Declaración, se emite la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir, el 20 de noviembre de 1989, y la cual fue ratificada por nuestro país en septiembre de 1990, siendo el primer instrumento internacional dedicado a los Derechos Humanos específicos de los menores de edad, teniendo fuerza vinculante y de la cual se desprende de su texto que el concepto de Interés Superior de la Infancia, se utiliza en seis ocasiones²⁵; sin embargo, en ninguna de ellas se define dicho concepto, pues de todos ellos, el que se dedica de forma exclusiva, es el artículo 3º apartado 1 y el cual a la letra señala:

“Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. “

Sin embargo, y como en su momento se precisó, el término resulta ambiguo, carente de definición y alcance específico para

²⁵ Artículos 3º, apartado 1, 9º, apartado 1, 18, 21, 37 inciso c), 40 apartado 2, inciso b), apartado iii) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

los países que signaron esta Convención, situación que motivó al Comité de los Derechos del Niño, órgano encargado de la vigilancia del cumplimiento de la Convención y el cual tiene además la facultad interpretativa, de emitir en el año 2013, es decir, veintitrés años posteriores al nacimiento de la Convención, la Observación General N.º 14, denominada “*Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*”²⁶, de donde se desprende que el Interés Superior del niño, debe ser visto como un derecho, un principio y una norma de procedimiento, y señalando en sus párrafos 4º y 5º, lo siguiente:

“4.- El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado que “[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”. Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al “interés superior del niño” y ningún derecho debería verse

²⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), consultada el día 22 de marzo del 2020, en <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html>

perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.

5.- La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana. “

Para alcanzar este objetivo, la Observación General, establece dentro los párrafos 48 al 84 la forma en que se debe realizar la evaluación y determinación del Interés Superior del Niño, siendo sin duda, una herramienta que dirige la labor del Juzgador en todas y cada una de sus determinaciones para hacer la evaluación correspondiente. Además, de que no se debe pasar por alto que esta observación, al interpretar el alcance del artículo 3 apartado 1 de la CDN, resulta vinculatoria para los juzgadores.

3. SU REGULACIÓN EN EL DERECHO MEXICANO.

Por su parte, en México y en el año 2005, con la reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁷, que estableciera las bases para el Sistema Integral

²⁷ Diario Oficial de la Federación de fecha 12 de diciembre del 2005, visible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_165_12dic05_ima.pdf

de Justicia para Adolescentes, se incluyó en la parte final del párrafo quinto, “El Interés Superior del Adolescente”, como una variante del concepto de Interés Superior del Niño al que nos hemos venido refiriendo, esto, a fin de dar cumplimiento a lo que establecían los artículos 37 inciso c), 40 apartado 2, inciso b), apartado iii) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con ello, se dio nacimiento a que este concepto fuera acuñado en todas las legislaciones locales que se hicieran con motivo del establecimiento del Sistema de Justicia para Adolescentes en las entidades federativas, estableciendo como primicia en nuestro país la utilización de ese término dentro de esta justicia especializada, pues no fue hasta el año 2011²⁸, que se incorporó el principio del Interés Superior de la Niñez en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al especificar que: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la

²⁸ Diario Oficial de la Federación, edición del 12 de octubre del 2011, que contiene el DECRETO por el que se reforman los párrafos sexto y séptimo del artículo 4o. y se adiciona la fracción XXIX-P al artículo 73, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y puede ser visto en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_198_12oct11.pdf

niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.

Pero volviendo al tema que nos ocupa, como es la Justicia Especializada para Adolescentes, encontramos que posterior a su inclusión en el artículo 4º de la Constitución, se derivó que todas las legislaciones locales legislaran sobre esta figura; aunque es importante señalar, que en muchos de los casos, no del todo claro, como lo señala el Doctor Rubén Vasconcelos, al referir que las leyes de justicia para adolescentes del país definen o conciben el principio de diversas formas²⁹, pues a dicho del autor, resulta ser un concepto de difícil precisión y de contornos difusos, tal como lo indica en su obra la Justicia para Adolescentes en México, Análisis de las Leyes Estatales, de donde de forma resumida, podemos desprender el siguiente cuadro comparativo:

²⁹ Vasconcelos Méndez Rubén. La Justicia para Adolescentes en México, Análisis de las leyes Estatales. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Número 490, México 2009, página 73.

Entidad Federativa	Significado al Interés Superior
Campeche.	El respeto a todos los derechos y garantías del adolescente, maximizando aquéllos y restringiendo los efectos negativos de su sujeción al Sistema.
Oaxaca, Nayarit, Morelos, Veracruz, Chihuahua, Nuevo León y Tamaulipas.	El principio dirigido a asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos y garantías del adolescente.
Durango, Quintana Roo, Jalisco, Aguascalientes e Hidalgo.	Garantiza que toda medida que se adopte frente a los adolescentes que realizan conductas tipificadas como delito en leyes, se interpreten y apliquen siempre en sentido de maximizar sus derechos y restringir sus efectos negativos de sujeción al sistema.
Tabasco.	Está representado por un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar su desarrollo integral y vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente para alcanzar el máximo bienestar.

Como podemos observar, dentro las legislaciones estatales vigentes antes de la Ley Nacional, existieron cuatro formas de entender el concepto del Interés Superior del Niño, y las demás legislaciones no se ocuparon de este principio.

Actualmente, dentro de nuestro marco jurídico vigente, la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes³⁰ lo señala dentro de su articulado en cincuenta y una ocasiones, pero sin dar alguna definición específica sobre el particular. Destaca el contenido de los párrafos segundo y tercero del artículo 2º de dicho ordenamiento, que a la letra señalan:

“Artículo 2. Para...

- I. Garantizar ...
- II. ... y
- III. ...

El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se atenderá a lo establecido en la Constitución y en los tratados internacionales de que México forma parte.

Cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles

³⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014 y última reforma publicada Diario Oficial de la Federación 17 de octubre 2019, visible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_1710_19.pdf

repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales.

...

... “

De donde más que definiciones, se desprende la obligación para las autoridades de considerarlo, evaluar y ponderar las repercusiones de las decisiones que se tomen, para así salvaguardar el Interés Superior del Adolescente o del Niño en cada caso.

Por su parte, la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes³¹, al referirse a este concepto, lo considera como principio general de la justicia penal para adolescentes, y se refiere éste de la siguiente forma:

“Artículo 12. Interés superior de la niñez

Para efectos de esta Ley el interés superior de la niñez debe entenderse como derecho, principio y norma de procedimiento dirigido a asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos, en concordancia con la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

La determinación del interés superior debe apreciar integralmente:

³¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 16 de junio del año 2016, visible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5441663&fecha=16/06/2016

- I. *El reconocimiento de éstos como titulares de derechos;*
- II. *La opinión de la persona adolescente;*
- III. *Las condiciones sociales, familiares e individuales de la persona adolescente;*
- IV. *Los derechos y garantías de la persona adolescente y su responsabilidad;*
- V. *El interés público, los derechos de las personas y de la persona adolescente;*
- VI. *Los efectos o consecuencias que la decisión que se adopte pueda tener en el futuro de la persona adolescente, y*
- VII. *La colaboración de las partes intervinientes para garantizar su desarrollo integral e integridad personal.*

En todas las resoluciones se deberá dejar patente que el interés superior ha sido una consideración primordial, señalando la forma en la que se ha examinado y evaluado el interés superior y la importancia que se le ha atribuido en la decisión administrativa o judicial. “

Del anterior precepto legal, podemos desprender no sólo la definición, en la cual considera a este concepto tripartita al establecerlo como un derecho, un principio y una norma procesal, acorde a lo que se había venido estableciendo por el Comité de los Derechos del Niño, sino además, lo dirige a asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos del adolescente; pero no queda solamente ahí, sino que introduce la obligación de que en todas las resoluciones, el órgano jurisdiccional debe realizar una

evaluación para demostrar que se ha examinado y evaluado el interés superior y la importancia que se le ha atribuido en la decisión judicial, para lo cual, agrega siete variables que deberá tomar en consideración el impartidor de justicia, ello, en consonancia con el contenido de la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño.

A. LA IMPORTANCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DENTRO DEL PROCESO ESPECIALIZADO.

El interés superior tiene como objetivo que el órgano jurisdiccional, al momento de tomar cualquier determinación, pondere las repercusiones actuales y futuras que le puede ocasionar al adolescente, sin dejar de tomar en consideración todos y cada uno de los derechos que tiene por su calidad de persona en desarrollo; es decir, es la materialización del respeto del principio de protección integral del adolescente³², en el sentido de que el adolescente goce de todos los derechos y se le garanticen las oportunidades a fin de asegurarles las mejores condiciones para su desarrollo físico, psicológico y social. Pero, ¿Cómo realizarlo?

³² Cfr.- Artículo 13 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

El propio artículo 12 de la Ley Nacional, nos otorga una clara respuesta, al dar una lista de lineamientos que deben realizarse para materializar el análisis de este concepto legal, en donde el primer punto de partida es que el Juzgador conciba al adolescente como un sujeto pleno de derechos y no como un sujeto de protección, pues esto implica convertir al adolescente en protagonista activo de su propia vida, aún cuando la decisión pueda corresponder a un tercero, es decir, al Juez y no al adolescente, que es quien decide y debe tener en cuenta la propia opinión del adolescente, sin que ello signifique que tenga que concluir resolviendo como el adolescente lo desea, pero sí tener en cuenta esta opinión, y así, la decisión se adopta haciendo de la voluntad del menor un elemento significativo.

Lo que acabo de decir se traduce, a mi juicio, en la exigencia de justificación para las decisiones, especialmente, las que resulten contrarias a la voluntad que expresa el menor, para la escucha efectiva y a fin de garantizar el derecho de participación de la persona adolescente. Es importante guiarse de la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, la cual interpreta los alcances del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Otra variable a observar en la ponderación del Interés Superior del Niño, la encontramos al analizar las condiciones sociales, familiares e individuales del adolescente, en donde no podemos perder de vista la regla procesal de la proporcionalidad de las medidas, es decir, no sólo se debe tomar en consideración la gravedad de la conducta ilícita desplegada, sino además, las circunstancias de vulnerabilidad que tiene el adolescente, y ésta nunca para agravar, sino siempre en beneficio del mismo, esto, a fin de buscar proteger o garantizar algún derecho con la medida que se imponga, tales como el derecho a la salud, la educación y la convivencia familiar del adolescente.

De igual manera, se debe considerar de interés público, el respeto y observancia de los derechos de los adolescentes, ya que la medida debe estar orientada a un conjunto de prácticas y estrategias jurídicas encaminadas a restablecer derechos del adolescente que se traduzcan en mejor calidad de vida para él, así como en mecanismo de transformación social.

El Juzgador, al pensar en la medida que se le va imponer al adolescente, debe estar consciente de cómo ésta puede afectarle de manera inmediata y el impacto que tendrá en el futuro del joven, ya que la medida puede retrasar su desarrollo escolar, laboral, familiar o inclusive psicológico. Por último, también

deberá considerar quiénes son las partes que van intervenir en el seguimiento de la medida, es decir, quiénes serán los responsables de garantizar, la restitución de derechos que se busca a través de la imposición de una medida que mejore las condiciones de vida del menor de edad sujeto a proceso.

Por lo anterior, considero que la importancia del Interés Superior del Adolescente dentro de este proceso, es que la autoridad tome su papel de garante de los derechos del adolescente, y no tome acciones que, en aras de protegerlo, a la postre, los perjudiquen en el ejercicio efectivo de sus derechos.

B. LA EVALUACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DENTRO DEL PROCESO ESTABLECIDO POR LA LEY NACIONAL DEL SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES.

Bueno, pero, ¿Cómo sería la forma correcta de poder realizar esta evaluación que nos imponen el artículo 12 de la Ley Nacional y la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño? Para responder esta interrogante, además de lo que indiqué líneas arriba, es importante señalar que dentro de mi labor jurisdiccional he considerado que la aplicación de este concepto desde una óptica procesal, hace la diferencia de nuestra justicia

especializada con cualquier otra, pues el análisis en comento implica tener una visión de perspectiva de infancia.

Es decir, el Juez necesita analizar su resolución desde diferentes ópticas y prever, en lo posible, las consecuencias que ésta pudiera traerle al adolescente en su vida presente y futura. De ahí, la importancia de conocer las herramientas que nos faciliten este trabajo.

En algunas ocasiones, se considera que con plasmar dentro de la resolución (cualquiera que ésta sea), un apartado específico donde se aborde el tema del Interés Superior del adolescente, al señalar, que en el procedimiento seguido a éste se garantizó el debido proceso penal, ya que en todo momento estuvo asistido el adolescente por defensor especializado o que el mismo proceso cumplió con los requisitos legales, no resulta suficiente ni adecuado para la evaluación en comento, pues esto no evidencia una verdadera evaluación de dicho concepto, ni tampoco el transcribir el contenido de un precepto como sería el artículo 12 de la Ley Nacional resulta suficiente, sino por el contrario, lo ideal sería darle contenido a dicho precepto, y conocer, si en el caso específico, la medida que se establezca en la resolución sería acorde al Interés Superior del Adolescente.

Para una mejor claridad de lo anterior, supongamos que estamos en la audiencia inicial al momento de la imposición de medidas cautelares, en donde el Agente del Ministerio Público considera oportuno, derivado del grupo etario y de la conducta delictiva por la cual se imputó al adolescente, siendo ésta la de robo sin violencia física, solicitar la imposición de la medida cautelar prevista por la fracción I del artículo 119 de la Ley Nacional, es decir, la presentación periódica ante la autoridad que designe el juez, a fin de acreditarse con datos de prueba que existe el riesgo de que el adolescente abandone la ciudad de Durango y no se presente al procedimiento, señalando que la presentación debía ser cada quince días.

Por su parte, la defensa especializada del adolescente, al escuchar al Representante Social, considera que la medida no genera ningún agravio para su representado y al cuestionarlo sobre la medida el propio adolescente dice que no existe problema si se presenta, por lo cual decide no debatir la medida en comento. Ahora, todo depende del Juez Especializado, la resolución en comento.

Pues el Juez, empieza analizar que existen datos de prueba, como lo es el informe del análisis de riesgo de la Autoridad

Administrativa, del que se desprende que el adolescente tiene familiares cercanos en un municipio serrano de difícil acceso del Estado a donde él se puede ir fácilmente y cambiar su residencia, haciéndose con ello latente el riesgo de que no se presente a continuar su procedimiento, y acreditándose el supuesto previsto por el artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales; por otra parte, que la medida solicitada resulta compatible con la edad del adolescente y la conducta delictiva por la cual se le formuló imputación, al no ser una de las señaladas por el artículo 164 de la Ley Nacional. Asimismo, al estar ante la presencia de un procedimiento acusatorio y no haber oposición de la defensa especializada, lo procedente sería imponer la misma, pues se cumplen todos y cada una de los requisitos legales aparentemente.

Ahora bien, esta evaluación debemos analizarla a la luz del contenido del artículo 12 de la Ley Nacional del Sistema Integral, antes de decidir si la misma resulta aplicable al adolescente en cuestión o bajo qué modalidades se debe imponer. Para ello, con la finalidad de poder tener la información necesaria para evaluar el Interés Superior del Adolescente, el Juez especializado primero deberá preguntarse y explicar el alcance de la imposición de la medida, en su caso, y escuchar la opinión del adolescente sobre

la misma; posteriormente, el Juez debe hacerse las siguientes cuestiones, para este caso en particular:

¿Cómo podría afectar al adolescente el imponer esta medida?, ¿Qué impacto tendrá esta medida en la convivencia del adolescente con su familia?, ¿Le genera algún costo económico al adolescente la medida?, ¿Cómo impacta este costo a la economía familiar del adolescente?, ¿Le perjudica la medida en su ámbito local o laboral al adolescente?, ¿Tendría que asistir, al cumplimiento de la medida, acompañado de un adulto?, ¿Existe algún riesgo para la seguridad del adolescente, asistir al lugar donde tendrá que presentarse?, ¿Qué costo le implica al adolescente el cumplimiento de la medida?, ¿Existe algún riesgo para el adolescente al trasladarse al lugar donde cumplirá la medida?, ¿La medida no le afecta o le lesiona algún derecho al adolescente?, ¿No implica la disminución de algún derecho del adolescente?, ¿Cuáles podrían ser las consecuencias de la imposición de esta medida en la vida actual del adolescente?, ¿Cuáles serían las consecuencias futuras de la imposición de la medida en la vida del adolescente?, ¿Qué partes intervinientes en el seguimiento de la medida?, ¿son las más óptimas para garantizar el desarrollo del adolescente durante el cumplimiento de la medida a imponer?.

El darle contenido a cada pregunta por el órgano jurisdiccional, nos proporciona información indispensable para analizar en cada caso la pertinencia y modalidades de la medida que pueda imponerse al adolescente y si la misma no conlleva a algún daño en la vida del adolescente o que ésta le pueda ocasionar en un futuro. Consideramos que, al hacer este ejercicio a través de preguntas, mismas que responden a cada uno de los lineamientos que señala el artículo 12 de la Ley Nacional, y lo que permite al Juzgador poder analizar desde una óptica amplia las fracciones del artículo en comento, al tener elementos para darle contenido a cada punto en particular, los cuales serían:

“La determinación del interés superior debe apreciar integralmente:

- I. El reconocimiento de éstos como titulares de derechos;
- II. La opinión de la persona adolescente;
- III. Las condiciones sociales, familiares e individuales de la persona adolescente;
- IV. Los derechos y garantías de la persona adolescente y su responsabilidad;
- V. El interés público, los derechos de las personas y de la persona adolescente;

- VI. Los efectos o consecuencias que la decisión que se adopte pueda tener en el futuro de la persona adolescente, y
- VII. La colaboración de las partes intervinientes para garantizar su desarrollo integral e integridad personal”.³³

Pues, al cotejar las preguntas con el contenido del artículo 12 de la ley Nacional, podemos ver que tienen una íntima relación para que el órgano jurisdiccional pueda dejar patente que el interés superior ha sido una consideración primordial, y de esta forma, señalar en su resolución cómo lo examinó y evaluó en el caso particular, dando cumplimiento al último párrafo del artículo en comento; pues no sólo se analizan los requisitos de la medida cautelar que se puede imponer, sino además, que ésta resulte acorde al Interés Superior del Adolescente.

Reitero, la formulación de preguntas, es una herramienta que nos permite darle contenido a las fracciones del multicitado artículo 12 para poder hacer la evaluación, no se requiere plasmarlas en la resolución; sin embargo, de hacerlo, permiten

³³ Párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

comprobar el método utilizado para cumplir con la evaluación impuesta en cada una de las resoluciones.

4. CONCLUSIONES

El realizar una adecuada evaluación del Interés Superior del Adolescente en cada una de las resoluciones, no sólo nos permite imponer medidas cautelares o de sanción acordes a cada caso en particular, sino que éstas resulten más adecuadas y pertinentes a las situaciones de cada uno de los jóvenes sujetos a proceso, logrando con ello, una verdadera aplicación del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, acercándonos más de esta forma al objetivo que persigue este tipo de justicia especializada.

5. BIBLIOGRAFIA

Ramón Fuentes, Alejandro. “Reflexiones sobre la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes”, Colección Juicios Orales, Editorial Colofón, México 2017.

Rivas Lagos, Emilia, trabajo para la obtención del Grado de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. “La Evolución Del Interés Superior Del Niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva”

<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135615/La-evolución-del-interés-superior-del-niño.pdf;sequence=1>

Vasconcelos Méndez Rubén. La Justicia para Adolescentes en México, Análisis de las leyes Estatales. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Número 490, México 2009.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Observación general N° 14 (2013), del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial

Decreto por el que se reforma el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 12 de diciembre del 2005.

Decreto por el que se reforman los párrafos sexto y séptimo del artículo 4o. y se adiciona la fracción XXIX-P al artículo 73, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Publicado en el Diario Oficial de la Federación, edición del 12 de octubre del 2011.

Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

LAS POLÍTICAS DE SEGURIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO.

Sofía Magdalena Cobo Téllez

LAS POLÍTICAS DE SEGURIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO.

Sofía Magdalena Cobo Téllez³⁴.

SUMARIO

1. Introducción. 2. La responsabilidad de una verdadera aplicación del interés superior del niño. 3. Mediación y el Derecho de la niña, niño o adolescente a ser escuchado. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

Acontecimientos sucedidos en el país (como los casos Marco Antonio, suscitado en la Estación del Metrobús “El Rosario”, y Luis Ángel en Tláhuac entre muchos otros) ponen en duda la efectiva implementación de una política de seguridad ciudadana integral con enfoque de protección a la infancia y adolescencia. Es notable la disyuntiva (tensión) entre las leyes, las políticas de seguridad y los derechos humanos (DDHH) en

³⁴Profesora- Investigadora del INACIPE, integrante del SNI-CONACYT desde 2013, catedrática de la Universidad Nacional Autónoma de México.

nuestro país, principalmente la constante violación al interés superior del niño, niña y adolescente (NNA).

Es a partir de la década de los 80 cuando se contextualiza la concepción contemporánea del delito y las respuestas del Estado frente al mismo. Se genera una política criminal destinada a identificar a quien atenta contra el orden como enemigo; en consecuencia, a neutralizarle y, en la medida de lo posible, a eliminarle. Algunos autores como *Jakobs y Cancio Meliá*³⁵ han afirmado que, en los tiempos modernos, la política criminal se ha dirigido hacia una estrategia de *prevención general positiva*, centrada en la generación de confianza y legitimidad ante la población, lo cual ha traído como consecuencia estrategias como el denominado *derecho penal del enemigo*, en donde el enemigo se identifica con colectivos considerados “riesgosos” por el resto de la sociedad, como los narcotraficantes, terroristas, migrantes y jóvenes, grupos sobre los que las políticas, por presiones sociales y mediáticas, hacen incrementar el poder de la policía y la reducción de los DDHH.

³⁵ Cancio, *Derecho Penal del Enemigo*. Bonn, Thompson Civitas, 2003.

Hay una tendencia a focalizar la violencia asociada al delito en jóvenes porque se cree que su participación en este tipo de actividades es cada vez más frecuente (y en delitos más graves); sin embargo, y aunque es observable que no existe un diagnóstico sólido que lo asegure, enfoques institucionales y sociales estereotipan a adolescentes y jóvenes, asociándoles con conductas irregulares, por lo que las prácticas y acciones son represivas hacia este sector de la población, vulnerando sus DDHH. Considerar que las y los adolescentes y jóvenes están siempre “al filo de la delincuencia” o son “delincuentes potenciales” es una retórica adoptada socialmente que debe ser superada.

La violencia no es ajena a la vida diaria de la sociedad e impacta la totalidad de las relaciones y de los grupos sociales; si consideramos que las y los adolescentes construyen ciudadanía a través de sus interacciones y de su búsqueda del sentido de la vida, resulta indispensable crear una política pública con perspectiva de niñez y adolescencia que les aleje de la delincuencia y de la propia violencia, sea como víctimas o como perpetradores. En este sentido, y para efectos del presente artículo, surgen las siguientes interrogantes que se analizarán en el desarrollo del mismo: ¿respetamos los derechos de NNA

cuando aplicamos esquemas de justicia y seguridad?, ¿se aplica la debida diligencia en la actuación de las fuerzas de seguridad pública?, ¿cuál debe ser la reacción proporcional y racional ante la presunta comisión de un delito cometido por NNA?

2. POLÍTICAS PÚBLICAS Y SEGURIDAD CIUDADANA.

El Plan Nacional de Paz y Seguridad 2018 – 2024³⁶, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 2019, planteó entre sus objetivos, emprender la construcción de la paz a través de la regeneración ética de la sociedad y el pleno respeto y promoción a los DDHH con estrategias específicas como el nuevo modelo policial, la prevención del delito y otras focalizadas a las regiones y participación ciudadana. A través de este Plan, el Estado mexicano adopta diferentes enfoques para combatir los distintos factores asociados con la delincuencia y la violencia, así como la afectación que la inseguridad produce en los distintos sectores sociales, considerando, para ello, trabajar en acciones afirmativas en temas relevantes como: “justicia e

³⁶

https://lopezobrador.org.mx/wp-content/uploads/2018/11/PLAN-DE-PAZ-Y-SEGURIDAD_ANEXO.pdf

inclusión social, combate a la pobreza, educación con calidad y prevención”.

En este sentido, debemos considerar que las niñas, niños y adolescentes son especialmente vulnerables a la inseguridad, así como a ser víctimas de delitos, abusos y malos tratos, inclusive en el hogar (debido, entre otras cosas, al persistente uso de prácticas “correctivas” violentas y discriminatorias). En 2017, la Organización Internacional *Save the Children* publicó un documento denominado “*Los Peligros para la Niñez. Indicadores para México*”³⁷, en el cual identifica la situación de grave riesgo que enfrenta la población infantil de nuestro país, revisada particularmente a través de los siguientes indicadores:

Peligros para la Niñez. México, 2017.

INDICADORES	PORCENTAJE
a. Tasa de mortalidad infantil (Menores de 5 años)	13,2
b. Retraso en el crecimiento	12,4

³⁷ En: <http://observatoriocolef.org/wp-content/uploads/2017/06/Los-peligros-para-la-Ninez-en-Mexico-Save-the-Children-1.pdf> (consultado en marzo de 2018).

(Niños y Niñas entre 0 y 59 meses)	
c. Niños y Niñas que no van a la escuela (Educación Primaria y Secundaria)	15,2
d. En situación de trabajo infantil (Niños y Niñas entre 5 y 14 años)	10,4 a
e. Adolescentes casados o que viven en pareja (Niñas entre 15 a 19 años)	15,4 a
f. Tasa de natalidad en adolescentes (Niñas entre 15 a 19 años)	62,2
g. Desplazados por la fuerza debido a conflictos	0,1
h. Homicidios de niñas y niños (Entre 0 a 19 años)	5,5

De un total de 1,000 puntos, México obtuvo la calificación de índice de peligros de 819, con la clasificación número 90 de un total de 172 países, por lo que se pueden observar niveles

superiores a la media en cuanto al grado de violencia que viven las y los NNA del país; y, por lo tanto, de los índices de peligro para la niñez. A su vez, según datos del INEGI en el Censo Nacional de Procuración de Justicia Estatal de 2018³⁸, en el país hubo 152,498 víctimas de 0 a 19 años de un total de 1,410,902 de todas las edades en el país: más de 10 mil 600 de 0 a 4 años, más de 13 mil de 5 a 9, más de 22 mil de 10 a 14 y arriba de 42 mil de 15 a 17 años. Sin duda “qué niños y niñas sobrevivan o mueran, aprendan o no aprendan, estén protegidos o sufran daños no es producto de la casualidad. Que un niño o una niña no puedan vivir con plenitud en esta etapa de sus vidas es el resultado de decisiones que le excluyen, de manera intencional o por negligencia, es decir, por algún tipo de descuido”³⁹. Las personas más jóvenes en el país, como lo reconocen organismos especializados como *Save the Children*, son las principales víctimas de la violencia y la delincuencia.

³⁸Consulta de Víctimas según rango de edad de las víctimas, 2018. En:

https://www.inegi.org.mx/sistemas/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?proy=. Consultado en marzo, 2020.

³⁹ Ibid.

La mencionada Estrategia Nacional de Seguridad Pública por la que optó el gobierno mexicano, enfatiza la prevención del delito, y articula diez estrategias de acción:

1. Prevención del delito y reconstrucción del tejido social.
2. Justicia penal eficaz.
3. Profesionalización y fortalecimiento de los cuerpos de policía.
4. Transformación del sistema penitenciario.
5. Promoción y articulación de la participación ciudadana.
6. Cooperación internacional.
7. Información que sirva al ciudadano.
8. Coordinación entre autoridades.
9. Regionalización.
10. Fortalecimiento de la inteligencia.

En específico, el movimiento a favor de los derechos de la niñez mexicana inició en 1990 con la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y en 2000 con la reforma al artículo 4º Constitucional que, por primera vez, les reconoce como sujetos de derechos. Fue hasta el año de 2014, con la publicación de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) cuando se inició el proceso de

armonización del marco legislativo nacional respectivo, y es muy reciente la implementación de las políticas públicas (que han de transitar de asistencialistas a garantistas) enfocadas en acciones que, con objetivos, funciones, presupuestos y mecanismos de seguimiento y evaluación, materialicen los mandatos legales.

Como se señaló al inicio, los conceptos de Seguridad Nacional o Seguridad Pública se constituyeron como eje central de la política criminal y trajeron como consecuencia una serie de atropellos a los DDHH. Actualmente, las políticas y respuestas institucionales deben ir relacionadas con conceptos como seguridad ciudadana conformada por derechos básicos y fundamentales, debido a que las prácticas institucionales actuales restan legitimidad y representatividad a las y los ciudadanos (en este caso adolescentes), quienes sienten desconfianza y rechazo hacia instituciones como la policía, debido a los métodos de coerción y castigo que se amparan en criterios de seguridad con formas de exclusión, marginación y discriminación.

3. DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

México ha ratificado y forma parte de tratados e iniciativas internacionales relevantes, entre los que destacan, para el caso de la infancia:

- Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, México se adhirió al instrumento el 10 de mayo de 1932⁴⁰.
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), ratificada por México el 21 de septiembre de 1990.
- Convenio N° 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, ratificado por México el 30 de junio de 2000.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la

⁴⁰En: <https://www.gob.mx/sre/acciones-y-programas/derechos-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes> (consultado en marzo de 2018).

prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, ratificado por México el 15 de marzo de 2002.

- Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en el conflicto armado, ratificado por México el 15 de marzo de 2002.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificado por México el 4 de marzo de 2003.

Todos estos documentos internacionales -principalmente la Convención Internacional de los Derechos del Niño- constituyen el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los NNA, del que deben derivar prácticas y políticas de los países que los han firmado y ratificado⁴¹.

⁴¹Beloff, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires, Del Puerto, 2008, p. 47.

Como se advirtió, en México, es hasta la publicación de la LGDNNA⁴² cuando se termina el proceso de reconocimiento y garantía a los DDHH de NNA, ordenamiento que, entre otros, crea y regula los Sistemas de Protección Integral de NNA en los tres niveles de gobierno, a la vez de establecer los principios rectores y criterios que orientan la política nacional en la materia y establece bases de participación del sector público y privado para alcanzar sus objetivos.

Según el artículo 6º, los principios rectores de la Ley -donde se encuentran algunos derechos- son:

El interés superior de la niñez, la universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad e integralidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes, la igualdad sustantiva, no discriminación, inclusión, derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, participación, interculturalidad, corresponsabilidad de los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades, transversalidad en la legislación, políticas públicas, actividades administrativas, económicas y culturales, autonomía progresiva, principio pro-persona, acceso a una vida libre de violencia y accesibilidad.

⁴² En: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgdnnna.htm> (consultada en febrero de 2018).

Enumera, de forma enunciativa y no limitativa, un catálogo de 20 derechos fundamentales de NNA en su artículo 13 y dentro del artículo 47 de la citada Ley, se menciona que las autoridades están obligadas a implementar medidas especiales para prevenir, sancionar y reparar conductas que vulneren el derecho a una vida libre de violencia, para lo cual tendrán que asumirse políticas públicas, desde una estricta perspectiva de derechos de NNA, a quienes se debe considerar desde una concepción amplia como *sujetos de derechos*, independientemente de su edad, condición, características personales o cualquier otra distintiva. Sin dejar de reconocer la importancia que merece la ley, es necesario tomar en cuenta que ninguna reforma legal es suficiente para producir cambios exitosos, es decir, resulta necesario un cambio institucional y organizacional para que el contenido de las leyes sea realmente efectivo.

4. IDEAS PARA UNA POLÍTICA PÚBLICA EN MATERIA DE SEGURIDAD CON PERSPECTIVA DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA.

Cualquier estrategia de seguridad debe corresponder, a decir por Baratta⁴³, a una “seguridad en la protección de los derechos”;

⁴³ En: *La seguridad desde los derechos humanos. Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia, A.C.*

es decir, se debe excluir en la medida de lo posible la violencia en la sociedad (desde la generada por el delito, hasta la legal y estructural).

En 2016, el pleno del SIPINNA aprobó una política nacional, denominada “25 al 25”⁴⁴, que contiene 25 objetivos nacionales sobre los derechos de NNA para lograrse al año 2025. Se considera el primer instrumento nacional de política pública para dar cumplimiento a la garantía de derechos que México ha reconocido integralmente a NNA, único sector de población al que se especifican el interés superior y el derecho de prioridad, metas establecidas a partir de un diagnóstico de la situación que viven casi 40 millones de personas que tienen entre 0 y 17 años de edad.

Los 25 objetivos nacionales fueron agrupados en los cuatro dominios que la comunidad internacional reconoce para la sistematización de los derechos de NNA; y al menos en cada dominio es considerado un objetivo que tiene que ver, de manera

https://mx.boell.org/sites/default/files/seguridad_derechos_humanos.pdf (consultado en febrero de 2020).

⁴⁴ En: <https://infosipinna.org/25-al-25/> (consultado en marzo, 2018).

directa, con la seguridad –independientemente de que todos tienen que ver con la protección y desarrollo integral de la infancia-, los dominios son: supervivencia, desarrollo, protección y participación, que incluyen, entre los 25 objetivos, acciones sobre embarazo adolescente, entornos seguros y saludables, vida libre de violencias, protección especial, emergencias, migrantes y refugiados, trabajo infantil y justicia, participación de niñas, niños y adolescentes, y contenidos en medios de comunicación.

El 27 de febrero de 2020 fue presentado por la Secretaría de Gobernación, Educación y Salud, el Programa Nacional de Protección a NNA denominado PRONAPINNA (2020-2024) en conjunto con la Estrategia Nacional para la Atención a la Primera Infancia (ENAPI).

El PRONAPINNA contiene los objetivos, estrategias y líneas de acción prioritarias en materia de ejercicio, respeto, promoción y protección integral de NNA⁴⁵. Tiene como finalidad el respeto a la supervivencia y desarrollo de la infancia y adolescencia en

⁴⁵ <https://www.gob.mx/sipinna/galerias/conoce-puntos-esenciales-de-la-estrategia-nacional-de-atencion-para-primera-infancia-enapi-y-programa-nacional-de-proteccion-pronapinna?idiom=es>

México, protegiéndolos cuando se les ha violentado un derecho humano o han sido víctimas de un delito.

Se sustenta en cuatro objetivos prioritarios:

- I. Garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los DDHH relacionados con la supervivencia (que incluye el acceso a la protección de la salud) y a la seguridad social alimentación adecuada, salud mental, prevención y atención integral de las adicciones, identidad y derechos sexuales y reproductivos de todas las NNA.
- II. Garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los DDHH relacionados con el desarrollo, que incluye el acceso a la educación, vivienda digna, entornos de bienestar y medio ambiente saludable.
- III. Proteger integralmente y restituir los DDHH de NNA que han sido vulnerados o han sido víctimas de delitos y;
- IV. Generar un cambio cultural en el que se reconozcan a NNA como titulares de derechos y se le coloque al centro

del diseño y ejecución de las acciones necesarias para la protección de sus DDHH y su interés superior⁴⁶.

Dentro de sus estrategias prioritarias, la 3.3 consiste en implementar acciones para proteger integralmente a las y los adolescentes en conflicto con la ley con 8 acciones puntuales:

1. Garantizar medidas de protección especial y planes de restitución de derechos a la población adolescente que se encuentre en el SIJPA;
2. Diseñar modelos efectivos de internamiento, semi-internamiento y medidas en libertad;
3. Fortalecer los mecanismos federales y estatales del Sistema Integral;
4. Diseñar estrategias de prevención secundaria y terciaria mediante la evaluación e integración de programas y acciones de coordinación en un periodo menor a dos años;

⁴⁶ Idem.

5. Establecer acuerdos de cooperación con las organizaciones de la sociedad civil a fin de coadyuvar en todas las etapas del procedimiento;
6. Promover la especialización de los operadores con lineamientos y contenidos homologados;
7. Diseñar, evaluar y monitorear indicadores de reinserción social de adolescentes y;
8. Crear el sistema de información en justicia especializada para adolescentes⁴⁷.

A su vez, la estrategia prioritaria 3.5 delimita la implementación de acciones en materia de prevención, protección, atención y respuesta a la violencia en contra de NNA, para garantizarles el derecho a la integridad personal con nueve acciones puntuales de entre las cuales es destacable el fortalecimiento de capacidades de la Guardia Nacional y los cuerpos de seguridad estatales y municipales en materia de atención y protección de NNA, así como el fortalecimiento de mecanismos para la detención y atención de violaciones graves

⁴⁷ Idem

de DDHH, incluyendo la desaparición, explotación, reclutamiento de personas menores de 18 años en actividades delictivas, trata y explotación de NNA para su protección integral⁴⁸.

A su vez, la ENAPI impulsa el diseño, desarrollo e implementación de una estrategia integral y multisectorial dirigida a la primera infancia (menores de 5 años), y se sustenta en tres pilares estratégicos:

- a. Cobertura y acceso a servicios de calidad;
- b. Fortalecimiento de habilidades parentales y de crianza y;
- c. Acceso a la participación.

Con relación en estas líneas de acción, resulta indispensable replantear el concepto adolescente, sin percibirle como “el enemigo”, sino como parte funcional de la sociedad, además de replantear los entornos sociales cotidianos en los cuales se desenvuelven; si no transformamos pobreza, marginalidad y exclusión, cualquier política pública en la materia resulta infructuosa; por lo tanto, resulta indispensable transformar las

⁴⁸ Idem

causas estructurales de la violencia, así como fortalecer los entornos sociales que promuevan la solución de conflictos a través de prácticas restaurativas; es decir, para generar propuestas de solución relacionadas con políticas específicas de juventud, debemos sustentarlas en la prevención y, en su caso, rehabilitación.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de la historia, en lo relativo a políticas de seguridad destacan discursos autoritarios, peligrosistas y tutelaristas, de los que han derivado prácticas como la “Tolerancia Cero” o “Mano Dura”, aplicadas sin tomar en cuenta las circunstancias y características particulares que preceden al delito en sí, muy especialmente cuando es cometido por NNA. Este tipo de discursos:

- Critican al garantismo y lo plantean como incapacitante, con argumentos como que ***“obstaculiza una acción eficiente del Estado contra el delito”***, dejando, con su aplicación, un sentimiento de impunidad.

- Con un enfoque asistencialista, dentro del cual, al sentirnos con la obligación de proteger sus derechos, les estamos vulnerando.

A pesar del marco legal y los planteamientos programáticos y de políticas públicas, en la actualidad mexicana persiste ausencia de soportes institucionales debidamente capacitados y especializados que efectivamente los apliquen, protegiendo la integridad, seguridad y los derechos de niñas, niños y adolescentes, incluyendo a adolescentes en conflicto con la ley. Definitivamente, y en el marco lógico, humano y racional de la protección integral y de la prevención, deberíamos centrar nuestros esfuerzos en estrategias preventivas, no correctivas, y mucho menos punitivas.

Se deben instaurar modelos pedagógicos y de cohesión social que fomenten solidaridad y empatía, que sean incluyentes, que fomenten la solución pacífica de los conflictos, evitando la criminalización, marginación y estigmatización desde la infancia y a las y los adolescentes, principalmente quienes se encuentran en situaciones desventajosas. La política pública en materia de niñez y adolescencia debe ser integral, transversal, armónica y no

aislada (una para NNA en general y otra para los adolescentes en conflicto con la ley).

Debemos impulsar, desde la plataforma de los derechos, políticas públicas armónicas (leyes-instituciones-discursos-prácticas) en materia de seguridad, orientadas a la protección de los derechos de la infancia y adolescencia, tomando en cuenta lo ya avanzado, bien planteado y con resultados favorables.

6. FUENTES DE INFORMACIÓN.

Beloff, Mary. Los derechos del niño en el sistema interamericano. Buenos Aires, Del Puerto, 2008.

Baratta, Alessandro. La seguridad desde los derechos humanos. Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia, A.C.

Cancio, Manuel. Derecho Penal del Enemigo. Bonn, Thompson Civitas, 2003.

Comisión para poner Fin a toda forma de Violencia contra Niñas, Niños y Adolescentes, Alianza Global para poner Fin a la Violencia contra NNA. Plan de Acción de México.

Estrategia Nacional de Atención para la Primera Infancia.

González Plascencia, Raúl. Seguridad, justicia y derechos para niñas, niños y adolescentes en México. ¿Hacia dónde van las reformas de la Constitución Federal?

INEGI. Censo Nacional de Procuración de Justicia Estatal, 2018.

Jakobs, Günther; CANCIO M., Manuel. Derecho Penal del Enemigo. Bonn, Thompson Civitas, 2003.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Plan Nacional de Paz y Seguridad 2018-2024.

Rojas Rivera, Areli Zarai. ¿Por qué México debe invertir en la primera infancia para mejorar la Seguridad Humana?

Save the Children. Los Peligros para la Niñez. Indicadores para México.

SIPINNA. Programa Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (PRONAPINNA). Disponible en:

<https://infosipinna.org/25-al-25/>.

<https://www.gob.mx/sre/acciones-y-programas/derechos-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes>.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA MEDIACIÓN EN LA JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTES

Jesús Antonio Hernández García

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA MEDIACIÓN EN LA JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTES

⁴⁹Jesús Antonio Hernández García

SUMARIO

1. Introducción. 2. La responsabilidad de una verdadera aplicación del interés superior del niño. 3. Mediación y el Derecho de la niña, niño o adolescente a ser escuchado. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La mediación vista desde la perspectiva del interés superior del niño, resulta una herramienta muy atractiva a efectos de resolver las controversias de carácter jurídico en la justicia penal de adolescentes, al ser un facilitador quien intervenga de manera imparcial y neutral dentro del proceso penal, con la finalidad de ayudar a las partes a identificar sus verdaderas pretensiones, ya que regularmente los intervinientes llegan a la etapa de aplicación de los mecanismos alternativos con intereses y posturas que

⁴⁹ Doctor en Derecho, egresado por la Universidad Judicial del Poder Judicial del Estado de Durango, Facilitador de Mecanismos Alternos adscrito al Tribunal para Menores Infractores

muchas de las veces truncan las negociaciones, porque no se atienden sus verdaderas necesidades.

Al ser los propios intervinientes quienes tienen el acercamiento en la fase de aplicación de los Mecanismos Alternativos sin una participación directa de las demás autoridades que participan en el proceso penal, por ser la etapa de negociación, el facilitador tiene la responsabilidad de hacer valer que dentro de esas interacciones entre la víctima y el adolescente debidamente acompañado por persona de su confianza, se haga desde la perspectiva del interés superior del niño, ya sea la víctima o el propio adolescente imputado; de ahí la importancia de que el facilitador cuente con la especialización que exige la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes⁵⁰ a efectos de respetar los derechos humanos y el debido proceso sobre la aplicación de mecanismos de protección que garanticen el bienestar particular y social de este grupo vulnerable.

⁵⁰ Ramón Fuentes Alejandro, *“El Principio de Especialización en la Justicia Penal para Adolescentes”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Juárez del Estado de Durango, México, 2016, pp. 76 y 77.

2. LA RESPONSABILIDAD DE UNA VERDADERA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Hablar del Interés Superior del Menor en cualquier aspecto de su aplicación implica conocimiento, estudio, vocación y ser reconocido como defensor de los derechos de la infancia, máxime en el derecho penal, pero enunciarlo solo por enunciarlo sin conocer las verdaderas matices de su aplicación, también puede ser considerado como una irresponsabilidad y falta de conocimiento por parte de su enunciador, lo anterior se comenta porque en aras del interés superior de la infancia en ocasiones se pretende justificar sendas violaciones a los derechos humanos e inclusive de los propios adolescentes en conflicto con la ley. Como ha sido el caso de dejar internados y privados de la libertad a algunos adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal y que realmente no se requiere se implemente semejante medida cautelar, pero que se hace con la intención de protegerlo porque no hay familia a quien entregarlo, entonces se arguye equivocadamente que en aras del interés superior del niño, es mejor que se encuentre privado de su libertad, que ande vagando en las calles en donde se expone a mayores peligros.

Si bien es cierto, el ejemplo anterior no es una actividad reiterada, también lo es, que si se han presentado casos

esporádicos aún en este nuevo sistema penal de adolescentes, no se diga en el sistema tutelar ya extinto “afortunadamente”, en donde si era una actividad reiterada con los adolescentes ingobernables. El invocar el interés superior del menor por parte de las diferentes autoridades o quienes participan en el proceso penal de adolescentes implica la responsabilidad profesional en su ejercicio de ajustarlo y justificarlo tomando en consideración los siguientes pasos:

a) En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás;

b) En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.⁵¹

⁵¹ Párrafo 46 de la Observación General número 14 emitida por el Comité de los Derechos del Niño, en el año 2013, denominada “Sobre el derecho del Niño a que si interés superior sea una consideración primordial”, disponible en: <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> consultada en 27/01/2020.

Por lo anterior se debe entender de que la autoridad debe valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una determinación al aplicar el interés superior del niño, dentro de los elementos que se deben tomar en consideración se encuentran inmersos desde el párrafo cuarenta y siete al ochenta y cuatro de la observación general número 14 publicada por el Comité de los derechos del niño en el año dos mil trece, el párrafo cuarenta y siete de la citada observación establece que:

“La evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión. La “evaluación del interés superior” consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño. Por “determinación del interés superior” se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior”.

En los posteriores párrafos de la observación en comento se traduce entre otras cosas que las autoridades deben valorar las siguientes condiciones antes de tomar una determinación a

efectos de garantizar la debida interpretación del interés superior del niño:

- a) La opinión del niño;
- b) La identidad del niño;
- c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones;
- d) Cuidado, protección y seguridad del niño;
- e) Situación de vulnerabilidad;
- f) El derecho del niño a la salud, y
- g) El derecho del niño a la educación.

Además de los establecidos en el artículo 12 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, entonces y solo entonces de haber evaluado las anteriores consideraciones y haber analizado el contexto actual e inminente en donde los menores se desenvuelven mediante el apoyo de informes obtenidos preferentemente mediante equipos multidisciplinarios y la propia entrevista que la autoridad realice a las niñas, niños y adolescentes involucrados se podrá aducir que en aras del interés superior del niño se toman las subsecuentes determinaciones a efectos de garantizar lo que mejor le convenga.

Se debe entender el interés superior del niño, como un principio, como un derecho y como una norma adjetiva, en

consecuencia su propia flexibilidad deberá ser en pro, de los propios derechos de los infantes y adolescentes y no para justificar toma de decisiones por parte de las autoridades que menoscaban los derechos humanos y dejen en estado de indefensión a este grupo vulnerable, pero no solo las autoridades sino otros actores dentro de los procedimientos judiciales también han justificado la figura del interés superior del niño para su propio beneficio y no para el beneficio del verdadero interesado, el Comité de los Derechos del Niño se pronuncia al respecto manifestando:

*“La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia”.*⁵²

⁵² Párrafo 34 Íbidem.

En consecuencia la mediación como un instrumento reconocido dentro de la mayoría de los procedimientos adjetivos a efectos de resolver controversias de carácter jurídico, será una herramienta muy importante a utilizarse para que al momento de que las partes negocien sus pretensiones, sea desde la verdadera óptica del interés superior del niño y no a los intereses propios o de otros participantes directos o indirectos, de ahí la importancia de que el facilitador en sus actuaciones encamine a las partes a lograr acuerdos que resulten mutuamente beneficiosos a sus pretensiones respetando de manera primordial este derecho humano de las niñas, niños y los adolescentes.

3. MEDIACIÓN Y EL DERECHO DE LA NIÑA, NIÑO O ADOLESCENTE A SER ESCUCHADO

Dentro de los procedimientos de mediación, al igual que en el nuevo proceso penal de adolescentes, se respeta el derecho de los intervinientes menores de edad a ser escuchado y externar su parecer y sus necesidades al momento de encontrarse ante el facilitador, la opinión vertida por los adolescentes sobre la problemática no solo la legal que se conoce dentro de las causas penales, sino también la personal y la que reviste en su entorno familiar, escolar y comunitario debe ser considerada por el

facilitador, para que al momento de redactar los acuerdos sean tratadas éstas problemáticas o en su defecto se informe a la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y le dé el debido seguimiento, lo anterior como parte del interés superior del niño.

Para poder realizar la detección de problemáticas que presentan los adolescentes en conflicto con la ley dentro de los procedimientos minoriles y que no necesariamente tienen que ver con la conducta antijurídica desplegada por éste y por la cual se le está imputando, el facilitador deberá contar con herramientas desarrolladas como la escucha activa para poder leer entre líneas y detectar cuando una niña, niño o adolescente se encuentra por un lado cohibido o por otro reprimido, es muy normal que este grupo vulnerable se cohíban al estar ante una autoridad y dificulte su participación directa en el procedimiento de mediación, de ahí la importancia de que el facilitador actúe bajo el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia a niñas, niños y adolescentes⁵³ y haga uso del rapport para promover su participación, pero cuando un menor de edad presente síntomas

⁵³ Protocolo de actuación para quienes imparten Justicia a niñas, niños y adolescentes, elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año 2012 y una segunda edición en el año 2014.

de encontrarse reprimido, entonces es cuando el facilitador deberá contar con la destreza para poderlo detectar e informarlo a las autoridades correspondientes para su debido tratamiento, es ahí, cuando el principio de confidencialidad que regula a los mecanismos alternativos deberá hacerse a un lado para proteger el interés superior del niño, al encontrarse en un peligro inminente el cual deberá ser atendido.

Como ya se mencionó todas las intervenciones de los menores de edad ante el facilitador se realizan bajo el protocolo de actuación de las niñas y niños que participan dentro de los procedimientos jurisdiccionales, es importante que el adolescente infractor antes de estar presente con la víctima, sepa que es lo que va a ocurrir en la sesión de mediación, para lo cual antes de llevar a cabo una sesión conjunta con las partes el facilitador programa sesiones preliminares por separado con los intervinientes y les explica el procedimiento de principio a fin, cada uno de los detalles y escenarios posibles que se pudieran presentar en la sesión conjunta, y promueve de ese momento su participación, habrá que mencionar que el Comité de los Derechos del Niño ha pronunciado que: *“se deberá garantizar a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño,*

*teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.”*⁵⁴

La autonomía progresiva de los adolescentes en conflicto con la ley penal también es considerada por el facilitador dentro de los procedimientos de mediación, su intervención es imperante para poder determinar la participación del adolescente en una sesión conjunta con la víctima, es importante aclarar que cuando la víctima es un menor de edad habrá que evaluar si es necesaria su participación directa en la sesión conjunta para evitar una doble revictimización, o si ésta, puede ser representada por quien pueda ejercer ese derecho que regularmente resultan ser los padres de la víctima; más no el caso de los adolescentes infractores, éstos tienen que comparecer de manera directa dentro del procedimiento de mediación debidamente acompañados por personas de su confianza o aquellos que se encuentren legitimados para asistirlos en el proceso, es importante que los adolescentes en conflicto con la ley, obtengan una experiencia de

⁵⁴ Párrafo 1 de la Observación General número 12 emitida por el Comité de los Derechos del Niño, en el año 2009, denominada “El derecho del Niño a ser escuchado”, disponible en: <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> consultada el 29 de enero 2020.

legalidad con su participación directa en todas las etapas del proceso y en el procedimiento de mediación no es la excepción.

Es parte de la experiencia de legalidad de los adolescentes en conflicto con la ley, tomen conciencia de que sus malas decisiones tienen consecuencias y éstas se traducen en procesos judiciales derivado de aquellos actos que la autoridad les imputa en la probable comisión de delitos, y por ende, deben asumir esa responsabilidad acudiendo de manera personal en todas las etapas de su proceso incluyendo la mediación y asumir la responsabilidad de sus actos, sin que lo anterior se entienda, la aceptación de la responsabilidad de haber cometido el delito que se le imputa, ya que al final del día, solo mediante el debido proceso una autoridad jurisdiccional puede resolver si se cometió o no, el delito por el cual se le vínculo a proceso. Es importante aclarar que la experiencia de legalidad de los adolescentes en conflicto con la ley, no debe ser estigmatizante, degradante o cualquier otro sinónimo asequible, ya que al tratarse también de un grupo vulnerable se tiene que tener cuidado con las formas de esa toma de conciencia por parte del infractor, sin menoscabar su dignidad.

La participación y el derecho a pronunciarse por parte de las niñas, niños y adolescentes en los procesos de mediación, ayuda al facilitador a tomar en consideración si es necesario tomar ciertas directrices a tratar a efectos de abordar conflictos interpersonales que regularmente se presentan entre los adolescentes en conflicto con la ley y sus propios familiares o en el contexto donde se desenvuelven, este tipo de conflictos en muchas de las veces propician las conductas antijurídicas desplegadas por los adolescentes y se tendrán que abordar antes de continuar con los procesos de mediación, derivado de los resultados que se obtengan se podrán establecer cierto tipo de obligaciones a considerar una vez que se firme el acuerdo reparatorio o el plan de reparación y condiciones por cumplir a efectos de que se les dé un seguimiento por parte de la autoridad administrativa y se obtenga un tratamiento integral para la debida reinserción del adolescente y su problemática personal.

Lo anterior independientemente de los acuerdos que se logren con la víctima en una sesión conjunta en los cuales se vela por la debida reparación del daño y la garantía de no repetición de la

conducta a través de una serie de compromisos y obligaciones del infractor o condiciones reconocidas en la Ley Nacional.⁵⁵

La Convención de los Derechos del Niño toca lo referente al interés superior del niño en su artículo número 3 párrafo 1 la cual literalmente establece:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”⁵⁶

Lo anterior implica que el facilitador adscrito al Tribunal de Menores Infractores y reconocido por la propia ley de la materia como autoridad y/u órgano operador en los procesos minoriles,⁵⁷ tiene la obligación dentro de los procedimientos de mediación de velar al igual que los otros órganos el debido cumplimiento e

⁵⁵ Artículo 102 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

⁵⁶ Aprobada por el Senado de la República y ratificada por el Estado Mexicano en septiembre de 1990.

⁵⁷ Artículo 63 y 64 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes vigente para el Estado mexicano.

interpretación del interés superior del niño como ya se mencionó líneas arriba, esto sin que se pueda interpretar o comparar con las facultades coactivas de las cuales puede disponer el órgano jurisdiccional a efectos de hacer respetar ese derecho inalienable; a diferencia de otros órganos el facilitador solo puede poner a consideración de los participantes en el proceso de mediación, que modifiquen propuestas de solución cuando transgredan el interés superior del niño pero sin que se tome como una imposición, ya que como es conocido, los procedimientos de mediación ante el facilitador se rigen bajo el principio de voluntariedad y solo para el caso de que las partes se nieguen a modificar sus acuerdos que violenten ese interés superior, entonces el facilitador deberá dar por concluido el procedimiento de mediación y cerrar la fase de mecanismos alternativos sin firmar acuerdo alguno.⁵⁸

4. CONCLUSIONES.

La mediación como un mecanismo alternativo para la solución de controversias dentro de los procedimientos penales en donde

⁵⁸ Artículo 32 fracción III de la Ley nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal y el artículo 59 fracción IV de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango.

se ven involucrados adolescentes infractores, resulta ser una herramienta muy valiosa para hacer valer el principio de mínima intervención que regula el procedimiento adjetivo penal del tema que nos ocupa, pero también resulta imperante que los facilitadores cuenten con los conocimientos que brinda la especialización que exige la ley, así como tener la pericia, habilidad y el conocimiento necesario para poder aplicar los mecanismos alternativos en especial la mediación, para hacer valer e interpretar adecuadamente el interés superior de las niñas, niños y adolescentes dentro de sus procedimientos que lleva a cabo y necesariamente ésta experiencia no solo se obtiene mediante la doctrina, sino también por la práctica constante y la capacitación continua.

5. BIBLIOGRAFÍA

Ramón Fuentes Alejandro, “El Principio de Especialización en la Justicia Penal para Adolescentes”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Juárez del Estado de Durango, México, 2016.

Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño.

Protocolo de actuación para quienes imparten Justicia a niñas, niños y adolescentes, elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año 2012 y una segunda edición en el año 2014.

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal de Adolescentes.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal.

Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Durango.

DESTRUCCIÓN DE LOS
REGISTROS Y ANTECEDENTES
CREADOS EN MATERIA DE
JUSTICIA PENAL PARA
ADOLESCENTES.

Álvaro Castilla Gracia

DESTRUCCIÓN DE LOS REGISTROS Y ANTECEDENTES CREADOS EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES.

⁵⁹Álvaro Castilla Gracia

SUMARIO

1. Introducción. 2. Antecedentes penales y adolescentes. 3. El papel del juez especializado respecto al registro de procesos de adolescentes. 4. Control judicial de los antecedentes penales de adolescentes. 5. Experiencias en torno a los registros de adolescentes en conflicto con la ley en el estado de Baja California, 6. Conclusiones, 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

Por disposición constitucional, en México todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Tratándose de menores de edad, la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJPPA), dispone que gozan de todos los derechos humanos inherentes a las personas, y se debe garantizar que tengan oportunidades y facilidades a fin de asegurarles las mejores

⁵⁹ Maestro en Derecho, Juez de Control Especializado en Justicia Penal para Adolescentes en el Estado de Baja California.

condiciones para su desarrollo físico, psicológico, y social, en condiciones de dignidad.

Entonces, especial atención merece el tema de lo que en materia penal para adultos comúnmente llamamos “antecedentes penales”, que jurídicamente constituyen la información que órganos e instituciones de gobierno generan y conservan respecto al involucramiento de una persona en uno o varios delitos y que en su momento no solo puede ser conocido por autoridades sino incluso por particulares, sirviendo esta información para tener un concepto de comportamiento íntimo, personal y social de la persona, en razón del delito en el que esté registrado fue investigado, juzgado o sentenciado.

En la actualidad los llamados antecedentes penales de una persona son una etiqueta que le impide precisamente gozar tanto de un desarrollo como una estabilidad psicológica y social pacífica y armoniosa que le permita vivir plenamente porque de quien se conozca que fue investigado, procesado, juzgado y sentenciado por un delito, automáticamente se genera desconfianza, sospecha y rechazo “por tratarse de un criminal”; rechazo que implica la negación al acceso en condiciones de igualdad con otras personas, de empleos, servicios, créditos y

otros satisfactores porque se considerarse que no goza de un modo honesto de vivir ni de buena fama pública.

2. ANTECEDENTES PENALES Y ADOLESCENTES.

Tratándose de personas adolescentes ¿cómo podemos evitar que esto suceda?, ciertamente la ley especial de la materia, prevé y regula lo relativo al registro de procesos, sin embargo, dicha regulación es insuficiente para garantizar que la persona adolescente que se involucró en un conflicto penal, no sea etiquetada y estigmatizada por existir en su contra información que lo relaciona con hechos y conductas delictivas que al conocerse impidan que goce de un desarrollo psicológico y social en condiciones de dignidad, la ley especial es insuficiente y en realidad los jueces en ejercicio de sus atribuciones y facultades discrecionales realiza actos jurisdiccionales encaminados a cumplir con la protección más amplia de las personas adolescentes; es sucede así en base a lo siguiente.

El artículo 37 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes dice:

*“Artículo 37. Registro de procesos
Los antecedentes y registros relacionados con
personas adolescentes sometidas a proceso o*

sancionadas conforme a esta Ley en ningún caso podrán ser utilizados en contra de la misma persona, en otro juicio derivado de hechos diferentes.

Si la persona adolescente fuere absuelta mediante sentencia firme, el registro y los antecedentes se destruirán transcurridos tres meses contados desde que la sentencia quede firme. Antes del vencimiento de este plazo, la persona adolescente o su defensor podrán solicitar que estos registros se conserven íntegramente, cuando consideren que su conservación sea en su beneficio. Si el caso se resuelve mediante una salida alterna, los registros relacionados se destruirán dos años después de haberse cumplido con el acuerdo reparatorio o el plan de reparación de la suspensión condicional del procedimiento.

Pasados tres años del cumplimiento de la medida de sanción impuesta o extinguida la acción penal por las causales previstas en esta Ley, se destruirán todos los registros vinculados con el proceso legal.

No obstante lo dispuesto en esta norma, los registros que contengan la sentencia se preservarán, salvaguardando, en todo caso, la información sobre los datos personales de las partes, peritos y testigos en el proceso.”⁶⁰

⁶⁰ Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

Es de observarse que la ley no es casuística, no especifica cuáles son los antecedentes y registros que podrán conservarse o cuáles deberán destruirse ya que si bien es verdad que la ley señala que se destruirán todos los registros vinculados con el proceso legal, no menos cierto es que en la instauración y desahogo de un proceso legal pueden crearse un sinnúmero de registros que desde luego dejan una huella que “marcará” al adolescente durante su vida, como lo son los actos de investigación desde que se recibe o presente la denuncia o querella.

Acto que genera de inicio una serie de oficios tanto en papel como a través de sistemas informáticos emanados del órgano investigador, o la autoridad judicial, o de la autoridad administrativa, también exhortos girados o recibidos, informes de autoridades e incluso de particulares, también citatorios para autoridades como policías, fiscales, o para defensores particulares o defensores públicos, citas o notificaciones a la víctima, al ofendido, al asesor jurídico, citas u órdenes a peritos, a la persona adolescente, sus padres, tutores o persona encargada de su cuidado, por decir algunos antecedentes que se generan y dejan constancia fáctica de la existencia de un procedimiento o de un proceso de carácter penal.

3. EL PAPEL DEL JUEZ ESPECIALIZADO RESPECTO AL REGISTRO DE PROCESOS DE ADOLESCENTES.

Así que a fin de lograr esa protección al desarrollo psicológico y social de la persona adolescente, en cuanto a la destrucción de los registros y antecedentes vinculados con el proceso penal, se debe establecer cuál autoridad judicial es la que tendrá la jurisdicción y competencia para ese cometido, por lo que conforme a lo previsto en los artículos 100 y 109 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, tratándose de la extinción de la acción penal ya sea por motivo del cumplimiento de las condiciones impuestas en la suspensión condicional del proceso o por haber operado a favor de la persona adolescente la prescripción, dispositivos legales que en lo que interesa establecen:

“Artículo 100. Procedencia

La suspensión condicional del proceso procederá a solicitud de la persona adolescente o del Ministerio Público con acuerdo de aquél, en los casos en que se cubran los requisitos siguientes:

I. Que se haya dictado auto de vinculación a proceso por hechos previstos como delito en los que no procede la medida de sanción de internamiento establecida en esta Ley, y

II. Que no exista oposición fundada de la víctima u ofendido.”⁶¹

“Artículo 109. Plazos especiales de prescripción

Atendiendo a las reglas de prescripción establecidas en las legislaciones penales aplicables y teniendo en cuenta la edad de la persona adolescente al momento de la comisión de la conducta, la prescripción de la acción penal se ajustará a lo siguiente:

I. Para las personas adolescentes del Grupo etario I, la prescripción de la acción penal, en ningún caso, podrá exceder de un año;

II. Para las personas adolescentes del Grupo etario II, la prescripción de la acción penal, en ningún caso, podrá exceder de tres años;

III. Para adolescentes del Grupo etario III, la prescripción de la acción penal, en ningún caso, podrá exceder de cinco años.

Lo previsto en las fracciones anteriores aplicará para las conductas cometidas por las personas adolescentes de conformidad con la presente Ley. En los demás casos, la prescripción será de un año.

⁶¹ Ibidem.

Tratándose de delitos sexuales o de trata de personas cometidos por adolescentes en contra de niñas, niños y adolescentes, el plazo de prescripción empezará a correr cuando la víctima cumpla dieciocho años.”⁶²

Con base en lo anterior, resulta incuestionable que es al juez de Control a quien le compete llevar a cabo la destrucción, incluso hasta en forma oficiosa en razón que el citado artículo 37 no dispone que dicha destrucción de antecedentes y registros se hará a petición de parte, lo que se concatena con lo primeramente dicho en el sentido que las autoridades tienen la obligación de proteger los derechos humanos de las personas, aunado esto a que en la materia especial que nos ocupa, la interpretación de las disposiciones legales debe hacerse en todo tiempo favoreciendo a las personas adolescentes con la protección más amplia, como se indica en el artículo 9º de la citada LNSIJPPA que es enfática al disponer lo siguiente:

“Artículo 9. Interpretación

La interpretación de las disposiciones contenidas en esta Ley deberá hacerse de conformidad con la Constitución, los principios rectores del Sistema, la Ley

⁶² Ibidem.

General y los Tratados Internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas adolescentes la protección más amplia”

En lo que atañe a la destrucción de registros o antecedentes cuando hayan pasado tres años del cumplimiento de la medida de sanción impuesta, la autoridad jurisdiccional competente es él o la jueza de Ejecución Especializado para adolescentes.

4. CONTROL JUDICIAL DE LOS ANTECEDENTES PENALES DE ADOLESCENTES.

Una vez determinada la autoridad jurisdiccional competente, se debe acudir ante ella para solicitar que lleve a cabo el procedimiento de destrucción de los antecedentes y registros que se conformaron en el proceso; trámite procedimental que vale decir que no solo beneficia a la persona adolescente que en su momento tuvo calidad de imputado, acusado o sentenciado.

Ahora bien, la realidad es que también beneficia a la persona víctima porque también se le causa una estigmatización tener esta calidad o etiqueta, que psicológica y socialmente le impide un pleno desarrollo, además que la víctima tiene el derecho de intervenir en cualquier etapa del proceso, y aunque la etapa en la que se pasa a la destrucción de antecedentes y registros, no es

propiamente una etapa del proceso penal acusatorio modalizado, es un hecho que la víctima tiene derecho a siempre ser oída más aun cuando existe la posibilidad que a ella se le requiera que entregue los registros que se le hayan proporcionado por cualquier autoridad y haya constancia de ello, que contengan información de la persona adolescente que haya sido investigada, procesada, absuelta o sentenciada.

Ahora bien, específicamente en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes no encontramos dispuesto la manera, la forma o de cómo se realizará la destrucción de los registros, la forma de hacerlo se ha establecido en reglamentos o acuerdos que en los distintos poderes judiciales de la nación se han elaborado para el trato a los archivos de información y procesos materialmente conformados (Expedientes) y con el carácter de normas generales es como se aplican esos reglamentos y acuerdos que vienen a suplir la ausencia de exhaustividad y claridad en la ley especial.

Hay que tener presente que no solo se trata de documentos impresos o elaborados en papel, también existen registros electrónicos almacenados en servidores o plataformas de distintas autoridades u órganos de gobierno, y también hay registros en

audio y video guardados ya sea en disco compacto e inclusive en dispositivos USB, o en discos duros de ordenadores móviles; entonces, ¿cómo deberá realizarse la destrucción?, ¿por incineración?, ¿trituration o compactación? o ¿la disolución en algún agente químico?; la ausencia en la ley de la indicación de cuales son las autoridades obligadas a destruir los registros con los que cuentan, así como la forma y procedimiento legal para destruirlos, permite que lo hagan ajustados a su normatividad interna si la tienen o generalmente en forma discrecional.

5. EXPERIENCIAS EN TORNO A LOS REGISTROS DE ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY EN EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA.

Si bien es cierto cada Poder Judicial de las entidades federativas cuentan con su marco legal referente al tratamiento de su archivo judicial, no menos cierto es que la forma de llevar a cabo la destrucción o conservación de dichos archivos o registros son ambiguos o inespecíficos.

En el partido judicial de mi adscripción que es la ciudad de Mexicali, capital del Estado de Baja California, el trámite para la destrucción física, material de registros en materia de justicia para adolescentes es muy sencillo, rápido y eficaz.

Este inicia con la solicitud que hace el defensor de la persona adolescente ante la Unidad de Justicia para Adolescentes del Poder Judicial, escrito mediante el cual pide el desahogo de una audiencia oral (clasificada por la administración de la unidad judicial como “audiencia general”) en la que el promovente expone que el motivo de la solicitud es con base al artículo 37 de la Ley especial, en base al análisis del motivo y supuestos legales que generan la petición, la administración judicial designa ante cual órgano jurisdiccional Especializado se desahogará la audiencia oral, si ante el Juez de Control o ante el Juez de Ejecución Especializados para Adolescentes, la administración de la unidad judicial envía en forma electrónica a la agenda del juez especializado competente la información de día y hora en que presidirá la audiencia general con la nota “solicitud de destrucción de registros”, asimismo, la administración genera las citaciones para la persona adolescente, su defensor, la víctima u ofendido, el asesor jurídico y al fiscal especializado.

Hecho lo anterior y una vez constituidos en audiencia con las formalidades y solemnidades correspondientes, constatada la competencia para resolver sobre la petición, escuchadas las partes, sobre todo respecto a de cuáles registros se trata, con su

respectiva descripción, identificación y ubicación física, así como cuales registros deberán conservarse y en su caso entregarse a quien esté legitimado para ello, como es el caso de documentos originales consistentes frecuentemente en facturas, actas de nacimiento, actas de defunción, escrituras, contratos, credenciales o identificaciones o cualquier otro que se haya integrado a la carpeta de investigación o inclusive se haya introducido como prueba en la audiencia de juicio, etcétera.

El juez determina sobre lo procedente de la solicitud efectuada por encuadrarse en tiempo y forma en alguno de los supuestos legales contenidos en citado artículo 37 de la ley especial; también el juez determina a cuáles autoridades u órganos de gobierno deben destruir los registros previa y debidamente identificados, señalando que estará a cargo de los obligados a realizar dicha destrucción en tal forma que el propósito se logre, y que debe levantar acta con las formalidades de ley que dé cuenta fehaciente que se cumplió con el mandamiento judicial, señalando el plazo para llevar a cabo dicha destrucción con la obligación de la autoridad requerida de citar al interesado para que esté presente en el momento en que la destrucción se lleve a cabo, así como rendir el informe a la autoridad judicial de la consumación y cumplimiento al mandamiento judicial efectuado

con el acompañamiento de las constancias legales que así lo acrediten (han informado, por ejemplo la fiscalía que borró los registros informáticos existentes en su base de datos, compiló todo documento que se elaboró para conformar la carpeta de investigación y una vez integrados se procedió a su trituración física, casi de igual forma lo ha informado la autoridad administrativa en cuanto a lo relativo de la estancia de la persona adolescente ya sea en forma cautelar o por tratamiento en internamiento en respectivo Centro, con la salvedad que dicha autoridad lleva a cabo la destrucción de sus registros a través de la incineración.

Rendidos los informes por parte de las autoridades a las que se les haya ordenado la destrucción de registros, el órgano jurisdiccional especializado a su vez ordena a la Dirección del Archivo Judicial del Estado de Baja California, a la que previamente se le remiten los registros que en físico haya, desde luego debidamente empaquetados, proceda conforme al reglamento que le regula, de la forma conducente (trituration e incineración) a la destrucción de lo remitido; y el juzgador también ordena a la Dirección de informática del Poder Judicial del Estado, que proceda a borrar los registros correspondientes única y exclusivamente al caso de que se trate, salvaguardándose

únicamente que existió ese número de proceso pero al consultarlo aparece la nota que su contenido ha sido borrado según el número de oficio por el cual esa acción se haya ordenado.

6. CONCLUSIONES.

Finalmente, han habido casos en los cuales los registros del proceso, incluyen la solicitud de la eliminación de información relacionada con el mismo como cuando un medio de comunicación dio noticia de los hechos delictivos y algunos pormenores que permiten la identificación del adolescente, por lo que se ordena al medio que desincorpore específicamente la información que aparece en su página electrónica y que contenga datos que hagan posible la identificación del imputado, acusado o sentenciado, en estos casos el argumento válido del adolescente consiste en que esa información incluso histórica le causa inestabilidad psicológica, emocional y un descrédito social; o bien casos que la solicitud de destrucción incluye los registros de la detención efectuada por los agentes de la policía, o aquellos obrantes en las instituciones armadas por haber sido miembros del Ejército o la Armada los que efectuaron la detención; también en los casos de procesos seguidos por el delito de daño en propiedad ajena por culpa, para solicitar que en la destrucción se

incluyan los archivos y documentos que ante la Dirección de Tránsito y Transporte lo involucran como autor del accidente.

Es así como a los jueces especializados en justicia penal para adolescentes nos corresponde velar que en forma efectiva y exhaustiva se destruyan todos los registros vinculados con el proceso legal, no solo aquellos que sirvieron de base para su instauración.

7. BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL
MENOR COMO LIMITE A LAS
REFORMAS CONSTITUCIONES,
DESDE UN ANÁLISIS
AUTOPOIETICO

Efrén Enríquez Pineda

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO LIMITE A LAS REFORMAS CONSTITUCIONES, DESDE UN ANÁLISIS AUTOPOIETICO

⁶³Efrén Enríquez Pineda

SUMARIO

1.- Antecedentes Constitucionales, 2.- Punto de partida, 3.- Constitucionalismo y Teoría de Sistemas, 4.- Constitución, Biología y Sistema, 5.- La Constitución, un sistema biológico-social, su propiedad irritable, 6.- La Constitución, un sistema biológico-social, su función metabólica, 7.- La función depurante de la constitución, 8.- El interés superior del menor en la operatividad del sistema constitucional 9.- Conclusiones, 10.- Bibliografía

1. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES.

En la Edad Media comienza el desarrollo y expansión de las constituciones. En esta época se extienden las *cartas*, especialmente locales, que regulan la existencia de los burgos, marcando los derechos y garantías correspondientes al pueblo.

⁶³ Maestro en Derecho, egresado por la Universidad Juárez del Estado de Durango, Secretario General de Acuerdos del Tribunal para Menores Infractores.

El constitucionalismo moderno parte de la época de las revoluciones liberales del siglo XVIII (Revolución de Córcega, Revolución francesa, emancipaciones americanas, etc.) como respuesta al Antiguo Régimen y su sistema absolutista o autoritario. El siglo XIX supuso un desarrollo constante de esta idea de constitución, de división de poderes y de establecimiento del derecho moderno como hoy lo conocemos. Así, con el liberalismo, las constituciones se concretan y desarrollan mucho más que en ningún otro momento histórico.

Las primeras constituciones modernas (empezando con la estadounidense de 17 de septiembre de 1787) estableciendo los límites de los poderes gubernamentales, y de protección de los derechos y libertades fundamentales con las primeras enmiendas de 15 de diciembre de 1791 conocidas como Declaración de Derechos (*Bill of Rights*).

El siguiente hito fundamental fue la Segunda Guerra Mundial, luego de la cual el proceso iniciado levemente en la Revolución francesa tuvo un gran desarrollo y aceptación. Este proceso fue el reconocimiento de los Derechos Humanos que, desde entonces y de manera creciente, tiene una mayor aceptación como parte esencial de toda constitución. La norma fundamental no solo es, entonces, una norma que controla y estructura el poder y sus

manifestaciones en una sociedad, sino que además es la norma que reconoce los derechos que el Estado advierte en todas las personas. La Constitución no otorga los derechos, como tampoco lo hacen las múltiples declaraciones que internacionalmente se han pronunciado sobre el tema, los derechos humanos son precedentes a cualquier estado y superiores a cualquier expresión de poder que este tenga.

Hasta el día de hoy el proceso demostró un desarrollo gracias al cual el modelo inicial del sujeto poderoso y violento pasó al pueblo soberano y superior en sus derechos a cualquier expresión del Estado. Hoy el sujeto poderoso no es una persona, sino que es una entequeia creada por el pueblo y ocupada por él según las normas que este mismo estableció a través de una Constitución.

El punto más novedoso de este desarrollo se da con la certeza de que la mera declaración de derechos no hace a estos invulnerables a cualquier violación o intento de violación por parte tanto del Estado como de otras personas. En ese sentido el desarrollo del Constitucionalismo moderno se dedica al estudio de procedimientos que aseguren una adecuada protección a los derechos reconocidos.

2. PUNTO DE PARTIDA.

Desde 1917 a la fecha, el Estado mexicano se reestructuro, por los crecientes movimientos revolucionarios de 1910, la línea temporal hasta 2011, se sigue manteniendo una óptica aislada, de la modernidad constitucional y estatal.

No obstante, la constitución, no solo puede considerarse como una ley o como común y vulgarmente se señalaba, ley de leyes, pues al proponerse esbozar una teoría biológica, debe avizorarse a esta con base a su función y sentido de manera que la constitución pueda entenderse como un sistema vivo.

Dentro de las teorías naturalistas sobre la evolución y origen de las especies donde podemos recordar a Charles Darwin con su teoría de la selección natural, parece interesante el hacer mención a las funciones básicas de un ser vivo como son el nacer, crecer, reproducirse y perecer, y la interrogante que merece particular atención se funda respecto a la siguiente pregunta: ¿puede considerarse a la Constitución como un ser vivo?, es decir, puede ser equiparada como un organismo natural, pues recordemos que la ley fundamental, es producto del consenso social y cultural de un Estado, pero si analizamos un poco a fondo esta interrogante

inicial, nos encontramos con que la Constitución cumple con esas cuatro finalidades básicas de los seres vivos, nace al ser creada en el seno del constituyente, crece al momento de adicionarse una nueva disposición a ella, se reproduce cuando es necesario el crear disposiciones para reglamentar una disposición constitucional específica, y perece cuando deja de cumplir con sus propósitos y deja de ser útil.

Los seres vivos son investidos de dos grandes capacidades: la función metabólica consistente en el procesamiento de sus células, y una segunda llamada irritabilidad, consistente en la aptitud de responder ante cualquier estímulo. Una Constitución también las contempla en el sentido de que ésta debe procesar su contenido en ánimos de depurar aquello que ya no aporta sentido tanto a la Constitución como al Estado, y respecto al segundo rubro en el ánimo de estar atenta a los cambios que el simple devenir de los sucesos le presentara como retos.

Aparte de estas funciones, un código político cuenta con dos elementos importantes: el elemento simbiótico, el cual se traduce en la congruencia que debe existir entre los factores tiempo y espacio, dentro del Estado al que pertenece, y el elemento adaptabilidad, consistente en la aptitud de evolucionar, pues no

sobrevive el ser vivo más fuerte sino el que mejor evoluciona y se adapta a los cambios. Cuando los cambios se presentan de forma de generar un cambio significativo, pero no existe este ánimo de adaptación se sufre una involución y se entra a la antesala de la extinción.

Nuestra Constitución, que, si bien el pasado 5 de febrero conmemoró un año más de vida, y que manifestó un cambio significativo a la luz de las reformas de junio de 2011 en materia de derechos humanos, sigue siendo vista como una anciana enferma y contaminada que se aproxima a su muerte, con base en que no se adapta a los cambios que el tiempo le ha presentado y le sigue presentando.

Una Teoría Biológica de la Constitución no consiste en otra cosa que asimilar a la ley suprema como un ser vivo, que, si no es bien tratada su evolución, se estará cerca de acudir a su funeral. Pareciera que cada día que pasa se aminora el trecho entre este suceso: los pasos que hemos dado como Estado, son erráticos y pequeños, tal vez por temor, pero esta inseguridad sólo ocasiona el incremento en la metástasis en el Estado y una vez que se incrementa quizá no resulte tan benéfico el tratamiento para ella. No obstante, el ciclo en la vida nos deja de manifiesto que es

necesaria la muerte para el inicio de un nuevo ciclo de vida, tal vez ya sea necesario que se trabaje en la Constitución mexicana del nuevo siglo, pero siempre teniendo presente que aun y si se lograra una nueva ley fundamental, si ésta no procesa su contenido y no se adapta a los cambios dejará de ser funcional y también puede perecer.⁶⁴

Viendo a la Constitución desde la óptica biológica, exige un compromiso mayor para nuestro Estado y más para nuestros legisladores ya que éstos representan las células básicas dentro de la función metabólica, irritable y adaptable, de nuestra Constitución viva.

3. CONSTITUCIONALISMO Y TEORÍA DE SISTEMAS.

¿Qué es una Constitución? siempre que se habla de la Constitución, se debe comenzar con esta pregunta, puesto que los conceptos que se otorgan en la mayoría de los casos son tan diversos en forma, pero no en el fondo pues son correctos. Ante

⁶⁴ Vid. Enríquez, Pineda Efrén “*Hacia una Teoría biológica de la Constitución*” Revista Electrónica Hechos y Derechos, IIJ – UNAM, 2012. Visible en web <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/6706/8642>.

la promulgación de la Constitución prusiana Ferdinand Lasalle emite una conferencia respecto a la Constitución, antepone la diferencia de esta a una ley, y conceptualiza a la Constitución como “*la suma de los factores reales de poder*” y a la letra expone:

*“He ahí pues señores, lo que es en esencia, la Constitución de un país; la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país, pero ¿Qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución; es decir con la Constitución jurídica?, no es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan ente si, se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da la expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en Derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado”.*⁶⁵

En consecuencia, de esa intervención de Lasalle, encontramos una gran inducción, puesto que los factores reales de poder no se extinguen ni se extinguirán; también son llamados poderes

⁶⁵Lasalle Ferdinand *¿Qué es una Constitución?* trad. de Wenceslao Roces, 2ª Edición, Ariel, Barcelona, 2001, p. 16.

fácticos, y son los que, en verdad, generan, cambian y extinguen decisiones.

En otra perspectiva, Fix-Zamudio ve en un primer acercamiento a la Constitución como instrumento de control, señala al respecto que es vasta la importancia que se otorga al tema de control que se considera aunada al concepto mismo de Constitución ya que es un fundamento necesario para que pueda existir el Estado de Derecho y el régimen democrático.⁶⁶

Al esbozar una teoría constitucional, Karl Loewentein, respecto a la teoría del control en el Estado constitucional, señala que “la Constitución es un dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”.⁶⁷ Manuel Aragón⁶⁸ considera a la Constitución como un elemento inseparable del Estado, más si con ello se garantiza el esquema de control al poder.

⁶⁶Vid. Fix-Zamudio Héctor, “*Derecho constitucional mexicano y comparado*” 4ª Edición, Porrúa, México, 2005. p. 30.

⁶⁷Loewenstein Karl, citado en Fix-Zamudio Héctor, “*Derecho constitucional mexicano y comparado*” 4ª Edición, Porrúa, México, 2005. p. 31.

⁶⁸Aragón Manuel, citado en Fix-Zamudio Héctor, “*Derecho constitucional mexicano y comparado*” 4ª Edición, Porrúa México, 2005. p. 31.

Sin embargo, también existen posturas respecto a un cauce de apertura. La concepción abierta de la Constitución se encuentra fundamentada principalmente en las teorías de Karl Popper, y se puede ver en dos puntos: uno interno y uno externo.

El primero se detalla con base a que la Constitución ha sido producto de una sociedad pluralista, y el aspecto externo, a la influencia que ejercen la globalización y los agentes del exterior respecto a las Constituciones de otras naciones.⁶⁹

La apertura constitucional constituye un esquema de progreso y de transición hacia nuevos horizontes, porque la actividad estatal que regula la ley fundamental, es dinámica no puede ser estática o cuadrada. Los Estados que presumen de modernos, es porque han dado seguimiento a una exigencia cultural, una situación que se exige y condiciona la actividad dentro del Estado.

El jurista mexicano Miguel Carbonell, en el tema de la apertura constitucional, señala que no se puede hablar de Constituciones abiertas y cerradas en lo absoluto, sino que toda Constitución moderna debe tener un cauce de apertura, aunque sea mínimo.

⁶⁹ *Vid.* Fix-Zamudio Héctor. *Op. Cit.* p. 33.

Inmerso en la concepción abierta de la Constitución, tiene relevancia en dos aspectos importantes los cuales me permito transcribir:

“A) En el momento de crear una nueva Constitución, el constituyente debe perfilar dos márgenes suficientes de movilidad política, del Poder Legislativo, para que, sin dejar de prever el orden fundamental de la sociedad, no impida la convivencia de distintas concepciones políticas, dentro de su marco, porque de lo contrario puede llevarnos con frecuencia a la reforma constitucional, o lo que es peor a un distanciamiento entre la realidad política y la Constitución, lo que a su vez puede provocar una pérdida de la fuerza normativa de la misma , y

“B) Al interpretar las leyes y la Constitución, los órganos de la jurisdicción constitucional deben preservar por vía hermenéutica, y no limitar los márgenes de apertura Constitucionalmente previstos, debiendo considerar constitucionales todas aquellas leyes cuyo texto permita hacer una interpretación constitucionalmente adecuada, y deberá declarar la inconstitucionalidad únicamente en los casos en los cuales resulta lesionado aquello que la Constitución inequívocamente protege”.⁷⁰

⁷⁰Carbonell, Sánchez Miguel *“Constitución reforma constitucional y fuentes del derecho en México”* 6ª Edición, Porrúa, México, 2008, p. 184.

Peter Häberle en relación con la concepción de la Constitución nos indica que es un manifiesto cultural. Toda Constitución vive en última instancia de la dimensión de lo cultural.

“La protección de los bienes culturales, las libertades culturales especiales, las cláusulas expresas sobre el patrimonio cultural, y los artículos generales sobre el Estado de cultura no constituyen sino las manifestaciones particulares de la dimensión cultural general de la Constitución”.⁷¹

Por consiguiente, una Constitución no puede estar alejada de la realidad del Estado y viceversa, pues la Constitución es una manifestación cultural, una exigencia del pueblo que decide regularse de la forma y procedimientos que ésta pacta con el Estado en su Constitución.

3.1. FINES DE UNA CONSTITUCIÓN.

Una Constitución es todo un manifiesto social y cultural; consigna no solo la integración de un Estado, sino todo un postulado de situaciones propias, refiriéndose tanto a los

⁷¹Häberle Peter “*El Estado constitucional*” Trad, de Héctor Fix-Fierro, UNAM, México, 2003, p. 5.

elementos del Estado y la forma en que la vida dentro de éste se llevará acabo.

La gran parte de los estudiosos del Derecho Constitucional coinciden en que la Constitución debe contener un fin, o mejor dicho un propósito, una Constitución debe tener un resultado y un objetivo; los Estados modernos han adoptado una postura abierta respecto al multiculturalismo que los invade y los caracteriza e inclusive identifica como propios.

En este tenor se precisan los fines tanto del Estado como de su Constitución. Un Estado visto como necesidad colectiva, tiene como fin la felicidad, mientras que por su parte una Constitución debe materializar en su texto un fin supremo mayor a toda virtud. La historia nos deja el legado de constantes evoluciones y cambios generacionales, que proveen de ideas, sentimientos y valores a los Estados, los cuales llegan a consolidar esquemas armónicos de constante libertad, justicia y prosperidad.

Y la Constitución más que ser un documento legal debe ser un valor y una premisa; pues su contenido es tan valioso como el mismo hombre por ser un producto de éste, y de manera personal podemos decir, que la Constitución debe buscar como fin la

perfección del hombre; que para el caso ya en particular debe comprenderse al propósito de la ley fundamental como el orgullo de los hombres, pues un pueblo debe estar siempre orgulloso de su Estado y de su Constitución.

3.2. LA CONSTITUCIÓN PLURALISTA, LA CONSTITUCIÓN DE TODOS.

La importancia de una ley fundamental, no radica en su simple creación radica en el debate y el espacio temporal en que ésta se ajusta, el espacio temporal delimita y condiciona la vida de vigencia de la ley fundamental, ahora bien, esta situación reviste mayor importancia en los diálogos y debates que la crean, es decir la dilación constructiva. Los debates para la creación de un texto pueden ser tediosos en consecuencia no pueden tomarse a la ligera los debates al respecto.

Una Constitución pluralista es la que alberga todas las ideologías, confiere y protege derechos fundamentales, es un documento básico que no puede ser específico, solo debe limitarse a regular cuestiones inherentes al estadio cultural, pues al ser una disposición con un contenido específico, se cae en la técnica de la perplejidad y se contribuye a la confusión constante

y a la generación de lagunas donde al respecto Gustavo Zagrebresky comenta:

“Una Constitución plural es aquella que está llena de principios se diferencian por aspectos distintos a las normas inferiores, pues la constitución rígida no es un invento de juristas preocupados por la legalidad, la legalidad constitucional es capaz de imponerse por encima de un proyecto legislativo, pues una Constitución rígida es resultado de un choque de fuerzas”.⁷²

La Constitución pluralista, alberga las ideologías como comentaba, pues este documento se fortalece por las mayorías y minorías, en una óptica personal, el contenido múltiple de que goza la sociedad pluralista, imana desde la sociedad y empapa a la Constitución, pues el texto constitucional no debe ser alejado de la realidad y más allá, cuando surge el rol de los poderes legislativos, en donde quizá el papel más significativo sea el de protección y resguardo del orden constitucional, el cual describiremos en líneas ulteriores.

⁷² Zagrebelsky Gustavo. *Op. Cit.*, pp. 375-376

3.3. TEORÍA DE SISTEMAS.

De acuerdo a la ley de la variedad de Ashby, que consiste que entre más complejo sea un sistema este habrá de explicarse de forma compleja, así las cosas, en la teoría de sistemas hay que entender una serie de cualidades inherentes a un sistema:

En ese orden de ideas la teoría de sistemas primeramente se sostiene por la diferencia que permite identificar y diversificar al sistema de otros sistemas, la contingencia por su parte permite a las otras posibilidades realizar una cosa es decir una libertad de elección, el sentido que tiene tres dimensiones real u objetual, temporal y social, generalmente la primera que se refiere a objetos, la segunda al factor tiempo y la tercera a la imposición que ego y alter juegan dentro del sistema, así mismo un sistema es autopoietico, es decir es capaz de reconocer sus propios elementos para general otros componentes, de esta manera se podría decir que un sistema es autosostenible, y a la vez estructuralmente cerrado, es decir impide la intromisión de otros sistemas o subsistemas en este, el acoplamiento estructural, que se refiere a como u sistema autopoietico es capaz de sobrevivir, y para esto el autor alemán basa su teoría en la comunicación como una generadora de puentes, y para que la autopoiesis sea continua

este conglomerado de comunicaciones debe establecer vínculos con otras comunicaciones.

3.4. TEORÍA DE LA SOCIEDAD

La teoría de la sociedad permite comprender los procesos estructuras y auto descripciones de la sociedad, esta teoría se desenvuelve en tres ámbitos, 1) teoría del sistema, 2) teoría de la comunicación y 3) teoría de la evolución, así las cosas, la teoría moderna de los sistemas se basa en un sistema autopoietico el elemento medular es la comunicación y no los roles.

La sociedad constituye una diferencia, es un sistema autopoietico, y a la vez complejo, la sociedad mundial constituye un sistema complejo que abarca todas las comunicaciones posibles.

La sociedad puede diferenciarse en subsistemas, siguiendo un principio divergente, y para esto el señala que el factor de diferencia que puede explicar el fenómeno social de la humanidad, gira en torno a la igualdad y la desigualdad y para esto explica las sociedades segmentarias y las sociedades estratificadas, de manera que todo es susceptible de explicarse a través de una diferenciación funcional, ya que la función consiste

en la solución a un problema de la sociedad global. Y para esto precisa que en el subsistema político el problema sería la política, en el subsistema derecho el derecho.

3.5. AUTOPOIESIS

Son autopoieticos los sistemas que presentan una red de procesos u operaciones (que los definen como tales y lo hacen distinguibles de los demás sistemas), y que pueden crear o destruir elementos del mismo sistema, como respuesta a las perturbaciones del medio. Aunque el sistema cambie estructuralmente, dicha red permanece invariante durante toda su existencia, manteniendo la identidad de este. Los seres vivos son en particular sistemas autopoieticos moleculares, y que están vivos sólo mientras están en autopoiesis.

La autopoiesis es la propiedad básica de los seres vivos puesto que son sistemas determinados en su estructura, es decir, son sistemas tales que cuando algo externo incide sobre ellos, los efectos dependen de ellos mismos, de su estructura en ese instante, y no de lo externo. Los seres vivos son autónomos, en los que su autonomía se da en su autorreferencia y son sistemas

cerrados en su dinámica de constitución como sistemas en continua producción de sí mismos

4. CONSTITUCIÓN, BIOLOGÍA Y SISTEMA.

Los seres vivos, tienen como finalidad primordial el sobrevivir a lo largo de su vida, puesto que sus propósitos primordiales son nacer, desarrollarse, reproducirse y extinguirse, situación que es afín a todo ser vivo incluso aquellos de naturaleza pluricelular o bacteriana y esos propósitos se dan a través de la selección y la adaptación natural.

En ese sentido, no debe pasar inadvertido lo expuesto por Darwin en su teoría de la selección natural de que todos los seres vivos son producto de una evolución y adaptación constante de donde se desprende la función irritable de los seres vivos conocida como irritabilidad que no es otra cosa más que una capacidad de reacción a estímulos externos, así mismo tienen una función metabólica que les permite procesar su contenido y cambiar su composición, lo cual es permisible analizar de manera exhaustiva como se expone a continuación.

4.1. IRRITABILIDAD.

Los seres vivos tienen la capacidad de responder a una variedad de estímulos tanto del medio exterior como del medio interno. Esta capacidad de respuesta se denomina irritabilidad, porque es diferente a otro tipo de respuestas que se observan en la naturaleza. Por ejemplo, existen muchas respuestas también en la materia inerte, como la respuesta de un metal frente a un ácido o la respuesta de un resorte al ser tensionado.⁷³

Pero las respuestas de los seres vivos, a diferencia de los ejemplos anteriores, son de tipo adaptativas, es decir, tienen un valor desde el punto de vista de la sobrevivencia o de la integridad del organismo, mientras que las respuestas como las del metal o el resorte que acabamos de describir, no se relacionan con ningún valor o principio superior, son siempre iguales porque simplemente ocurren siguiendo leyes de tipo físico-químico. El metal frente a un ácido se corroe, y el resorte frente a la tensión se estira, pero detrás de eso no hay ningún propósito, la respuesta se agota en sí misma, termina ahí.

⁷³ Vid. http://ftp.e-mineduc.cl/cursosceip/CsNat/1-3-basico/I/Unidad1/documentos/LA_IRRITABILIDAD.pdf

En este sentido, a las respuestas adaptativas se les reconocen tres características relevantes: a) permiten a los organismos adaptarse a las condiciones del medio ambiente, b) pueden ser distintas para un mismo tipo de estímulos, y tercero, c) son ajustadas a la intensidad del mismo.

Esta capacidad de emitir diferentes respuestas adaptativas y de regularlas, es única de los seres vivos, y es lo que conocemos como irritabilidad. Por ejemplo, algunos animales cambian de color para ocultarse de sus enemigos; otros permanecen quietos durante un largo tiempo al acecho de una presa; incluso, algunos se ponen a "pensar", es decir, hacen algo internamente que pondrá en marcha u orientará una próxima conducta.

Todas estas acciones, visibles o no, son manifestaciones del comportamiento, por tanto, en cualquiera de sus formas, el comportamiento es un mecanismo adaptativo, manifestado en una gran cantidad de acciones, para asegurar la sobrevivencia del individuo y de la especie. De no ser por la irritabilidad los organismos no podrían adaptarse al medioambiente para satisfacer sus necesidades y sobrevivir.

4.2. METABOLISMO.

El metabolismo es un proceso continuo que inicia en el momento en el que somos concebidos y finaliza el día en el que morimos. Si el metabolismo se detiene, el ser humano fallece. Lo mismo aplica para los animales, las plantas y cualquier otro ser vivo.⁷⁴ Tomemos las plantas como ejemplo para explicar el metabolismo. Las raíces de las plantas absorben agua, sales minerales y otros nutrientes del subsuelo. Estos son transportados a través de ciertos conductos presentes en el tallo.

Al llegar a las hojas, el agua se combina con dióxido de carbono, con la clorofila y con la energía química. De este modo, se da la fotosíntesis y se producen hidratos de carbono (necesarios para el funcionamiento de la planta) y oxígeno (que se libera).

La fotosíntesis se da de manera ininterrumpida en las plantas y es un proceso metabólico. Otros ejemplos de metabolismo son la respiración, y la digestión.

⁷⁴ Energy and Metabolism. Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de opentextbc.ca

El metabolismo es un proceso complejo formado por distintas etapas. A grandes rasgos, se puede hablar de la existencia de dos etapas fundamentales: una de síntesis y una de degradación. La etapa de síntesis es conocida como anabolismo y la etapa de degradación es denominada catabolismo.⁷⁵

a) Anabolismo. - El anabolismo es la fase en la que se construye. Durante esta etapa del metabolismo, se crea la materia orgánica que forma a los seres vivos.

Gracias a este proceso, los seres vivos se desarrollan. Por este motivo, las reacciones anabólicas se dan con mayor intensidad en las etapas de crecimiento de los organismos. El anabolismo está compuesto por una serie de reacciones químicas que tienen como objeto sintetizar sustancias complejas a partir de moléculas más simples. Estas reacciones son endergónicas, lo que quiere decir que consumen energía para poder llevarse a cabo.⁷⁶

⁷⁵ Metabolism: *The Basis for Living and Living State*. Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de byjus.com

⁷⁶ Metabolism in Living Organism. Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de embibe.com

El anabolismo no sólo crea sustancias que se aprovechan al instante, sino que también producen sustancias de reserva, que se almacenan hasta que el organismo las necesite.⁷⁷

Por ejemplo, las plantas producen almidón y los animales producen glucógeno. En caso de que sea necesario, cada organismo tomará estas sustancias y las transformará en energía para poder seguir con el funcionamiento regular.⁷⁸

b) Catabolismo. - El catabolismo es la segunda etapa principal del metabolismo. Se opone al anabolismo porque se trata de un conjunto de reacciones en las que se destruye la materia orgánica.⁷⁹

En otras palabras, se degradan las sustancias complejas en sustancias mucho más simples. Este proceso libera energía, por esto se trata de una reacción exergónica. Sumado a esto, durante

⁷⁷ Characteristics of Living Things. Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de cliffsnotes.com

Metabolism. Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de scienceclarified.com

⁷⁸ Metabolism. Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de kidshealth.org.

⁷⁹ What is metabolism? Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de news-medical.net

las reacciones catabólicas se eliminan átomos de hidrógeno y electrones para poder liberar energía. Esto quiere decir que se da un proceso de oxidación. Por este motivo, el oxígeno juega un papel importante en el catabolismo.⁸⁰

La energía obtenida por las reacciones catabólicas es aprovechada por los organismos para poder ejecutar sus actividades vitales. Los glúcidos, como la glucosa (azúcar), son una de las sustancias que más se degradan para obtener energía, ya que son fáciles de descomponer.⁸¹

En ese sentido de lo anterior no debe perderse de vista que los seres vivos son capaces de reaccionar a cualquier estímulo externo y por otra parte la de crear y degradar compuestos orgánicos o células químicamente a efectos de asegurar su supervivencia, lo que nos lleva a otra función propia de los seres vivos la cual es la regeneración o autopoiesis de los seres vivos.

⁸⁰ *The Role of Energy and Metabolism*. Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de boundless.com

⁸¹ Metabolism. Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de wikipedia.org

4.3. AUTOPOIESIS.

Para Humberto Maturana la autopoiesis es “la capacidad que tiene todo ser vivo de producir y reproducir por sí mismo los elementos que lo constituyen, y así define su propia unidad: cada célula es el producto de un retículo de operaciones internas al sistema del cual ella misma es un elemento; y no de una acción externa.”⁸²

En palabras más sencillas, la Autopoiesis es la capacidad que tienen los seres vivos de auto-producirse a sí mismos. Aunque el concepto inicial está definido para el orden molecular, tras cuarenta años de trabajo e investigación por parte de Maturana y por otra parte de divulgación en distintos medios, la Autopoiesis se ha trasladado a campos como la educación, la psicología, la sociología y la medicina.

Respecto al trabajo de Maturana durante los últimos cincuenta años, el desarrollo del concepto de Autopoiesis ha desembocado en lo que hoy se conoce como la Biología del Conocimiento, en el cómo siendo los seres humanos, seres lingüísticos es decir que vivimos en el lenguaje aprendemos, nos relacionamos

⁸² <https://jesusmaceira.com/que-es-autopoiesis/>

(coordinamos acciones con otros) y vivimos las experiencias (desde el mundo emocional) que nos suceden.

Y es esta reflexión que aporta Maturana, una valiosa herramienta para mirar lo que nos ocurre de forma diferente, hacernos preguntas y reconocer nuestra capacidad para transformar nuestro vivir y el sistema al que pertenecemos.

4.4. LA CONSTITUCIÓN COMO SISTEMA.

Como se precisó en páginas precedentes una Constitución también contempla funciones irritables metabólicas y autopoieticas en el sentido de que ésta debe procesar su contenido en ánimos de depurar aquello que ya no aporta sentido tanto a la Constitución como al Estado, y respecto al segundo rubro en el ánimo de estar atenta a los cambios que el simple devenir de los sucesos le presentara como retos.

Aparte de estas funciones, un código político cuenta con dos elementos importantes: el elemento simbiótico, el cual se traduce en la congruencia que debe existir entre los factores tiempo y espacio, dentro del Estado al que pertenece, y el elemento adaptabilidad, consistente en la aptitud de evolucionar, es decir

regenerarse de allí que una constitución pueda considerársele como un sistema biológico-social.

Sin embargo, a efectos de definir por qué una constitución es un ser vivo es necesario analizarla desde las tres funciones primordiales de los seres vivos como son la irritabilidad, metabolismo y autopoiesis desde la óptica de la ley fundamental.

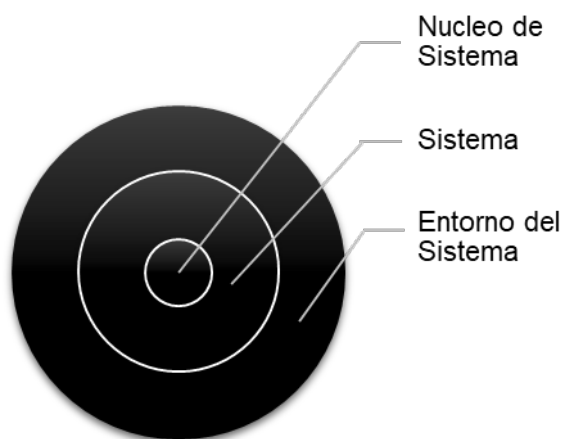
5. LA CONSTITUCIÓN, UN SISTEMA BIOLÓGICO-SOCIAL, SU PROPIEDAD IRRITABLE.

Los sistemas sociales, como los subsistemas dentro de la sociedad al igual que los seres vivos, funcionamos con base en un lenguaje operativo parecido al de las cajas negras entendiéndose a estas como un sistema de procesamiento que responde a irritaciones externas.

Así mismo, le denominación de cajas negras, se debe a la clausura operativa con que funciona cada una de las determinadas cajas negras de donde a efectos de clarificar es pertinente tomar en consideración lo que al efecto el propio Luhmann refiere como “sistemas abiertos” donde refiere que derivado de la ley de entropía, los sistemas que están cerrados frente a su entorno poco a poco acaban identificándose con él, por lo que al perder energía

se irían desvaneciendo dado que están determinados por la ley de la irreversibilidad termodinámica del calor.⁸³

Ahora, no debe perderse de vista que Luhmann hace una analogía a efectos de precisar la necesidad de definir el entorno dentro del sistema social, para lo cual pone el ejemplo de la termodinámica, al igual que la ionización de los átomos que es propia de la física lo cual podemos calificar con base en el siguiente esquema:



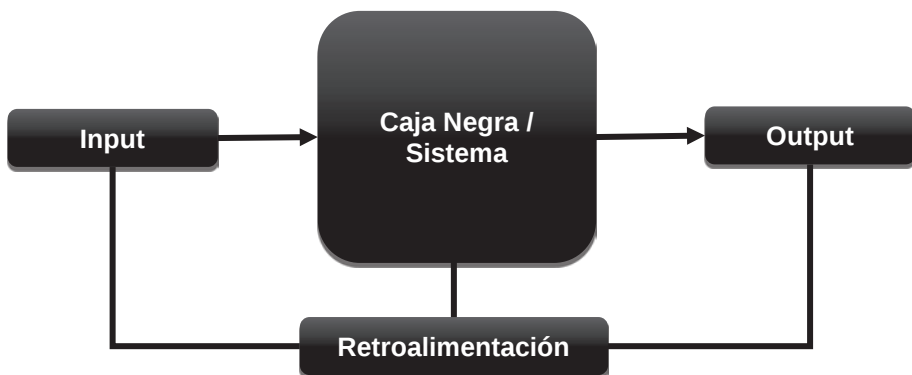
De lo anterior, haciendo la analogía con las cajas negras, tenemos que en el primer nivel del sistema es decir en el núcleo

⁸³ Luhmann Nicklas “*El Derecho de la Sociedad*” 2ª Edición, Editorial Herder, México 2005 p.97

del sistema, se encuentra el lenguaje de operación, o programación propia del sistema social, en el segundo nivel al que hemos denominado sistema, es donde se lleva a cabo toda actividad dentro del sistema social, y el entorno del sistema es aquel que se caracteriza por recibir las estimulaciones que le son producidas por toda irritación externa que pueden producir diversos sistemas, sin embargo en atención a la complejidad de los sistemas el sistema es entorno como entorno es sistema, es decir que no existe una separación entre ambos máxime cuando se habla de la sociedad como sistema y entorno del propio sistema.

Por ello, lo que al efecto Luhmann puntualiza respecto al entorno y la clausura operativa es vital dentro del sistema, ello derivado de que el entorno al recibir una irritación exterior lo recibirá, programará y transformará en beneficio del sistema o contrario a ello en perjuicio del sistema, pues tal y como lo expone el autor de referencia en el sentido de que los sistemas abiertos transforman inputs en outputs según la medida de una función de transformación, y dicha función les comporta un beneficio tanto en favor de su propia conservación como del nivel de complejidad alcanzado en la evolución, para lo cual hace

enfática la comparación con las cajas negras, lo cual puede representarse gráficamente de la siguiente manera:



En base a lo anterior, podríamos precisar un primer punto de acuerdo la función irritable de los seres vivos, así como de los sistemas sociales, se debe a estímulos o inputs que se reciben en la caja negra del sistema, lo cual trasladado al área constitucional que nos interesa puede precisarse en que la constitución podría constituir un sistema abierto a la luz de la teoría de sistemas, donde la ley fundamental sería la caja negra del sistema social, los estímulos o inputs pueden ser de diferentes tipos incluso creados por otros subsistemas dentro del propio sistema por lo que al recibirlos, y procesarlos la propia ley fundamental emitirá una respuesta la cual puede recaer en reforma, adición, o supresión del código político.

Lo que si aplicásemos el diagrama anterior, podríamos establecer que los estímulos pueden ser provenientes de cualquier índole, la caja negra en este caso la constitución los percibe, analiza y en base a su programación emite una respuesta, en ese sentido la función irritable de la constitución entendida como la capacidad de reaccionar a un estímulo externo depende del entorno del sistema, en este caso, es la propia sociedad la que constituye el entorno del sistema constitución, en atención a que es ella donde se desarrolla toda actividad dentro del sistema así como la que resentirá las irritaciones externas.

Sin embargo, no puede soslayarse lo que atinadamente señala Luhmann al respecto de la clausura operativa, ya que cuando los sistemas sociales dependen demasiado de su entorno pierden energía y van perdiendo fuerza o simplemente como lo puntualiza se van desvaneciendo lo cual puede traducirse en una constitución ineficaz o cerca de su extinción, lo cual se traduce en la función metabólica de la constitución, lo cual abordaremos en el siguiente apartado.

6. LA CONSTITUCIÓN, UN SISTEMA BIOLÓGICO-SOCIAL, SU FUNCIÓN METABÓLICA.

En el apartado anterior, abordamos que la función del sistema social, como los seres vivos se sustentan en una capacidad de responder a estímulos al igual que las cajas negras, sin embargo, ello no es suficiente para asegurar la supervivencia de un ser vivo o un sistema social o más aun de la constitución.

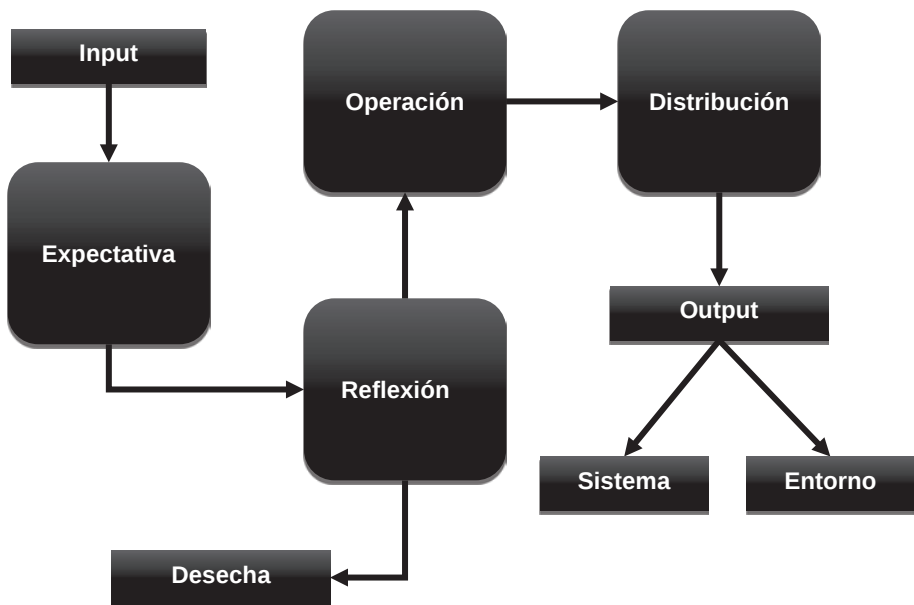
En ese sentido, no debe pasar inadvertido lo que Luhmann precisaba de los sistemas abiertos cuando dependen demasiado de su entorno y al igual que los iones pierden energía lo mismo ocurre con los sistemas y consecuentemente se van deteriorando.

Con base en lo anterior, se tiene lo que el propio Luhmann refiere como los sistemas clausurados operativamente, lo cual no debe entenderse como aislamiento pues con independencia de que exista una interdependencia entre sistema y entorno los sistemas clausurados operativamente deben entenderse aquellos que producen sus propias operaciones y se remiten a la red de sus propias operaciones y en este sentido se reproducen a sí mismos.

En ese sentido, resulta trascendente lo que al efecto Luhmann compara con los organismos celulares que se replican como

ocurre con el ADN que de una cadena pueden crearse varias cadenas, lo que se enfatiza cuando el propio Luhmann señala que el sistema debe presuponerse al mismo sistema para poner en marcha sus operaciones para buscar su reproducción, de manera que el sistema produce sus propias operaciones y de esta manera determina que es del sistema y que de su entorno, lo cual le permite sobrevivir y evolucionar.

Lo anterior, se traduce en la operación del propio contenido, es decir el sistema recibe un estímulo analiza sus componentes, los condensa, realiza operaciones y distribuye ese resultado, que no es otra cosa más que un proceso metabólico parecido al de los seres vivos de procesar su contenido y utilizarlo para su subsistencia y consecuente evolución, lo cual podemos representar con el ejemplo de las cajas negras de manera gráfica con el siguiente esquema:



En ese sentido, trasladándolo a la Ley Fundamental, tenemos que la constitución al funcionar como un sistema clausurado operativamente, haciendo énfasis en lo que al efecto nos señala la teoría de sistemas, recibe un estímulo o “*input*” por lo que al ingresar al sistema primeramente se genera una expectativa respecto a cómo puede afectar al sistema, o en este caso al orden social y consecuentemente constitucional, posteriormente esa expectativa, se convierte en un proceso reflexivo respecto a si el sistema admite el estímulo o lo desecha al no ser propio del sistema.

En el caso que esa reflexión operacional, considere que pertenece a su sistema lo canalizara a un subsecuente proceso operativo en el cual se analizara su pertinencia, sus posibles consecuencias al ser procesado, se distribuirá en las vertientes que al efecto nos señala la teoría de sistemas que sería para el sistema o para el entorno ello buscando la subsistencia y evolución del sistema, lo cual en fines prácticos podemos representar y explicar como sigue:



Ahora, como hemos visto con anterioridad, los seres vivos, funcionan de la misma manera en que operan los sistemas sociales, ello en atención a que cuando un ser vivo presenta un estímulo, este lo procesa de manera inmediata y lo transforma en energía para sobrevivir o bien si no es de su beneficio lo desecha, sin pasar por una fase de reflexividad como pasa con los sistemas

sociales, pero ello ocurre derivado del lenguaje operativo de los seres vivos cuya programación principal es la sobrevivencia.

Sin embargo, cuando nos trasladamos al terreno jurídico, específicamente en materia constitucional, tenemos dos figuras que la teoría constitucional ha consolidado de manera fehaciente que son la reforma constitucional y el blindaje constitucional, la primera permite la evolución o mejor dicho sobrevivencia del texto constitucional y la otra a una restricción a cambio, sin embargo ello no debe entenderse como tal, el blindaje constitucional, o principio de rigidez como le llaman algunos tratadistas no es otra cosa que el principio base del sistema constitucional, es decir la plena evidencia de su clausura operativa.

De allí, que acorde a las reglas propias del sistema constitución es la forma en la que se llevara a cabo el procesamiento del texto fundamental, y su inminente reforma y adición, de manera que el estímulo, no es otra cosa que la problemática social que se presenta en una determinada sociedad, posteriormente ese estímulo al ser analizado puede considerarse que es necesario atenderlo pues puede impactar en la sociedad, posteriormente se inicia un proceso de deliberación e integración de ese estímulo que conocemos como proceso legislativo, cuya culminación será

con la emisión de un output que puede consistir en dos resultados finales la adición o modificación y en su caso extremo la supresión del texto constitucional.

Al respecto tenemos que la doctrina sobre el tema en particular ha sido enfática al definir que incluso la reforma constitucional es susceptible de control por parte del propio constituyente, ello en virtud de que ésta consiste en la valoración de la legalidad constitucional de aquellos instrumentos normativos que aportan una modificación a las cartas fundamentales. Representa una función específica que los tribunales constitucionales o supremos a veces tienen y ejercen por expresa voluntad del Constituyente, y otras veces reclaman en ausencia de atribución explícita.

Por ello hay que distinguir en primer lugar entre ordenamientos donde esta facultad está reconocida en la Constitución, y ordenamientos donde se ha afirmado a través de la misma jurisprudencia constitucional: control codificado y control reivindicado. Un segundo factor esencial de clasificación

reside en el carácter formal o sustancial de los vicios que pueden ser evaluados en los juicios⁸⁴.

Situación que se corrobora con los límites propios de la reforma constitucional los cuales pueden ser implícitos y lógicos los primeros se refiere a los mecanismos contemplados en el propio texto constitucional y los segundos aquellos que obedecen a parámetros diversos a los establecidos en el texto constitucional los cuales podemos abordar de la siguiente manera:

6.1. LIMITES IMPLÍCITOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

Los límites a la reforma constitucional se suelen distinguir entre formales y materiales, siendo los primeros los que se refieren al procedimiento y los segundos los relativos al fondo. Por lo general, el procedimiento suele estar determinado en su totalidad, o cuando mucho se hace referencia a las reglas del procedimiento legislativo como fuente integradora; al contrario, dentro de la segunda categoría se pueden encontrar límites tanto

⁸⁴ Vid. en Ragone Sabrina, *"Reforma Constitucional"* en Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, 2da Edición, IJ-UNAM, Mexico 2017 pp. 1124-1128.

explícitas cláusulas de intangibilidad como implícitas, es decir, no expresamente previstos en una norma particular del texto constitucional. Sin embargo, aun en presencia de cláusulas de intangibilidad, se plantea el problema de la existencia o no de otros principios constitucionales irreformables (en Italia, por ejemplo, además de la forma republicana, inmodificable conforme al art. 139 const., la doctrina y la jurisprudencia han individualizado aquellos principios supremos que no se pueden someter a reforma).

Se trata de límites que pueden ser deducidos de las cartas fundamentales mediante técnicas exegéticas de carácter teleológico o axiológico, teniendo en cuenta la finalidad de las normas y los valores que subyacen a las mismas, e incluso sistemático o extensivo. La idea primordial es la existencia de un núcleo duro cuya transformación implicaría una sustitución (así la denomina la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo) y no una simple reforma: este conjunto de elementos conforma así la identidad constitucional (o el espíritu, como lo define la Constitución noruega).

Algunos tribunales supremos han hecho referencia al concepto de “estructura básica” de la Constitución, como, por

ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Corte Suprema de la India, donde los debates acerca de estos elementos básicos han girado en torno a conceptos como la supremacía constitucional, la democracia, la separación de poderes, el federalismo y los derechos. Asimismo, se ha hablado de decisiones políticas fundamentales (así la Sala Constitucional de Costa Rica) o de contenidos fundamentales (Tribunal Constitucional peruano).

6.2. LIMITES LÓGICOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

Los límites lógicos de la reforma constitucional son aquellos que no pueden ser deducidos del texto constitucional mediante el proceso hermenéutico corriente, al tratarse de vínculos inmanentes y no coyunturalmente relacionados con una carta fundamental específica. En otras palabras, se trataría de límites universales derivados de los conceptos mismos de reforma y de Constitución, con lo cual difieren de los denominados límites implícitos. Justamente, por su carácter general, la doctrina ha considerado dichos límites como absolutos o insuperables mediante procedimientos legales. El límite lógico principal reside en la necesidad de que algo de la Constitución siga en pie después

de la reforma, pues de lo contrario se daría una manifestación más o menos espuria de poder constituyente o, como lo denomina una parte de la doctrina, un “fraude constitucional”.

De las teorías sobre la imposibilidad de modificar determinados elementos en estos términos, la más conocida es la que hace referencia a las normas sobre el procedimiento de reforma, como en la denominada paradoja de Alf Ross. Modificar las normas sobre la reforma, a través del procedimiento previsto para ella, presentaría el problema de la autorreferencialidad: es así en los estudios de lógica, donde las frases autorreferenciales se consideran paradójicas, y por lo tanto, sin sentido.

Según este autor, ninguna fuente está habilitada para regular las condiciones de su propia validez, pudiendo al revés determinar los requisitos de las fuentes de nivel inferior. La Constitución, en la medida en que prevé el procedimiento de reforma, estaría creando una autoridad especial, la más elevada del sistema, no sometida a los poderes constituidos en cuanto derecho presupuesto y necesario.

Esta tesis se basa además en una visión jerárquica del ordenamiento jurídico, donde las normas sobre la producción de normas, a pesar de situarse en la misma fuente (en este caso, la

Constitución), fundamentan la modificación de las segundas, y en consecuencia no podrían ser sometidas a reforma: cada norma tiene que originarse con base en otra superior.

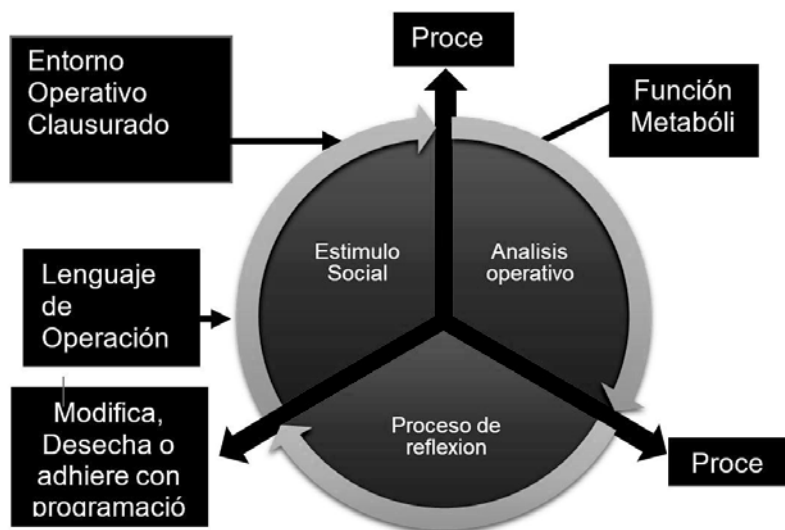
Las críticas más fuertes a la existencia de límites lógicos se basan en argumentos relacionados, en primer lugar, con la necesidad de superar el problema práctico de la existencia dinámica de los sistemas jurídicos que evolucionan a lo largo de los años, y por ello tienen que analizarse en perspectiva diacrónica. Si la reforma de las normas sobre el procedimiento se hace conforme a estas mismas normas, la regulación antigua dejaría simplemente de tener vigencia a partir de la entrada en vigor de la nueva; este fundamento de validez autorreferencial sería aplicable, de todas formas, exclusivamente a las Constituciones, puesto que no se halla en el ordenamiento ninguna fuente de rango superior; al contrario, un problema diferente se da cuando se aprueban reformas mediante procedimientos parcialmente diferentes al que establece la Constitución, como ha pasado en Alemania o se ha intentado en Italia con las comisiones bicamerales de los años noventa.

Los autores más escépticos sobre la existencia de los límites lógicos hacen hincapié, por un lado, en el contexto histórico y

político en el que se sitúa toda reforma constitucional, y por otro lado, en la primacía de un análisis de derecho positivo respecto a la construcción teórica propuesta.

En ese sentido, el lenguaje de programación del cual se provee la constitución respecto a la reforma o adición constitucional, es el que debe ser invariable es decir inmutable, lo cual garantiza la regeneración del sistema constitución, ello derivado a que si las reglas de operación para que nuestra ley fundamento pueda cambiar o evolucionar o adaptarse a un cambio nuevo.

Para ello el blindaje constitucional, debe contenerse como tal en el procedimiento de cambio, pero no en el extremo de la rigidez constitucional como impera en nuestro país, sino que debe contar con otro contrapeso como lo es la jurisdicción constitucional, y no una mera deliberación política como ocurre en el mayor de los casos de manera que a efectos de clarificar dicho postulado lo podemos representar gráficamente de la siguiente manera.



Del anterior diagrama, podemos exponer que la jurisdicción constitucional como contrapeso al sistema jurídico, debe estar atento a los estímulos sociales, a un análisis operativo es decir buscar una solución, y aun aunque el sistema arroje una decisión, debe existir un proceso reflexivo, es decir una cualidad de autocrítica dentro del sistema y cuando las circunstancias, o mejor dicho el entorno donde se desarrolla el sistema, sea susceptible de modificarse, es decir un proceso regenerativo que puede desechar la decisión tomada por el sistema, o incluso dándole una programación diferente, y asimilarlo al sistema, lo cual es la base autopoiética de nuestro sistema constitucional.

7. LA FUNCIÓN DEPURANTE DE LA CONSTITUCIÓN.

El legislador en el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, creo un mecanismo de operación, para la modificación o reforma constitucional, el cual literalmente dispone lo siguiente:

“Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.”

En ese sentido del artículo anteriormente transcrito se tienen dos hipótesis principales, primero da cabida a que el texto fundamental, puede ser adicionado o reformado, y la segunda al mecanismo para ello, sin embargo con independencia del lenguaje operativo establecido en la propia ley fundamental, no debe desatenderse los límites a la reforma constitucional, pero

más que nada su sentido social, ello en virtud a que la constitución como una parte del sistema derecho, constituye el engrane principal en el lenguaje operativo del sistema jurídico, de allí que ante toda irritación externa, no necesariamente implica que al procesarse deba incorporarse al sistema o bien considerarlo como una posibilidad.

Lo cual sería innecesario pues ante toda reacción se estaría engrosando el sistema derecho como ha ocurrido al paso de los años, y posteriormente el programa de funcionamiento de nuestro sistema sería insuficiente, para que ande el sistema jurídico, en las condiciones óptimas, ello en virtud a que haciendo la analogía del sistema con el de un vehículo, la clausura operativa se lleva a cabo en el motor que de acuerdo a las condiciones propias del coche sería de ciertas especificaciones, así como la potencia que puede generar para mover la carrocería donde se encuentra insertado, en ese sentido, lo mismo ocurre con el sistema derecho, la programación o mejor dicho el motor, o caja negra del sistema debe ser acorde al propio sistema, que trasladándolo al campo jurídico se sustenta en que es la sociedad a la que regula la que forma la caja negra del sistema, pero al engrosarse el sistema, y crear subsistemas dentro de él, por mera sus posición, es decir, sin un proceso de idoneidad, razonabilidad y congruencia con el

sistema, el sistema jurídico sufre una ionización como con los átomos, y en consecuencia pierde fuerza el sistema, de manera que al ocurrir esto con mayor gravedad, el sistema sería incapaz de percibir los estímulos, pues el programa ya es obsoleto para ello.

En ese sentido, la autopoiesis del sistema juega un papel fundamental, con una capacidad de adaptación, o asimilación, pero también depurante, es decir, desechar lo que no es propio para el sistema, pues de lo contrario el sistema enfermara, perderá fuerza y puede colapsar, así las cosas, la ley fundamental, debe contener esa capacidad, no como límites a la reforma constitucional, en cuanto al procedimiento para su incorporación, sino de crear un núcleo duro del sistema, es decir un basamento firme, inmutable y en consecuencia irreformable, a la luz del principio de progresividad de los sistemas sociales, es decir que a medida que el sistema crece, es porque también crece la caja negra, y su lenguaje operativo es más sólido para hacer frente a nuevas irritaciones.

En ese sentido, la base de la autopoiesis es la propia ley fundamental, pues es el único instrumento jurídico que primeramente se consolida por necesidades sociales y

posteriormente regula el funcionamiento del sistema, creando sus propias estructuras, modificándolas, cambiándolas adaptándolas e incluso depurándolas, de allí que la rigidez constitucional en cuanto al proceso de reforma debe ser más eficaz, en el sentido de que dé inicio deseche las irritaciones que sería ocioso su procesamiento, pues no llegarían a ningún fin práctico ya que lo único que harían sería poner en peligro el funcionamiento del sistema o incluso su deterioro.

Ello es así en virtud de que si no existe dicho mecanismo de clausura operativa como lo es un blindaje constitucional, simplemente quien tenga las mayorías en las cámaras, podrá libremente crear, modificar o extinguir estructuras dentro del sistema, que sin un límite lógico y razonable pueden ocasionar el detrimento del sistema, y consecuentemente, del incipiente Estado de Derecho que como nación buscamos.

8. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA OPERATIVIDAD DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL

Comentaba en otros trabajos que la Constitución Mexicana contiene disposiciones que consignan no solo derechos sino también, disposiciones que impactan en la estructura del Estado, a partir del principio de la supremacía legal y constitucional, en ese entendido respecto al interés superior del menor no puede desatenderse que el artículo 4º Constitucional en lo que interesa dispone:

“Artículo 4o.-

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

De lo anterior, se desprende que ese mandamiento constitucional no constituye otra cosa más que el lenguaje de operatividad del sistema social, bajo el esquema de la teoría de los sistemas sociales, sino que a su vez conforma una estructura básica, indisoluble en el propio sistema que establece una obligatoriedad hacia el Estado de velar por los temas inherentes a Niñas, Niños y Adolescentes de velar por su interés superior,

de modo que si analizamos la estructura garantista de nuestra constitución, veremos que presupone la existencia de otro elemento estructural que es el interés superior del menor, el cual deberá funcionar no como una declaración dogmática sino como un modalizador de la función del estado en garantizar el irrestricto respeto a los derechos fundamentales pero desde una perspectiva de infancia al ser esta la base principal del elemento población de todos los Estados y cuyas exigencias se encuentran plasmadas como elemento cultural y dignificante en la propia Constitución.

Lo cual podemos dejar de manifiesto con lo que al efecto establece el artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño como su respectiva observación 14 por parte de su comité donde en lo que interesa se patentiza lo siguiente:

“6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión de - batida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de

niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.”

...

17. El objetivo del artículo 3, párrafo 1, es velar por que el derecho se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño. Esto significa que, en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá. El término “medida” incluye no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas.

18. La pasividad o inactividad y las omisiones también están incluidas en el concepto “medidas”, por ejemplo, cuando las autoridades de bienestar social no toman medidas para proteger a los niños del abandono o los malos tratos.

36. El interés superior del niño debe ser una consideración primordial en la adopción de todas las medidas de aplicación. La expresión “a que se atenderá” impone una sólida obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome.

37. La expresión “consideración primordial” significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar.

38. Con respecto a la adopción (art. 21), el derecho del interés superior se refuerza aún más; no es simplemente “una consideración primordial”, sino “la consideración primordial”. En efecto, el interés superior del niño debe ser el factor determinante al

tomar una decisión relacionada con la adopción, pero también relacionadas con otras cuestiones.

39. Sin embargo, puesto que el artículo 3, párrafo 1, abarca una amplia variedad de situaciones, el Comité reconoce la necesidad de cierto grado de flexibilidad en su aplicación. El interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres). Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño.

40. La consideración del interés superior del niño como algo “primordial” requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas

tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate.

71. Al evaluar y determinar el interés superior de un niño o de los niños en general, debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (art. 3, párr. 2). Los términos “protección” y “cuidado” también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa (por ejemplo, “para proteger al niño de daños”), sino en relación con el ideal amplio de garantizar el “bienestar” y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad.

72. El cuidado emocional es una necesidad básica de los niños; si los padres o tutores no satisfacen las necesidades emocionales del niño, se deben tomar medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros. Los niños necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana, y ese vínculo, si es adecuado, debe mantenerse a lo largo de los años para ofrecer al niño un entorno estable.

73. La evaluación del interés superior del niño también debe tener en cuenta su seguridad, es decir, el derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental (art. 19), el acoso sexual, la presión ejercida por compañeros, la intimidación y los tratos degradantes,¹⁴ así como

contra la explotación sexual y económica y otras formas de explotación, los estupefacientes, la explotación laboral, los conflictos armados, etc. (arts. 32 a 39).

74. Aplicar el enfoque del interés superior del niño en el proceso de toma de decisiones entraña evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; sin embargo, el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño. e) Situación de vulnerabilidad

75. Un elemento importante que debe tenerse en cuenta son las situaciones de vulnerabilidad del niño, como tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc. El objetivo de la determinación del interés superior de un niño o de los niños en situación de vulnerabilidad no debe referirse solo al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino también en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas, como los contemplados en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros instrumentos.

76. El interés superior de un niño en una situación concreta de vulnerabilidad no será el mismo que el de todos los niños en la misma situación de vulnerabilidad. Las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los

diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única. Debe realizarse una evaluación individualizada del historial de cada niño desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario y los ajustes razonables que se recomienden durante todo el proceso de desarrollo del niño”

Podríamos hablar de un sub elemento pero yo prefiero analizarlo como la amalgama de los elementos del estado, es decir lo que une y permite los procesos de reflexividad e idoneidad en las decisiones de Estado cuando impactan en el elemento población, armonizándose en conjunto con los demás derechos fundamentales para crear un bloque dúctil de derechos que permitirán garantizar el funcionamiento pleno del Estado de Derecho.

Ahora, dentro de la función operativa del Estado, el interés superior del menor debe analizarse desde dos funciones básicas fuera del análisis dogmático y alcance jurídico sino del propio sistema los cuales se basan en dos funciones a saber:

a) Función operativa del sistema: que presupone que dicho concepto tiene una ocupación dentro del sistema jurídico

respecto a su funcionamiento, es decir que forma parte de la caja negra del sistema y en consecuencia del proceso operativo, específicamente como la matriz del lenguaje.

Ello quiere decir que si hablásemos de un sistema como tal imaginemos para ello una computadora donde la tarjeta madre alberga la programación básica para el desempeño del equipo, pero necesita un procesador, memorias y un dispositivo de almacenamiento, como periféricos, en ese sentido si analizáramos la función del interés superior del menor dentro de la placa base veríamos como este debe formar parte de su programación básica, dentro del camino o proceso ya sea del “*input*” o del “*output*”.

Es decir que se trataría de un programa reflexivo donde el principio jurídico tendría una función depurante y metabólica de los procesos del sistema, de modo que sería un modalizador, pero más que nada un estructurador cuya función sería el de verificar las consecuencias o impacto que puedan afectar el entorno y estructura del sistema jurídico ya sea legal o constitucional.

De modo que el test para la evaluación del interés superior que refiere la propia Convención de los Derechos del Niño, va más allá pues su función sería la de preservar no solo un control de

legalidad sino también de alcance estructural respecto al Estado, Orden constitucional, y Sociedad, todo dentro de un Sistema, es decir que si buscásemos el filtro ideal para la correcta armonía dentro del sistema sería a través del interés superior del menor que busca no solo una corrección sistémica sino un proceso constructivo, es decir una función integradora y consolidante del proceso jurídico social, es decir un verdadero purgante de lo que sería basura dentro del sistema y que podría hacerlo colapsar ello partiendo de la finalidad principal que es la armonía social.

b) Función de Blindaje: que se traduce en un medio de protección contra irritaciones o impulsos dentro del sistema que pueden afectar al mismo en su estructura y/o funcionalidad, para ello tratemos de imaginar un proyecto de reforma al sistema de enjuiciamiento penal invariablemente traerá una implicación que afectara a un grupo vulnerable como los adolescentes pues existe la justicia penal para adolescentes dentro del sistema, de modo que en ese caso específico, todo acto tendiente a destruir, mutilar o afectar derechos ya adquiridos a dicho grupo serían desechados en automático por el sistema, pues el proceso reflexivo del interés superior del menor limitaría el proceso de una reforma que afecta de manera inminente a los adolescentes, pero más que nada traería consecuencias futuras como sería la del hacinamiento de

los mismos, cuando las finalidades de un proceso judicial minoril tienden a garantizar un desarrollo pleno del adolescente.

Por lo que dicha función, sería un elemento claro, real y contundente de que una reforma constitucional que afecte a la sociedad, tendría que retrotraerse al tema de la infancia y adolescencia por ser estos los pilares básicos del desarrollo de una sociedad consolidante.

9.- CONCLUSIONES.

La Constitución, se asemeja a un ser vivo en cuanto a sus funciones metabólicas e irritables, para reaccionar ante un estímulo y procesarlo, basado en un lenguaje de operación que la propia ley fundamental prevé para ello, el cual tiene como base primigenia los límites a la reforma constitucional y el blindaje constitucional respectivo, por que como todo sistema debe funcionar de manera clausurada al igual que una caja negra, por lo que cualquier irritación externa que pueda repercutir en el sistema debe ser procesada en base a ello y al núcleo duro que son los derechos humanos como proceso de reflexividad ante un inminente cambio constitucional, de manera que dejar de lado dicha cuestión, el sistema jurídico se engrosaría innecesariamente

lo que genera disfunción en el sistema normativo y consecuentemente una falla operativa en el sistema que podría afectar de manera significativa a todo el sistema social en que la colectividad se desarrolla, de modo que debe ponderarse esta cuestión, implementar un blindaje constitucional que incluya al interés superior del menor y que obedezca a una necesidad social, es decir procesar y depurar lo que no sirve al sistema social mexicano, y que no se atienda a cuestiones meramente políticas como acontece actualmente.

10.-BIBLIOGRAFÍA.

Aragón Manuel, citado en Fix-Zamudio Héctor, “*Derecho constitucional mexicano y comparado*” 4ª Edición, Porrúa México, 2005.

Enríquez, Pineda Efrén “Hacia una Teoría biológica de la Constitución” Revista Electrónica Hechos y Derechos, IIJ – UNAM, 2012. Visible en web <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/6706/8642>.

Fix-Zamudio Héctor, “*Derecho constitucional mexicano y comparado*” 4ª Edición, Porrúa, México, 2005.

Lasalle Ferdinand *¿Qué es una Constitución?* trad. de Wenceslao Roces, 2ª Edición, Ariel, Barcelona, 2001.

Loewenstein Karl, citado en Fix-Zamudio Héctor, *“Derecho constitucional mexicano y comparado”* 4ª Edición, Porrúa, México, 2005.

Luhmann Nicklas *“El Derecho de la Sociedad”* 2ª Edición, Editorial Herder, México 2005.

Ragone Sabrina, *“Reforma Constitucional”* en Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, 2da Edición, IIJ-UNAM, México 2014.

Characteristics of Living Things. Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de cliffsnotes.com.

Metabolism. Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de scienceclarified.com

Metabolism. Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de kidshealth.org.

What is metabolism? Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de news-medical.net

The Role of Energy and Metabolism. Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de boundless.com

Metabolism. Recuperado el 5 de septiembre de 2017, de wikipedia.org

<https://jesusmaceira.com/que-es-autopoiesis/>

SEGUNDA PARTE:

“OTROS TÓPICOS SOBRE LA
JUSTICIA PENAL PARA
ADOLESCENTES”.

EL CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIALIZADO DEL SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES.

Mario Gabriel Rivera Contreras

EL CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIALIZADO DEL SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES.

⁸⁵Mario Gabriel Rivera Contreras

SUMARIO

1. Introducción. 2. El control de la detención en adolescentes. 3. Forma de analizar la detención de un adolescente por parte del juez especializado. 4. Excepciones al control judicial de la detención en la justicia minoril. 5. Flagrancia, y calificativa del tipo penal para efectos de ponderar la legalidad de la detención en adolescentes, 6. Conclusiones, 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La justicia penal para adolescentes en México está regulada por la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, la cual es el ordenamiento jurídico que rige dicho sistema establecido en el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dicha ley fue publicada en el diario Oficial de la Federación el día 16 de junio del año 2016 y

⁸⁵ Licenciado en derecho, egresado por la Universidad Juárez del Estado de Durango, Juez Primero Especializado del Tribunal para Menores Infractores.

entro en vigor dos días después de su publicación el día 18 de junio de ese mismo año.

Esta Ley se encuentra adecuada a todos los derechos inherentes a los menores de 18 años que han infringido las leyes penales conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual es un Tratado Internacional suscrito y ratificado por el Estado Mexicano desde 1990, y por ende de carácter obligatorio en el sistema jurídico que implica la justicia para adolescentes.

No obstante, si bien es cierto la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes contiene los derechos y principios que rigen el sistema, no menos cierto es que en nuestro país, el procedimiento especializado para adolescentes en conflicto con la ley penal regulado en dicha ley, remite en muchas de sus figuras jurídicas al Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual puede usarse de manera supletoria conforme lo establece el artículo 10 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes⁸⁶, siempre y cuando sus

⁸⁶ Artículo 10. Supletoriedad

Sólo en lo no previsto por esta Ley deberán aplicarse supletoriamente las leyes penales, el Código Nacional, la Ley de Mecanismos Alternativos, la Ley Nacional de Ejecución Penal y la Ley General de Víctimas, siempre que sus normas no se opongan a los principios rectores del sistema y sean en beneficio

normas no se opongan a los principios rectores del sistema de adolescentes y sea siempre en beneficio de las personas adolescentes.

Es por ello que en el presente artículo es la intención abordar y analizar los requisitos esenciales que se deben de tomar en consideración por los operadores jurídicos del sistema de justicia para adolescentes, en especial de los juzgadores, pero también de los ministerios públicos especializados y defensores especializados en la audiencia inicial al momento de realizar el control de la legalidad de la detención.

Existe una gran similitud entre el procedimiento penal de adultos y el especializado para adolescentes, pero las diferencias que hay entre ellos es lo que distingue y caracteriza nuestro sistema, ya que en él van inmersos los derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo tanto la constitución, las leyes y los tratados internacionales les han conferido, algunos

de la persona sujeta a la presente Ley. Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIIPA.pdf>, consultado el 12/05/2020.

de los cuales, se deben de tomar en consideración al momento del control de la legalidad de la detención.

2. EL CONTROL DE LA DETENCIÓN EN ADOLESCENTES

El control de la detención para los operadores jurídicos del sistema penal acusatorio es un tema ya bastante estudiado, pero como ya lo mencioné, lo analizaremos desde la perspectiva de justicia para adolescentes.

Desde esa perspectiva se considera que para que una detención sea legal, y por ende se pueda hacer ese control por parte del Juez Especializado en materia de justicia para adolescentes, se deben de reunir cuatro requisitos esenciales.

Cabe resaltar que la Ley Nacional del Sistema Integral del Justicia Penal para Adolescentes no establece de manera expresa dichos requisitos, sino que los mismos se pueden inferir de los derechos específicos con los que cuentan los adolescentes en esta legislación, que como ya se dijo es acorde a la normatividad internacional; además la legislación minoril remite en cuanto a la tramitación de la audiencia inicial al Código Nacional de

Procedimientos Penales, el cual en su artículo 308 en el primer y segundo párrafo establece que:

Artículo 308 Control de legalidad de la detención
Inmediatamente después de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del Juez de control, se citará a la audiencia inicial en la que se realizará el control de la detención antes de que se proceda a la formulación de la imputación. El Juez le preguntará al detenido si cuenta con Defensor y en caso negativo, ordenará que se le nombre un Defensor público y le hará saber que tiene derecho a ofrecer datos de prueba, así como acceso a los registros.

El Ministerio Público deberá justificar las razones de la detención y el Juez de control procederá a calificarla, examinará el cumplimiento del plazo constitucional de retención y los requisitos de procedibilidad, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a derecho o decretando la libertad en los términos previstos en este Código⁸⁷.

Del análisis del anterior precepto se establece que el Juez de Control especializado en adolescentes examinará el cumplimiento del plazo de retención y los requisitos de

⁸⁷ Código Nacional de Procedimientos Penales, Art. 308, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf, consultado el 12/05/2020.

procedibilidad, por lo cual se analizaran los requisitos que se deben de establecer en el sistema integral de justicia penal para adolescentes, los cuales a saber son:

1. Que la persona adolescente sea mayor de 14 años y menor de 18 años de edad.
2. Que el hecho delictivo que se le pretenda imputar, sea de los contemplados en el artículo 164 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.
3. Que se actualice alguno de los supuestos de flagrancia establecidos en el artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales.
4. Que el plazo de retención que tiene el agente del Ministerio Público especializado no exceda del término legal para poner al adolescente a disposición del Juez de Control especializado en justicia penal para adolescentes.

En cuanto al primer requisito, el artículo 18 constitucional en la parte final de su párrafo sexto establece que *el internamiento se utilizará como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años de edad*⁸⁸.

⁸⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 18, disponible en

De igual forma el artículo 145 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes en su primer párrafo establece que *en ningún caso podrán imponerse medidas de sanción privativas de la libertad a la persona que al momento de la comisión de la conducta tuviere entre doce años cumplidos y menos de catorce años*⁸⁹.

De la misma manera el artículo 31 de la Ley en comento establece que *las medidas de privación de la libertad se utilizarán como medida extrema y excepcional, sólo se podrán imponer a personas adolescentes mayores de catorce años, por los hechos constitutivos de delito que esta Ley señala, por un tiempo determinado y la duración más breve que proceda*⁹⁰.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060320.pdf, consultado el 12/05/2020.

⁸⁹ Ley Nacional del sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, Art. 145, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIIPA.pdf>, consultado el 12/05/2020.

⁹⁰ Ley Nacional del sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, Art. 31, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIIPA.pdf>, consultado el 12/05/2020.

Asimismo el artículo 122 del mismo ordenamiento legal en su primer párrafo establece que *a ninguna persona adolescente menor de catorce años de edad le podrá ser impuesta medida cautelar de prisión preventiva*⁹¹.

Del análisis armónico de lo anterior, se aduce que un adolescente menor de catorce años de edad, es decir, de doce a menos de catorce años, y por ende perteneciente al grupo etario número I, al no ser susceptible de poder ser privado de su libertad ya que en su beneficio se consagra ese derecho específico, no podría ser puesto a disposición jurídica del Juez de Control especializado en calidad de detenido, ya que de hacerlo así, el Ministerio Público especializado estaría vulnerando con ello su derecho fundamental a la libertad, y cualquier acto de investigación realizado en ese supuesto podría ser declarado nulo, pues fue realizado vulnerando los derechos humanos de la persona adolescente, ya que a un adolescente menor de 14 años, en ningún caso se le podría ni aplicar una medida de sanción de internamiento ni mucho menos la medida cautelar de prisión preventiva, y recordemos que el hecho del que el adolescente sea

⁹¹ Ley Nacional del sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, Art. 122, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIIPA.pdf>, consultado el 12/05/2020.

puesto a disposición del Juez de Control especializado en calidad de detenido, es porque la representación social considera que existe en su contra la necesidad de cautela, y solicitará al juez la imposición de la medida cautelar de internamiento, de la cual como ya se dijo, una adolescente menor de 14 años no podría ser acreedor a ella.

3. FORMA DE ANALIZAR LA DETENCIÓN DE UN ADOLESCENTE POR PARTE DEL JUEZ ESPECIALIZADO.

En esa tesitura, al momento de que se analice el control de la legalidad de la detención, se debe analizar la edad de la persona adolescente como primer requisito para saber si era o no apto para ser puesto a disposición del Juez en calidad de detenido, y para lo cual el agente del Ministerio Público especializado deberá aportar dato de prueba que acredite la edad del adolescente, ya que esa es su obligación conforme a la fracción V del artículo 66 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes⁹².

⁹² Artículo 66. El Ministerio Público Especializado en Justicia para Adolescentes.

Las Procuradurías Generales de Justicia o Fiscalías de las entidades federativas contarán con agentes del Ministerio Público o Fiscales Especializados en Justicia para Adolescentes que, además de las obligaciones y atribuciones previstas por la Constitución, los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, el Código Nacional y leyes aplicables, tendrán las siguientes:

En cuanto al segundo de los requisitos, es decir que el hecho delictivo que se le pretenda imputar, sea de los contemplados en el artículo 164 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, tiene que ver directamente con el hecho de que para poder tener retenida a una persona por parte del agente del Ministerio Público, cuando fue puesto a su disposición en virtud de una detención por flagrancia o caso urgente, el hecho delictivo tiene que ameritar cuando menos, pena privativa de la libertad, ya que en caso de que no sea así, el agente del Ministerio Público no tendría razón para tenerlo retenido, debiendo ordenar su libertad en sede ministerial y en su caso, seguir su investigación sin detenido.

Es menester señalar que el artículo 164 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes establece las conductas delictivas por las cuales un adolescente mayor de catorce años y menor de 18 años de edad puede, en su caso, ser susceptible de una medida de sanción de internamiento, y por ende ser privado de su libertad y ser puesto a disposición del juez competente en calidad de detenido, ya que si no se tratara de ninguna de estas conductas, de inmediato procedería decretar la libertad del adolescente, ya que sería ilógico retener a un adolescente por una conducta no prevista en dicho numeral, y

I a la IV...

V. Llevar a cabo las diligencias correspondientes para comprobar la edad de la persona detenida;

VI. a la X...;

Ley Nacional del sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIIPA.pdf>, consultado el 12/05/2020.

más aún ponerlo detenido a disposición del Juez especializado, si la consecuencia jurídica de sus actos no son susceptibles de que se le pueda privar de su libertad.

Para una mejor comprensión a continuación se transcribe el artículo 164 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes:

Artículo 164. Internamiento

El internamiento se utilizará como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda a las personas adolescentes que al momento de haberseles comprobado la comisión de hechos señalados como delitos, se encuentren en el grupo etario II y III. El Órgano Jurisdiccional deberá contemplar cuidadosamente las causas y efectos para la imposición de esta medida, procurando imponerla como última opción. Se ejecutará en Unidades exclusivamente destinadas para adolescentes y se procurará incluir la realización de actividades colectivas entre las personas adolescentes internas, a fin de fomentar una convivencia similar a la practicada en libertad.

Para los efectos de esta Ley, podrá ser aplicado el internamiento en los siguientes supuestos, previstos en la legislación federal o sus equivalentes en las entidades federativas:

- a) De los delitos previstos en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;*
- b) De los delitos previstos en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en*

Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos;

c) Terrorismo, en términos del Código Penal Federal;

d) Extorsión agravada, cuando se comete por asociación delictuosa;

e) Contra la salud, previsto en los artículos 194, fracciones I y II, 195, 196 Ter, 197, primer párrafo del Código Penal Federal y los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter y en los artículos 475 y 476 de la Ley General de Salud;

f) Posesión, portación, fabricación, importación y acopio de armas de fuego prohibidas y/o de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea;

g) Homicidio doloso, en todas sus modalidades, incluyendo el feminicidio;

h) Violación sexual;

i) Lesiones dolosas que pongan en peligro la vida o dejen incapacidad permanente, y

j) Robo cometido con violencia física.⁹³

⁹³ Ley Nacional del sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, Art. 164, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIIPA.pdf>, consultado el 12/05/2020.

Cabe destacar que para la tentativa punible de cualquiera de estas conductas delictivas tampoco procede la medida de sanción de internamiento, esto conforme al penúltimo párrafo del artículo 145 de la Ley Nacional del Sistema Integral del Justicia Penal para Adolescentes⁹⁴.

En consecuencia, es imperativo que desde el momento en que se está debatiendo en la audiencia inicial acerca del control de la legalidad de la detención, el agente del Ministerio Público especializado haga una clasificación jurídica preliminar del hecho delictivo que le pretende imputar al adolescente, para que el Juzgador pueda hacer ese análisis, y en su caso pueda estar en condiciones de calificar la detención, ya que si la conducta delictiva por la cual fue puesto a su disposición en calidad de detenido no es de las que ameriten estar privado de su libertad, lo correcto sería en ese momento ponerlo en inmediata libertad, ya que si el Juzgador calificase de legal la detención tratándose de una conducta que no amerita pena privativa de libertad, estaría

⁹⁴ Artículo 145. Reglas para la determinación de Medidas de Sanción

...

Para la tentativa punible no procederá la imposición de las medidas de sanción privativas de libertad.

convalidando una detención ilegal, pudiendo caer en responsabilidad por la privación injustificada.

En cuanto al tercer requisito de procedibilidad, el consistente en que se actualice alguno de los supuestos de flagrancia establecidos en el artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales, es adecuado señalar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 16 primero párrafo establece la regla general y una de las excepciones para poder ser molestado, es este caso privado de la libertad:

“Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento⁹⁵.”

De igual manera en sus párrafos del 5 al 7 mencionan las otras dos excepciones para ser detenido sin orden judicial

“Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o

⁹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 16, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060320.pdf, consultado el 12/05/2020.

inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.”

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.⁹⁶

4. EXEPCIONES AL CONTROL JUDICIAL DE LA DETENCION EN LA JUSTICIA MINORIL

Debemos establecer que si se trata de una orden de detención no habría necesidad de que al momento de la audiencia inicial se realizara el control de la legalidad de la detención, puesto que como ya lo estableció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis

⁹⁶ Idem.

444/2019⁹⁷ estableció que solo en los supuestos de flagrancia y caso urgente habrá lugar a control de la legalidad de la detención. En esa virtud el artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que:

“Artículo 146. Supuestos de flagrancia

Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o

II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:

a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o

b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito

⁹⁷ Contradicción de Tesis 44/2019 Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelta en fecha 11/03/2020, disponible en <http://www.internet2.scjn.gob.mx/PSContradiccionesT/>, consultado en 12/05/2020.

no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

98

5. FLAGRANCIA, Y CALIFICATIVA DEL TIPO PENAL PARA EFECTOS DE PONDERAR LA LEGALIDAD DE LA DETENCION EN ADOLESCENTES.

En ese orden de ideas, para saber si la forma en que fue detenido el adolescente es legal, se debe de actualizar alguno de los supuestos de flagrancia, a la cual ya la doctrina ha señalado como flagrancia pura, cuando se detiene a la persona al momento de estar cometiendo el delito, flagrancia por persecución, que es cuando inmediatamente después de cometido el delito la persona es perseguida material e ininterrumpidamente, y la flagrancia por señalamiento, que es cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

⁹⁸ Código Nacional de Procedimientos Penales, Art. 146, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf, consultado el 12/05/2020.

Por lo cual al analizar la legalidad de la detención, el agente del Ministerio Público especializado debe justificar ante el Juez de Control especializado las razones de la detención del adolescente, justificando con los datos de prueba con los que cuente el supuesto de flagrancia que él en su consideración jurídica determine se actualizó, subrayando que bajo el principio de contradicción que rige el sistema acusatorio los datos de prueba pueden ser debatidos por la defensa especializada, incorporando al debate datos o medios de prueba para demostrar que no se actualizó el supuesto de flagrancia, y por ende la forma en que fue detenido el adolescente no fue realizada de manera legal.

Ahora bien, ¿por qué solo mencioné la flagrancia y no el caso urgente?, la respuesta es muy sencilla, en materia de justicia para adolescentes no se contempla el caso urgente en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, y si bien es cierto el Código Nacional de Procedimientos Penales si lo contempla, lo cierto es que dicha figura resulta incompatible para nuestro sistema en razón de que para el caso urgente el Código Nacional señala que:

“Artículo 150. Supuesto de caso urgente

Sólo en casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad y fundando y expresando los datos de prueba que motiven su proceder, ordenar la detención de una persona, siempre y cuando concurren los siguientes supuestos:

I.Existan datos que establezcan la existencia de un hecho señalado como delito grave y que exista la probabilidad de que la persona lo cometió o participó en su comisión. Se califican como graves, para los efectos de la detención por caso urgente, los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable, así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión;

II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y

III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante la autoridad judicial, o que, de hacerlo, el imputado pueda evadirse.

Los delitos previstos en la fracción I de este artículo, se considerarán graves, aun tratándose de tentativa punible.”⁹⁹

En el sistema de justicia de adolescentes no se puede señalar la existencia de un hecho delictivo “grave”, ya que para este

⁹⁹ Código Nacional de Procedimientos Penales, Art. 150, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf, consultado el 12/05/2020.

supuesto se califica como “grave” para detener a una persona bajo este supuesto a aquellos delitos de prisión preventiva oficiosa.

En ese tenor en el sistema integral de justicia para adolescentes no existe la prisión preventiva oficiosa, ya que el párrafo quinto del artículo 122 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes que habla acerca de las reglas para la imposición del internamiento preventivo establece que... *No se aplicarán a las personas adolescentes los supuestos de prisión preventiva oficiosa establecidos en el artículo 19 de la Constitución*¹⁰⁰.

Por lo cual, esta sería la primera razón por la cual sería incompatible dicha figura con el sistema de adolescentes; sin embargo, no es la única, puesto que otro requisito de la figura del caso urgente para establecer que un delito sea calificado como “grave” es que ese delito, tenga un término medio aritmético de la pena de prisión inferior a cinco años.

¹⁰⁰ Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, Art. 122, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIIPA.pdf>, consultado el 12/05/2020.

Como es bien conocido por los operadores del sistema, no existen medidas tasadas para cada uno de los hechos que la ley señala como delito en materia de justicia penal para adolescentes, es decir, no existe una temporalidad mínima ni máxima para cada una de las conductas delictivas, y si bien es cierto existen parámetros que la propia ley otorga para la imposición de una medida de sanción, señalando en algunos casos cual es la temporalidad máxima a imponer, no menos cierto es que al no haber temporalidades mínimas (a excepción de la medida de sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, la cual es de tres meses la temporalidad mínima), no se podría sacar un término medio aritmético para considerar que un delito pueda ser considerado “grave” conforme al Código Nacional, por lo cual la figura de la detención por caso urgente es incompatible en el sistema integral de justicia penal para adolescentes.

Por otra parte, en cuanto al cuarto y último requisito que se debe analizar en el control de la legalidad de la detención es precisamente que la persona adolescente sea puesta a disposición del juez de control especializado dentro del plazo legal de retención que tiene el agente del ministerio público especializado.

Ahora bien en este rubro es menester señalar que el párrafo decimo del artículo 16 de la Constitución Federal establece que *ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada*¹⁰¹, señalando que esta regla es general para toda persona, sin hacer una diferenciación entre adultos o adolescentes.

Sin embargo, la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, la cual es una ley especial que en este rubro en específico confiere mayores beneficios a una persona a adolescente que la propia Constitución, ya que esta Ley en su artículo 130 establece que:

“En los casos de personas adolescentes detenidos en flagrancia, en términos de la Constitución y el Código Nacional, el Ministerio Público deberá ponerlos a disposición del Juez en un plazo que no podrá exceder de treinta y seis horas, salvo que el Ministerio Público requiera agotar el plazo

¹⁰¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 16, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060320.pdf, consultado el 12/05/2020.

*constitucional por las características propias de la investigación que así lo justifique.*¹⁰²

Por lo tanto haciendo una interpretación garantista de un derecho específico conferido a una persona adolescente, tendríamos que el plazo legal que tiene el agente del Ministerio Público para poner a disposición a un adolescente en calidad de detenido sería de 36 horas, no 48 como lo señala la Constitución como regla general, y que solamente en los casos de que el Ministerio Público requiera agotar el plazo constitucional, es decir las 48 horas, deberá justificar dicha circunstancia de acuerdo a las características de la investigación que realiza.

Es de notar que en la redacción del artículo 130 de la legislación minoril mexicana no da pauta para poder duplicar el plazo legal de retención en caso de delincuencia organizada, como si lo establece la Constitución Federal en materia penal de adultos.

¹⁰² Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, Art. 130, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIIPA.pdf>, consultado el 12/05/2020.

Ahora bien, como ya se señaló existe una disposición expresa en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes de que el plazo para poner a disposición a un adolescente es de 36 horas, con la salvedad ya antes mencionada; sin embargo, el artículo 37 inciso d) de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

“Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción¹⁰³.

Si bien de la redacción de dicho artículo no se establece un plazo definido, sino que únicamente se menciona que se podrá impugnar la legalidad de la privación de la libertad ante un tribunal independiente e imparcial, y que la decisión sobre esa acción deberá ser “pronta”, es menester señalar que el Comité de

¹⁰³ Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 37, disponible en https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Provictima/1LEGISLACION/3InstrumentosInternacionales/F/convencion_derechos_nino.pdf, consultada el 12/05/2020.

los Derechos del Niño, el cual es el único organismo facultado internacionalmente para interpretar las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya se había pronunciado en cuanto a la interpretación de lo que se debe entender por prontitud acerca de dicho numeral, ya que en su Observación General número 10 del año 2007 que se refiere a los Derechos del Niño en la Justicia de Menores, concretamente en su párrafo 83 establece que:

“83. Todo menor detenido y privado de libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de la continuación de ésta. El Comité también recomienda que los Estados Partes adopten disposiciones jurídicas estrictas para garantizar que sea objeto de examen periódico la legalidad de la prisión preventiva, preferentemente cada dos semanas. Si no es posible la libertad provisional del menor, por ejemplo mediante la aplicación de medidas alternativas, deberá presentarse una imputación formal de los presuntos delitos y poner al menor a disposición de un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en el plazo de 30 días a partir del ingreso del menor en prisión preventiva. El Comité, teniendo en cuenta la práctica de aplazar la vista de las causas ante los tribunales, a menudo en más de una ocasión, insta a los Estado Partes a que adopten las disposiciones jurídicas necesarias para que el

*tribunal o juez de menores, u otro órgano competente, tome una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación.*¹⁰⁴

En otras palabras, ya en esta Observación General establecía que el plazo en la que se debía poner a un adolescente ante un Tribunal cuando se encontraba privado de su libertad para el efecto de examinar la legalidad de su privación es de 24 horas, no 36 como lo señala la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, ni mucho menos 48 horas como lo señala la Constitución.

Ahora bien, en la actualidad la Observación General 10 del Comité de los Derechos del Niño publicada en el año 2007 fue sustituida por la Observación General número 24 del propio Comité publicada en el año del 2019 sobre los Derechos de los Niños en la Justicia de Menores, donde nuevamente se reafirma como se debe interpretar el inciso d) del artículo 37 de la

¹⁰⁴ Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 10, 2007, disponible en [http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/59 Libro-Observaciones-Comite-Derechos-Nino-Naciones-Unidas-adolescentes-infringen-Ley%20penal.pdf](http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/59_Libro-Observaciones-Comite-Derechos-Nino-Naciones-Unidas-adolescentes-infringen-Ley%20penal.pdf), consultada el 12/05/2020.

Convención sobre los Derechos del Niño, ya que en su párrafo 90 establece que:

“90. Todo niño detenido y privado de su libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en el plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de dicha privación de libertad o la continuación de esta. El Comité también recomienda a los Estados partes que velen por que la prisión preventiva se revise periódicamente con el objetivo de ponerle fin. En los casos en que no sea posible conceder la libertad condicional al niño en la primera comparecencia o antes de que esta tenga lugar (en el plazo de 24 horas), se deberá presentar una imputación formal de los presuntos delitos y poner al niño a disposición de un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial para que tramite la causa lo antes posible sin exceder el plazo de 30 días a partir de que se haga efectiva la prisión preventiva. El Comité, consciente de la práctica de aplazar las audiencias muchas veces y/o por largos períodos, insta a los Estados partes a que adopten límites máximos para el número y la duración de los aplazamientos e introduzcan disposiciones jurídicas o administrativas para asegurarse de que el tribunal u otro órgano competente adopte una decisión definitiva sobre los cargos a más tardar seis meses después de la fecha inicial de la reclusión; de lo contrario, el niño deberá ser puesto en libertad.”¹⁰⁵

¹⁰⁵ Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño,

En consecuencia, la interpretación establecida en la Observación General 24 en su párrafo 90, establece un plazo de 24 horas para que el adolescente sea puesto a disposición de una autoridad judicial competente en calidad de detenido, para examinar la legalidad de su privación de libertad.

En relación a ello, hay quienes opinan que las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño no son vinculantes para el Estado Mexicano, no obstante, es menester aclarar que las Observaciones Generales hechas por el Comité de los Derechos del Niño interpretan la propia Convención, el cual, si es un instrumento vinculante, por lo cual las Observaciones Generales también son vinculantes.

Cabe aclarar que en las Observaciones Generales, y en concreto la número 24 a la que nos hemos referido, hay partes en las cuales el Comité interpreta ciertas disposiciones de la Convención, en otras palabras establece lo que debemos entender, y en otras partes hace recomendaciones de las acciones que los

Observación General 24, 2019, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f24&Lang=es, consultada el 12/05/2020.

Estados parte de la Convención deberían tomar para adecuar su marco normativo interno a los principios de la Convención; pero en el caso específico que nos ocupa, el término de 24 horas no es una recomendación, sino una interpretación del inciso d) del artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y por ende, debe tomarse como vinculante para el Estado Mexicano.

6. CONCLUSIONES

Así pues, al hacer una interpretación del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual en su párrafo segundo señala que *las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*¹⁰⁶, y que además en su párrafo tercero establece que *todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de*

¹⁰⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 1°, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060320.pdf, consultado el 12/05/2020.

*universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*¹⁰⁷, es de concluirse que la protección más amplia a los derechos humanos de la persona adolescente lo da la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 37 inciso d), debiéndose interpretar conforme al párrafo 90 de la Observación General número 24 del Comité de los Derechos del Niño, es decir, dándole un término de 24 horas al Ministerio Público como plazo de retención, antes de poner a un adolescente a disposición en calidad de detenido ante el Juez de Control especializado en adolescentes.

El anterior argumento se robustece, si tomamos en consideración el interés superior del niño, ya que el mismo se debe de entender como un concepto triple, es decir, como un derecho subjetivo público, como un principio jurídico interpretativo fundamental y como una norma general de procedimiento.

Cuando hablamos que el interés superior del niño es un principio jurídico interpretativo fundamental, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 14 publicada en al

¹⁰⁷ Idem.

año de 2013 concerniente sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, la cual interpreta el artículo 3º párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en su párrafo 6 inciso b) lo siguiente:

“6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) ...

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) ...”¹⁰⁸

Así pues, en base al interés superior del niño, al establecerlo como un principio jurídico interpretativo fundamental, donde hay más de una disposición jurídica que admite más de una

¹⁰⁸ Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 14, 2013, disponible en <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>, consultada el 12/05/2020.

interpretación, se debe de elegir la que más beneficio aporta al adolescente, siendo esta, el término de 24 horas al que ya se ha hecho referencia.

Cabe resaltar que es importante respetar dicho plazo de retención, ya que, si en su caso el agente del Ministerio Público se excediera en él, además de no tenerse por controlada la detención, los datos de prueba recabados con posterioridad a dicho plazo podrían ser declarados nulos por haber sido obtenidos con violación de los derechos humanos del adolescente al haberse recabado estado el privado de su libertad de manera indebida.

Por último, quiero recalcar que todos los operadores jurídicos del sistema integral de justicia penal para adolescentes deben ser especializados conforme lo establece el artículo 63 de la Ley de la materia, y por ende deben de conocer estos derechos inherentes a los adolescentes, para en su caso poder respetarlos y garantizarlos en aras de una adecuada impartición de justicia.

7. BIBLIOGRAFÍA

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Contradicción de Tesis 44/2019 Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelta en fecha 11/03/2020.

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño.

Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 14, 2013.

Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 10, 2007.

Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 24.

CONFERENCIA IMPARTIDA EL
DÍA 25 DE ABRIL DEL 2020 EN EL
1º CONGRESO VIRTUAL DE LA
FEDERACIÓN
IBEROAMERICANA DE
ABOGADOS, POR EL DR.
ALEJANDRO RAMÓN FUENTES,
CON EL TEMA: “RETOS DE LA
JUSTICIA PARA ADOLESCENTES,
EN LA ACTUALIDAD”.

CONFERENCIA IMPARTIDA EL DÍA 25 DE ABRIL DEL
2020 EN EL 1º CONGRESO VIRTUAL DE LA
FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ABOGADOS, POR
EL DR. ALEJANDRO RAMÓN FUENTES, CON EL TEMA:
“RETOS DE LA JUSTICIA PARA ADOLESCENTES, EN LA
ACTUALIDAD”.

Buenas tardes, antes de iniciar y atendiendo a las recomendaciones que nos hiciera el pensador *LAO TSE*, que decía: “El agradecimiento es la memoria del corazón”, quiero agradecer la invitación de ser parte de este importante evento académico y pionero en nuestro país, a los organizadores del mismo, como lo son Antonio Loyola, Presidente del Consejo Directivo Central de la Federación Iberoamericana Abogados, y Paco Morales, Vicepresidente de la Federación Iberoamericana Abogados, por la amable invitación a ser parte de esta historia académica que hemos compartido los últimos días, en donde es importante mandar el mensaje a toda la sociedad mexicana, que los abogados aún con emergencias sanitarias, seguimos capacitándonos, según las propias enseñanzas de decálogo del abogado de *J. COUTURE*, en donde decía “Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado”, hoy con gusto sabemos que somos cada día más abogados.

Sin más retrasos, iniciamos...

La presente plática para cuestiones metodológicas, la dividiremos en tres partes: Primero, una breve introducción del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes en nuestro país, partiendo de la vigencia de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (en adelante LNSIJPA); para posteriormente, entrar a identificar los problemas que enfrenta este tipo de justicia especializada; y, para concluir mi intervención con algunas reflexiones sobre las áreas de oportunidad y posibles soluciones en esta justicia especializada.

De igual forma, hago del conocimiento que por el formato de la conferencia, a lo mejor no va haber oportunidad de responder sus preguntas, sin embargo, les dejo mi correo electrónico, por si gustan enviarme sus interrogantes, las cuales trataré de darles respuesta a la brevedad.

Como saben la LNSIIPA¹⁰⁹, entró en vigor el día 18 de junio del año 2016, marcando con ello un nuevo rumbo a este tipo de justicia especializada. Puesto que, a través de esta legislación de carácter nacional, se pretendía dar respuesta a las observaciones particulares realizadas por el Comité de los Derechos del Niño, sobre el cumplimiento a los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos en los que descansa el derecho humano de los adolescentes que cometen un hecho delictivo, a ser juzgados de forma diferenciada a los adultos, por encontrarse en una etapa de desarrollo.

Es decir, con esta nueva legislación se logró, entre otras cosas:

A) ESTABLECER UN SOLO PROCESO PARA LOS ADOLESCENTES EN TODO EL PAÍS.

Ello, en atención tanto al principio de *Aplicación favorable*, previsto dentro del propio artículo 17 de esta nueva legislación, el cual resalta que a un adolescente no puede limitarse algún derecho que le correspondiera a un adulto en sus mismas

¹⁰⁹ Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 16 de junio del año 2016.

condiciones, y como lo ha indicado la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) en su artículo 20, al precisar que el proceso penal será acusatorio y oral, y el mismo se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, en tal sentido no podría ser otra forma para los adolescentes en conflicto con la ley.

Situación que como sabemos originó que varios estados de la República, con la vigencia de esta legislación nacional, dejaran los procedimientos escritos o mixtos, para garantizar una verdadera oralidad a los adolescentes.

Otra cuestión que nos impacta en este rubro, es la supletoriedad a la que alude el artículo 10 de la LNSIIPA, pues ésta ha tenido algunas complicaciones en su aplicación, ya que para que opere compañeros, se tienen que respetar los siguientes supuestos:

- a) Sólo en lo que no se prevea en la LNSIIPA entrará la supletoriedad siempre y cuando: (condición *sine quo on*);

- b) Las normas supletorias no se opongan a los principios rectores del sistema (los contenidos del artículo 12 al 33 LNSIIPA); y
- c) Que las normas supletorias, sean aplicadas en beneficio del adolescente sujeto a proceso.

Esta supletoriedad, a la que hemos hecho alusión, como lo veremos más adelante, lleva implícitos algunos de los problemas de la aplicación de la norma, ya que no se aplica como el legislador la estableció.

B) LA HOMOLOGACIÓN DE LA DURACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INTERNAMIENTO EN CENTROS ESPECIALIZADOS, TANTO CAUTELAR, COMO DE SANCIÓN.

Ello en verdad que ha sido un gran acontecimiento jurídico, y el cual ha dado nacimiento a diversas opiniones sobre esta normatividad, al considerar que las medidas de sanción son insuficientes, ya que coloquialmente hemos escuchado voces que piden que se castiguen igual que a los adultos, lo que sin duda alguna, resulta ser una aberración, pues no son personas con el mismo grado de desarrollo y cada uno necesita un tratamiento diferente.

En otras palabras, a un adolescente que cometa una conducta de las consideradas como susceptibles de internamiento, previstas por el artículo 164 de la LNSIIPA, se le deberá establecer la misma medida, independientemente de la entidad en donde cometió el delito, rompiendo con ello las desigualdades que existían en las legislaciones locales que iban de 3 a 20 años, dependiendo de cada Estado de la República.

Esta homologación atiende a dos cuestiones o principios en los que descansa este modelo de justicia: Primero, en que a contravención con el sistema penal de adultos, no nos encontramos ante un modelo retributivo, sino por el contrario en un modelo de justicia penal restaurativo, es decir, el fin que persigue esta justicia especializada es hacer responsable al adolescente de sus actos y alcanzar la reintegración social y familiar del mismo, con la aplicación de medidas socioeducativas.

Por otra parte, la temporalidad de las medidas, al no estar acuñadas en el modelo de justicia penal retributivo, no son vistas como un castigo, sino como una herramienta para alcanzar el cumplimiento de las medidas socioeducativas que hemos referido en casos particulares, de ahí la naturaleza y vigencia del principio

de que “las medidas de internamiento sean consideradas como medidas extremas y sólo por el tiempo más breve posible¹¹⁰”.

Estableciendo la propia legislación un *artículo clausula*, en el cual se indica cuáles son los delitos que resultan susceptibles de este tipo de medidas y acorde al artículo 18 de la CPEUM, sólo aplicables a los mayores de catorce años y menores de dieciocho, es decir los adolescentes dentro de los grupos etarios II y III que indica la ley en comento.

Otra de las aportaciones de esta legislación resulta:

C) EL ESTABLECIMIENTO DE CRITERIOS OBJETIVOS Y LAS BASES DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIZACIÓN DE LA MATERIA.

Con esta nueva legislación, y atendiendo a los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país, se desarrolla el principio de Especialización y se separa esta justicia de la justicia aplicada a los adultos, y se indica que los operadores, los órganos integrantes del sistema, deben ser especializados, ello, con la única intención de que las personas que intervengan tengan un

¹¹⁰ Cfr. Artículo 31 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes

conocimiento multidisciplinario de los Derechos de los Niños y el perfil para trabajar con ellos.

Esto no es nuevo, pues ya la SCJN, desde septiembre del 2008, al resolver la acción de inconstitucional 37/2006, nos había indicado cómo debía entenderse la Especialización a que aludía el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos; y para su servidor, este principio es la llave para una buena aplicación de este tipo de justicia para los adolescentes y debería ser la pauta para la aplicación del proceso y que éste alcanzara sus fines.

De igual forma, quiero aclararles que la especialización no sólo consiste en que tengamos conocimientos legales de los Derechos de los Niños, previstos tanto en la CDN, como en la Ley General de Derechos Niñas, Niños y Adolescentes, sino para un verdadero entendimiento se requiere que los abogados tengamos conocimientos tanto de psicología, médicos, educación y formación, así como manejo de los adolescentes para marcar verdaderamente el respeto a estos derechos y con la visión de ver a los menores de edad como sujetos de derechos y no de protección como antes lo preveía el sistema tutelar.

Con estas tres aportaciones, considero que existe material suficiente para comentar algunos de los problemas y retos que enfrenta en nuestros días la Justicia Especializada para Adolescentes; aclarando, que no son todos los logros que se alcanzó con una legislación única en esta materia, pero sí los que nos permiten continuar con esta plática.

Ahora bien, dentro de los problemas que enfrenta esta justicia especializada, podemos analizarlos en base a los tres apartados que comentamos en la primera parte, sin dejar de lado la actual situación sanitaria que estamos viviendo y por la cual atraviesa lamentablemente nuestro país, al igual que toda la humanidad.

Me refiero a la crisis originada por el COVID-19, la cual ha obligado que, a través de las medidas de sana distancia, los diversos órganos impartidores de justicia del país hayan acordado la suspensión de términos y plazos judiciales, pero como operadores jurídicos especializados, debemos entender que estas medidas tendrán un impacto muy agresivo en los procedimientos seguidos a los adolescentes en conflicto con la ley, si no los atendemos desde una óptica de la propia Especialización.

Pues, en una primera instancia por el tiempo de duración de éstos, los cuales como sabemos, no pueden durar más de seis

meses¹¹¹, los cuales empiezan a correr desde el dictado del auto de vinculación y se concluye cuando se emite la sentencia.

Si bien, existe una suspensión de plazos judiciales¹¹², lo cierto es que en base a la Especialización que tanto he referido, sabemos que la corta duración de estos procedimientos va en atención a que el proceso en sí mismo resulta ser en una forma una justicia terapéutica, pues va encaminado a buscar concientizar y hacer responsable al adolescente del daño que causó, según el modelo de justicia restaurativa que hemos comentado; y la corta duración del proceso, tiene una relación con la medida de sanción que se imponga al adolescente, para que se traduzca en un aprendizaje socioeducativo, a fin del que el menor de edad alcance su reintegración social. Y por el contrario, una mayor duración del proceso, no sólo rompería con esta finalidad, sino que como lo muestran los estudios realizados por CIDAC¹¹³, se traduciría para

¹¹¹ Artículo 117. Duración del proceso para adolescentes

Desde la vinculación a proceso hasta el dictado de la sentencia no podrá transcurrir un plazo mayor a seis meses, salvo que la extensión de dicho plazo sea solicitada por la persona adolescente por serle benéfica.

¹¹² Véase los acuerdos emitidos por los Poderes Judiciales Locales y el propio emitido por el Poder Judicial Federal.

¹¹³ Justicia para Adolescentes en México, ¿Se garantizan los derechos de los jóvenes?, elaborado por CIDAC y la embajada de

el adolescente, en que la imposición de la medida sería injusta, pues no habría relación inmediata con la conducta ilícita desplegada por éste y en nada abonaría a la formación del adolescente.

A manera de ejemplo, se me viene a la mente, el caso que nos pudiera ocurrir a cualquiera de nosotros con uno de nuestros hijos o algún sobrino pequeño, que rompiera algún objeto y que no le llamáramos la atención hasta un año después del momento que rompió el objeto, pues el niño diría: “¿Por qué me regaña?”, “Que injusto”, “No sé por qué me dice eso”. Esto mismo pasa cuando la llamada de atención o medida de sanción no es impuesta de una forma casi inmediata a la conducta ilícita que realiza un adolescente, por ello, insisto que el tiempo del procedimiento debe ser relativamente corto, para no generar esta sensación en el adolescente procesado.

Por ello, celebro que existan estados de la República que, aplicando de forma correcta la supletoriedad del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP), y como lo

Finlandia en México y consultable en: <http://cidac.org/wp-content/uploads/2016/02/adolescentes-web.pdf>

indiqué con antelación, sin violentar los principios generales del Sistema y la aplicación siempre a favor de los derechos del adolescente procesado, ya que se ha buscado continuar con las audiencias y el seguimiento de los procedimientos en casos específicos de forma virtual.

En este apartado quiero señalar que el propio CNPP, nos da las pautas para celebrar audiencias virtuales sin la presencia física de las partes¹¹⁴, y además, la posibilidad de notificar a través de correo electrónico los acuerdos que recaigan¹¹⁵. Es decir, existen bases para aplicar una justicia acorde a la situación sanitaria que estamos viviendo, sin perjudicar o poner en riesgo la salud del adolescente o de las propias partes procesales.

Pero como lo indiqué, el buscar dar soluciones al reclamo de este modelo de justicia especializado, tiene su apoyo en una correcta interpretación de la propia LNSIIPA, es decir, en los términos del artículo 9º, el cual señala:

¹¹⁴ Cfr. Artículo 51 del Código Nacional del Procedimientos Penales.

¹¹⁵ Cfr. Artículos 82, 83 y 87 del Código Nacional del Procedimientos Penales.

“Artículo 9. Interpretación

La interpretación de las disposiciones contenidas en esta Ley deberá hacerse de conformidad con la Constitución, los principios rectores del Sistema, la Ley General y los Tratados Internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas adolescentes la protección más amplia. “

En ese sentido, la aplicación e interpretación de la ley, como de los ordenamientos supletorios, en los casos que éstos procedan, deben estar orientados a que se favorezca la protección más amplia de los adolescentes en conflicto con la ley.

Logrando así, evitar los retardos en este tipo de justicia, o en su momento, una vez que se reincorporen los poderes judiciales, y buscándose el cumplimiento del principio de celeridad procesal, contenido en el artículo 33 de la LNSIIPA, y del cual se desprende que este tipo de procesos se realizarán sin demora y con la mínima duración posible, por lo que las autoridades y órganos operadores del Sistema, deberán ejercer sus funciones y atender las solicitudes de los interesados con prontitud y eficacia, sin causar dilaciones injustificadas, siempre que no afecte el derecho de defensa.

Otra problemática que hemos venido observando, va de la mano con los órganos especializados a que refiere el artículo 63 de la LNSIIPA, en donde los operadores no sólo deben acreditar contar con la especialización en los términos del artículo 64 de este ordenamiento en comento, sino que dentro de su función deben velar por los fines del sistema y soliciazar el mismo, pues en muchos lugares encuentro con tristeza que existen operadores que dicen “No podemos hacerle nada a los adolescentes, no se les hace nada”.

Creo que esto se debe a que no entienden que el proceso está acuñado en el modelo restaurativo al que al inicio me referí, es decir, contrario al modelo retributivo no se busca castigar al adolescente; sino por el contrario, a través de medidas socioeducativas lograr su reintegración y que no vuelva a cometer otra conducta. Por ello, la importancia de que las autoridades del sistema no sólo sean especializadas, sino que exista verdaderamente una interrelación entre ellas, pues mucho va depender del éxito de las medidas, el seguimiento que puedan dar las Autoridades Administrativas y de la comunicación que éstas tengan con el propio Juez de Ejecución.

Así como este ejemplo, podríamos hablar de otros más que denotan una falta de especialización de los operadores jurídicos, como en los siguientes casos:

- a) LA FALTA DE MEDIDAS DE MAYOR Y MENOR GRAVEDAD EN LAS SENTENCIAS, EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 151 DE LA LNSIIPA.

He visto sentencias que solamente imponen una medida única, pasando de lado la obligación que tiene el Juez de incluir la medida de mayor gravedad y de menor gravedad en la misma sentencia; las cuales, sin duda alguna, son el cimiento para la etapa de ejecución y la elaboración del plan individual de ejecución, pues tienen la intención de motivar al adolescente en avanzar en su reintegración y conociendo, que en caso de cumplir anticipadamente con la medida, podrá optar por un beneficio, así como de forma contraria, que en caso de no hacerlo, conoce de antemano que su medida se agravará por no estar haciendo su parte, desarrollándose dentro de esta regla procesal básica el fin del modelo restaurativo, es decir, enseñando a ser responsable al adolescente de sus propios actos.

Pero, si no se aplica correctamente la ley, no tiene ningún valor, ni se pueden alcanzar los fines que la misma busca a través

de su procedimiento y solamente estaríamos ante la simulación de un procedimiento.

- b) EL ESTABLECIMIENTO DE UNA TEMPORALIDAD MÍNIMA PARA EL INTERNAMIENTO, EN CONTRAVENCIÓN AL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD Y DE BREVEDAD, DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO.

Existen estados de la República en donde consideran que la LNSIIPA es imperfecta, pues no contiene temporalidad mínima para las medidas de sanción, con excepción de la medida de servicio a la comunidad, y por ello, buscan aplicar supletoriamente los Códigos Penales, o el propio Federal, para aplicar la sanción de internamiento mínima contenida en dichos dispositivos legales. Rompiendo con ello, el principio de supletoriedad, pues no sólo se contrapone con los principios generales del sistema, como el principio previsto por el artículo 31 de la LNSIIPA, es decir, el de que el internamiento se aplique de forma excepcional y por el tiempo más breve que proceda, sino además, la propia interpretación o aplicación de la temporalidad mínima para el internamiento, prevista por los ordenamientos penales sustantivos a que nos hemos referido, en ningún momento

podría ser vista como una aplicación favorable para el adolescente procesado.

Contrario a lo anterior, se observa en la aplicación de la LNSIIPA, una óptica o intromisión del derecho penal de adultos al momento de buscar imponer una medida de sanción, equiparando a las medidas socioeducativas con sanciones penales de adultos, lo que no sólo corresponde a dos modelos de justicia diferentes, sino a finalidades diversas que persigue cada proceso, atendiendo a las edades de las personas procesadas. Por ello, no estoy a favor de que los propios jueces penales de adultos tengan una doble jurisdicción, pues es difícil apartarse de un modelo de justicia para aplicar otro tan diverso y recordemos que la LNSIIPA, incluye reglas de naturaleza sustantiva, procedimental, de ejecución y hasta de mecanismos alternativos con una visión modalizada del derecho penal, ello, porque va dirigida a personas aún en desarrollo, de ahí la importancia de entender los grupos etarios y el nivel de desarrollo psicológico y físico de cada uno de ellos.

c) LA FALTA DE EVALUACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL ADOLESCENTE EN TODAS SUS RESOLUCIONES.

Considero que el problema más recurrente que observamos al momento de aplicar la LNSIIPA, es por parte de los órganos impartidores de justicia, ya que aún no hemos entendido que cuando el artículo 12 de la LNSIIPA nos impone esta carga, no resulta de carácter dogmático, sino por el contrario, se desprende como una obligación de carácter procesal consistente en pasar por el *tamiz* del impacto la decisión de la autoridad sobre la medida que se imponga al adolescente, ello, a fin de verificar que la misma no se traduzca en afectación a posteriori, o a la violación o afectación, de uno de sus derechos, esto, por el principio de protección integral de los derechos del adolescente a que refiere el artículo 13 de la LNSIIPA.

En ocasiones, solamente para cumplir o pretender cumplir esta obligación, únicamente se utiliza la frase “Todo lo anterior en base al interés superior del adolescente o del niño”, pero no es una fórmula, sino un análisis que consta de diversos conceptos y derechos en su conjunto, para que la medida a imponer tenga el menor impacto posible en la vida, o afectaciones futuras en el adolescente, tal como lo ha venido indicado el Comité de los Derechos del Niño.

- d) EL NÚMERO DE MEDIDAS APLICADAS EN LA SENTENCIA, QUE LUEGO SE DUPLICAN AL ELABORAR EL PLAN INDIVIDUAL DE EJECUCIÓN Y EN ALGUNOS CASOS SE PODRÍA HABLAR DE UNA DUPLICIDAD DE SANCIONES.

El caso del número de medidas de sanción que pueda imponerse a un adolescente deriva del grupo etario al que pertenece, es decir:

Grupo etario I	1 medida de sanción
Grupo etario II y III	Hasta 2 medidas de sanción

Existiendo para el caso de los grupos etarios II y III la aplicación de la medida de internamiento con una no privativa de la libertad. Pero el caso no termina ahí, sino en ocasiones los Jueces de Ejecución se apartan de lo que indica el artículo 179 fracción II de la LNSIIPA, es decir, violentan la invariabilidad de la cosa juzgada, ya que a través de la aprobación del Plan Individual de Ejecución se les imponen a los Adolescentes actividades que en verdad se tratan de medidas de sanción, previstas en el artículo 155 de la Ley de la materia, o en algunos casos, ni siquiera tienen sustento alguno estas actividades; o por

el contrario, nada tienen que ver con las medidas impuestas en la sentencia.

e) LA POCA UTILIZACIÓN DE PRUEBAS ANTICIPADAS PARA EVITAR LA REVICTIMIZACIÓN DE MENORES VÍCTIMAS EN CASOS DE DELITOS DE ÍNDOLE SEXUAL.

Esta cuestión deriva del conocimiento y aplicación del *Corpus Juris de los derechos de los niños*, primordialmente, de la aplicación del principio propersona consagrado en el artículo 1º de la CPEUM, en el sentido de garantizar los derechos de los niños víctimas en delitos de carácter sexual y utilizar las pruebas anticipadas para evitar en la medida de lo posible la revictimización de éstos durante el proceso.

Aquí, es donde a veces olvidamos que el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, es un subsistema del Sistema de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA), por lo tanto, al aplicar la LNSIIPA, también somos garantes de los derechos de los niños, aún en su calidad de víctimas.

f) LA IMPOSICIÓN SISTEMÁTICA DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO CAUTELAR.

En muchos casos observamos que pareciera que la medida cautelar de internamiento tiene carácter de oficioso, pues se impone de manera automática cuando estamos en el caso de uno de los delitos del artículo 164 de la LNSIIPA; sin embargo, recordemos que existen tres tipos de medidas cautelares, entre éstas, las oficiosas y las necesarias dentro del sistema de justicia penal para adultos, las primeras contenidas en el artículo 19 de la CPEUM, y las segundas, siempre que exista uno de los supuestos de los artículos 168, 169 y 170 del CNPP. No obstante, para el caso de los adolescentes la medida cautelar de internamiento tiene otras reglas, las cuales están previstas por el artículo 122, en relación con el artículo 12 de la LNSIIPA, lo que da nacimiento a la medida cautelar de internamiento de carácter justificada, y la cual, en todos los casos siempre será opcional, ello, derivado del análisis del interés superior del adolescente.

- g) LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE SANCIÓN DE INTERNAMIENTO POR CONSIDERAR QUE ESTÁN MEJOR INTERNOS QUE EN SU CASA, OLVIDANDO QUE PARA ESOS CASOS EXISTE EL SISTEMA PROTECCIÓN DE NNA Y SU PROPIA NORMATIVIDAD.

En este apartado, resulta importante clarificar que nos encontramos ante un derecho penal modalizado, donde resalta el principio de legalidad previsto por el artículo 24 de la LNSIIPA, el cual establece que los adolescentes no pueden ser procesados ni sometidos a medida alguna por actos que no sean definidos como delitos. Esto viene a colación, porque en algunos Estados de República he escuchado voces que dicen es que está mejor el adolescente interno que en su casa, pero esto no debe ser la justificación para imponer una medida, y menos, una de internamiento, pues primero, como he venido diciendo, al ser un proceso penal se debe acreditar la existencia de la conducta y la responsabilidad del menor en dicho acto ilícito para que sea acreedor a una medida de sanción, ya que recordemos que el tutelarismo, y su imposición de tratamiento por cuestiones de riesgo, ya no es aplicable.

Esta situación permite ver, que muchos operadores no entendemos que el sistema integral de justicia para adolescentes, es un subsistema del propio sistema de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, el cual tiene su base en la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y el que al ser garantes del derecho de los niños, y en caso de no vincularlos a proceso, si

tenemos conocimiento previo de una afectación a sus derechos, debemos ordenar el plan de restitución de derechos correspondiente, ello, en atención de la obligación que nos establece el artículo 1º de la CPEUM, y de esta forma proteger los derechos de los niños. Entre otras muchas, que lo único que denotan es la falta de especialización y de una verdadera aplicación de una justicia penal modalizada y especializada.

Considerando que la inadecuada preparación o especialización puede llegar a convertirse en el propio talón de Aquiles del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes. Es por ello necesario, que, a fin de evitar malas prácticas, se debe fortalecer el conocimiento y capacitación de las partes que intervienen en el proceso y de las propias autoridades especializadas a que señala el artículo 63 de la ley en comento.

Por ello, celebro que, dentro de este evento académico, se dé un espacio a este tipo de justicia y se siembre la semilla en algunos de ustedes sobre la necesidad de profundizar más en esta materia y en las consecuencias de una mala praxis, así como las oportunidades que tienen como litigantes de buscar el respeto irrestricto de los derechos de sus defensos.

Por último, solamente me resta agradecer a todos ustedes por su atención a la presente charla, quedando a sus órdenes para cualquier duda que me quieran hacer llegar a través de mi correo electrónico, en verdad, gracias por su tiempo.

ALTERACIONES DE LA
COMUNICACIÓN HUMANA
COMO FACTOR DE LA
ACTIVIDAD DELINCUENCIAL EN
MENORES INFRACTORES; Y
CÓMO LA HABILITACIÓN Y/O
REHABILITACIÓN DE LAS
MISMAS PUEDE AYUDAR A
REDUCIR TAL ACTIVIDAD.

José Rodolfo Molina Fernández

ALTERACIONES DE LA COMUNICACIÓN HUMANA COMO FACTOR DE LA ACTIVIDAD DELINCUENCIAL EN MENORES INFRACTORES; Y CÓMO LA HABILITACIÓN Y/O REHABILITACIÓN DE LAS MISMAS PUEDE AYUDAR A REDUCIR TAL ACTIVIDAD.

José Rodolfo Molina Fernández

SUMARIO

1. Introducción. 2. Punto de partida. 3. ¿Qué es terapia de la comunicación humana o de lenguaje? 4. Trastornos del habla y del lenguaje, 5. Especialidades en terapias del habla y del lenguaje, 6. Los adolescentes que delinquen 7. Conclusiones, 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente vivimos en una sociedad en la que estamos rodeados de múltiples factores que, en ocasiones, nos lleven a realizar acciones que rompen con la cordialidad entre individuos y con ello a llegamos a cometer delitos, los cuales deben ser sancionados según la gravedad de los mismos.

Dentro de un entorno social se pensaría que como adultos debemos de tener de manera exclusiva esta problemática, pero, desafortunadamente no es así, pues dentro de nuestra sociedad

también está un sector muy vulnerable (los adolescentes), el cual, debido a la explotación de las redes sociales y tecnología mal manejada, aunada a otros factores que ya mencionaremos, llegan a cometer delitos de gran impacto social y que definitivamente afectan a la comunidad en la que vivimos.

Uno de esos factores que afectan a los niños y adolescentes y que les llevan a caer en conductas socialmente incorrectas, es la problemática que tiene que ver con la Comunicación Humana. Más adelante nos adentraremos a conocer sobre lo que es Comunicación Humana y qué tiene que ver con todo esto.

Cuando se presume que un adolescente es accionario o participe de algún delito. Entre otras, deberán llevarse las acciones necesarias para que él pague por lo cometido. Según la gravedad de sus actos se le dirá de manera clara en qué lugar, de qué forma y por cuanto tiempo cumplirá su sentencia.

Para llegar a este punto se toman en cuenta múltiples factores, los cuales le dan las herramientas al impartidor de justicia para que según la ley sea correcta cada sanción.

A continuación, haremos referencia a algunas teorías sobre antecedentes de lo que es Terapia de la Comunicación Humana /

de Lenguaje, algunos de sus aspectos, delincuencia en menores, además de la relación entre éstos. Finalmente se darán algunas conclusiones del porqué es necesario integrar esta rama al equipo multidisciplinario que se encarga de impartir justicia a Menores Infractores.

2. PUNTO DE PARTIDA

La idea de que los menores que infringen las normas que regulan el equilibrio en nuestra sociedad tienen adversidades como la desintegración familiar, bajo nivel socioeconómico, antecedentes de drogadicción, entre otros es acertada. Pero un factor muy importante para el desarrollo integral del ser humano es el relacionado con la Comunicación Humana.

Dicho aspecto ha quedado al margen de los procedimientos legales al momento de dictar sentencia al menor que ha incurrido en delito, pero no deja de ser importante tanto como lo emocional, social, familiar, entre otros y por ello es de gran relevancia darle el peso debido que amerita esta área y que se tome como referencia no solo para la habilitación o rehabilitación de las capacidades comunicativas, si no como antecedente del porqué ese adolescente se encuentra en tal situación.

3. ¿QUÉ ES TERAPIA DE LA COMUNICACIÓN HUMANA O DE LENGUAJE?

La terapia de la Comunicación Humana / del Lenguaje es el tratamiento para los niños, adolescentes y adultos con discapacidades del habla y aprendizaje del lenguaje. Las discapacidades en el habla se refieren a problemas con la producción de sonidos, mientras que los problemas con el aprendizaje del lenguaje son las dificultades al combinar las palabras para expresar ideas.

4. TRASTORNOS DEL HABLA Y DEL LENGUAJE

La Asociación Americana del Habla, Lenguaje y Audición (*American Speech-Language-Hearing Association, ASHA*) clasifica los trastornos del habla según describimos a continuación:

Los trastornos de articulación - dificultad producir sonidos en las sílabas y al emitir palabras de forma incorrecta de modo que otras personas no pueden entender lo que la persona está diciendo.

Trastornos con la fluidez del habla con problemas que incluyen tartamudez - una condición donde el habla se interrumpe debido a pausas anormales, repeticiones o sonidos prolongados y sílabas.

Resonancia o trastornos de la voz - incluye problemas con el tono, el volumen o la calidad de la voz. Distrae a los oyentes de lo que se está diciendo. Estos tipos de trastornos también pueden causar dolor al niño o hacerle sentir incómodo cuando está hablando.

Disfagia oral/trastornos de la alimentación - incluye dificultades al comer o al tragar.

Los trastornos del lenguaje pueden ser receptivos o expresivos: Los trastornos receptivos se refieren a las dificultades al entender o procesar el lenguaje.

Los trastornos expresivos incluyen dificultades para combinar palabras, vocabulario limitado o inhabilidad de usar el lenguaje en forma socialmente apropiada.

5. ESPECIALIDADES EN TERAPIAS DEL HABLA Y DEL LENGUAJE

Los fonoaudiólogos (*Speech-Language Pathologists* o SLPs en Inglés), generalmente conocidos como terapeutas del habla / lenguaje son profesionales educados en el estudio de la comunicación humana, su desarrollo y sus trastornos. Estos profesionales tienen conocimientos en la especialidad, los cuales integran áreas como la medicina, psicología, pedagogía, investigación, entre otras que le permiten tener un criterio para evaluar, identificar y dar tratamiento a las patologías anteriormente mencionadas.

Al evaluar las habilidades del habla, lenguaje, comunicación cognitiva y la forma de tragar de los niños, adolescentes y adultos, los patólogos del habla y del lenguaje pueden identificar problemas en la comunicación y la mejor manera de tratarlos.

Los fonoaudiólogos / TCH atienden los trastornos en la articulación del lenguaje, problemas con su fluidez, trastornos orales, motores y de la voz, así como trastornos en el lenguaje receptivo y expresivo.

5.1. COMPONENTES DEL LENGUAJE.

El lenguaje es un sistema complejo integrado por distintos componentes los cuales se pueden agrupar en formales (sintaxis, morfología y fonología) de contenido (semántico) y de uso (pragmático). Algunos autores integran además la prosodia o entonación que puede modificar el significado literal de las palabras, de las frases y del discurso

Dentro de los componentes del lenguaje distinguimos cuatro de ellos: Sintáctico, Semántico, fonológico y pragmático. Para esta ocasión abordaremos especialmente el aspecto pragmático del lenguaje.

La pragmática estudia el funcionamiento del lenguaje en contextos sociales, situacionales y comunicativos, es decir, analiza las reglas que explican o regulan el uso intencional del lenguaje, teniendo en cuenta que se trata de un sistema social que dispone de normas para su correcta utilización en contextos correctos.

La perspectiva pragmática plantea de manera general que, además de la adquisición por parte del niño (a) del léxico y de las

reglas estructurales del lenguaje, ellos aprenden, a nivel implícito, otro conjunto de reglas referidas al momento apropiado para expresar determinados actos de habla, para permanecer en silencio, para emplear un determinado nivel (culto, popular) y registro de habla (formal, informal, familiar, coloquial)

Se entiende por Pragmática la disciplina cuyo objeto de estudio es el uso del lenguaje en función de la relación que se establece entre enunciado-contexto-interlocutores. Dicho de otro modo, la pragmática se interesa por analizar cómo los hablantes producen e interpretan enunciados en contexto; de ahí que tome en consideración los factores extralingüísticos que determinan el uso del lenguaje, a los que no puede hacer referencia un estudio puramente gramatical, tales como los interlocutores, la intención comunicativa, el contexto o el conocimiento del mundo.

5.2. ATENCIÓN

En terapia de lenguaje, el terapeuta apropiado trabajará con el niño individualmente, en un pequeño grupo o directamente en un aula de clase para sobrellevar las dificultades que incluye cada trastorno en particular.

Los terapeutas utilizan una variedad de estrategias incluyendo:

Actividades de intervención del lenguaje. En estos ejercicios el Patólogo del Habla y del Lenguaje interactuará con un niño jugando y hablando. El terapeuta puede utilizar fotos, libros, objetos o eventos actuales para estimular el desarrollo del lenguaje. El terapeuta también puede pronunciar correctamente las palabras como ejemplo y utilizar ejercicios de repetición para fortalecer el habla y los mecanismos del lenguaje.

Terapia de la articulación. Los ejercicios de articulación o producción de los sonidos incluyen la pronunciación correcta de sonidos y silabas por parte del terapeuta generalmente durante actividades de juego. El terapeuta le demostrará físicamente al niño cómo emitir ciertos sonidos como el sonido de la “r” y cómo mover la lengua para producir ciertos sonidos.

Terapia oral y motora de la alimentación. El terapeuta utilizará una variedad de ejercicios, incluyendo el masaje facial, y movimientos para ejercitar la lengua, labios y mandíbula que fortalecen los músculos de la boca. El terapeuta también trabajará con diferentes texturas y temperaturas de alimentos para incrementar la atención oral del niño mientras come y traga.

5.3 ¿CUÁNDO ES NECESARIA LA TERAPIA?

Los niños pueden necesitar acudir a Terapia de Lenguaje por una variedad de razones:

- Problemas de audición
- Retrasos cognitivos (intelectuales, del raciocinio) u otros retrasos del desarrollo
- Musculatura oral débil
- Defectos de nacimiento como el labio leporino
- Autismo
- TDH
- Problemas motores
- Problemas respiratorios (trastornos de la respiración)
- Trastornos al tragar
- Lesiones cerebrales traumáticas

La terapia debe comenzar lo antes posible. Los niños que reciben terapia temprano en su desarrollo (aquellos menores de 3 años de edad) tienden a tener mejores resultados que aquellos que comienzan la terapia más tarde. Esto no quiere decir que los niños mayores no se benefician de la terapia, sino que lo hacen a un ritmo más lento porque ya han aprendido otros patrones que deberán cambiar.

6. LOS ADOLESCENTES QUE DELINQUEN

La realidad de creciente violencia juvenil, la alta incidencia de delitos contra la salud y de robos en las grandes ciudades de Estados Unidos (en 1990 del total de arrestados 16 por ciento fueron menores de edad) y Latinoamérica, incluye el hecho de que la delincuencia cometida por varones menores de 18 años es cuatro y media veces mayor que entre las mujeres de las mismas edades

Es importante considerar, además de la información estadística disponible, la presión que están ejerciendo los medios de comunicación como prensa, radio y televisión.

La delincuencia es una forma de inadaptación social y al producirse esa anomalía se da un desafío a la misma sociedad y a su normativa de convivencia. Los hechos y condiciones que conducen a la delincuencia son múltiples, de ahí que podemos afirmar que la delincuencia tiene un origen poliforme. El concepto de delincuencia juvenil nos obliga, ante todo, a establecer dos términos: 'delincuencia' y 'juvenil', además de ver en su justa dimensión qué es lo que lleva a un individuo a ser calificado y caracterizado como delincuente.

La delincuencia es una situación asocial de la conducta humana y en el fondo una ruptura de la posibilidad normal de la relación interpersonal. El delincuente no nace, como pretendía Lombroso según sus teorías antropométricas o algunos criminólogos constitucionalistas germanos; el delincuente es un producto del genotipo humano que se ha maleado por una ambientes familiar y social. Puede considerarse al delincuente más bien que un psicópata un sociópata. Para llegar a esa sociopatía se parte de una inadaptación familiar, escolar o social.

La delincuencia juvenil es fundamentalmente adolescente, es decir, reúne toda la problemática típica de este periodo evolutivo, pero de una forma no normalizada. Friedlander señala la existencia de un estado de delincuencia latente; añade que la base de esa latencia es lo que se denomina el carácter antisocial que se ha formado en el menor a través de sus primeras relaciones. El autor considera que, aunque el menor llegue al periodo de latencia con esa formación caracterológica antisocial o susceptibilidad, no necesariamente se hará manifiesta la conducta delictiva, dependerá más bien de los diversos agentes que influyan en el desarrollo del joven.

Destacan las malas compañías, el trabajo inadecuado, el deambular callejero y la desocupación como factores secundarios

que, aunque no son determinantes, pueden provocar la delincuencia si existe previamente esa susceptibilidad o carácter antisocial ya mencionados. Una realidad social frustrante o una familia excesivamente indulgente, o bien, un entorno delictivo, serían algunos de los aspectos de mayor importancia para que el joven adopte un estilo de vida delictivo. La actitud reiterativa y moralizante de los padres y las instituciones ante ciertas actividades del chico le llevarían a tener una identificación negativa. Facilitarían también la evolución delictiva, la marginación y el poco contacto que el adolescente podría mantener con la llamada sociedad normal.

Winnicott vinculó la delincuencia con "la falta de vida hogareña", y en función de la problemática familiar, "el menor antisocial... apela a la sociedad en lugar de recurrir a la propia familia o a la escuela, para que le proporcione la estabilidad que necesita, a fin de superar las primeras y muy esenciales etapas de su crecimiento emocional". En este sentido podemos pensar en la importancia de la desestructuración familiar y en la falta de organización de las escuelas como el origen de la delincuencia juvenil.

Datos obtenidos de varios reformatorios ingleses hacen una extensa relación sobre las circunstancias sociales, económicas y

familiares, con su íntima conexión con la delincuencia dijo que "debemos recordar que los menores que odian son los hijos del abandono, éstos han sido crónicamente traumatizados por la reiterada frustración de muchas de sus necesidades básicas". En México, un estudio realizado en centros de Prevención y Rehabilitación Social, intentó hacer una tipología desde la Sociología, acentuando el etiquetamiento y exclusión de aquellos jóvenes pertenecientes a ciertos sectores de la sociedad. Así, la génesis de las personalidades delictivas ha de buscarse en las primeras relaciones.

Es obvio que existen una serie de determinantes ambientales frustrantes, que servirán de espoleta provocando actitudes y comportamientos delictivos. Creemos que esto no se producirá sólo en aquellos menores con una formación caracterológica antisocial o delincuente latente. Pensamos que, aparte de aquellos casos en los que exista esa etiología predisponente, la problemática psicológica que atraviesa el adolescente puede por sí misma hacerle vulnerable a cometer conductas delictivas.

Si el adolescente tiene rasgos psicopáticos de comportamiento (sin entrar a discutir el término de psicopatía), si se encuentra ante una problemática compleja (como es la crisis de identidad), y si a

todo esto añadimos una conflictividad familiar y un entorno agresivo y perturbado (como hemos destacado en las anteriores reseñas de autores) resultará sumamente fácil que el adolescente no pueda contenerse dentro de ese mundo de ansiedad y necesite actuar convirtiéndose en delincuente. Esto explicaría, en parte, el desmesurado aumento de la delincuencia juvenil que se ha producido en nuestra sociedad, sobre todo en macrociudades como Guadalajara, Ciudad de México, Sao Paulo, Caracas, Buenos Aires, Santiago de Chile, etc. donde la inmigración y la pérdida de identidad cultural, el asentamiento irregular, paracaidismo (asentamientos humanos espontáneos) y la consiguiente dificultad para la convivencia familiar, el desempleo, la despersonalización, los conflictos vecinales, etcétera, constituyen un caldo de cultivo idóneo para la aparición de conductas disociales en una gran parte de adolescentes, que se ven incapaces de elaborar su propia y normal problemática, al mismo tiempo que se enfrentan a un ambiente hostil.

Hasta este punto hemos visto a grandes rasgos lo que abarca el área de Terapia de Lenguaje y la necesidad de habilitar y/o rehabilitar sus funciones, también hemos puesto un poco en contexto el entorno y algunos de los motivos por lo que los menores suelen delinquir. Aquí pues es importante hablar de la conjunción de estos aspectos:

Aunque la asociación entre dificultades en el desarrollo del lenguaje y los trastornos psicopatológicos en la infancia es algo empíricamente contrastado, sin embargo, apenas son contemplados en la práctica. Es evidente que la calidad de lenguaje es fundamental en la regulación de nuestras emociones y que su componente pragmático es esencial en la interpretación que hacemos de la comunicación y expresión emocional de los demás. Por tanto, un normal desarrollo de lenguaje facilita la comunicación social y, por consiguiente, contribuye positivamente a la socialización.

Normalmente, distinguimos la forma, el contenido y el uso socio comunicacional apropiados del lenguaje. Los dos primeros dan lugar a la estructura, en tanto que el uso apropiado, da lugar a los aspectos pragmáticos del mismo. Como podemos observar la afectación del lenguaje puede cubrir un amplio espectro que va desde la limitación del vocabulario (stock verbal), dificultades en la expresión, dificultades fonológicas (dislalias), dificultades en la comprensión y, por último, las dificultades pragmáticas (fluencia verbal normal, dificultades a la hora de seguir la comunicación de los demás, inferencias incorrectas, respuestas inapropiadas socialmente, para-respuestas, interpretación excesivamente literal). Todas ellas han sido encontradas en niños

con problemas de conducta. Sabemos que la asociación problemas de conducta y lenguaje son frecuentes, lo enfoquemos como trastorno de conducta/ lenguaje o como trastorno del lenguaje/conducta.

Por otra parte, no es infrecuente que las dificultades en la comprensión del lenguaje sean malinterpretadas, tanto por los clínicos como por los padres, y confundirlas como conductas negativistas, desobediencia, aislamientos social o problemas de atención. También sabemos que un número importante de niños, inicialmente diagnosticados de un problema de lenguaje, en la etapa de infantil y/o primaria pueden presentar un TDAH. De hecho, en una investigación realizada por Hellan y cols (2012) en una población de 5672 niños de edades comprendidas entre los 7 y 9 años, el 60% de los niños diagnosticados de TDAH presentaban simultáneamente criterios diagnósticos suficientes para algún trastorno del lenguaje frente al 5,7% en el grupo control. Cada vez es mayor el número de investigaciones que encuentra una asociación significativa entre el TDAH y el trastorno pragmático de la comunicación.

7. CONCLUSIONES

Después de analizar la información recabada, hemos llegado a algunos puntos:

Las dificultades en el lenguaje/comunicación darían lugar a sentimientos de frustración y malestar que, a su vez, producirían una menor oportunidad para la interacción y socialización con sus iguales.

Si un menor presentó un problema de lenguaje y a causa de ello fue víctima de Bullying, en un futuro será él quien ejerza violencia contra los individuos que le rodean.

Los problemas de conducta, la hiperactividad y el déficit de atención serían los elementos esenciales que producirían los problemas de lenguaje y de la lecto-escritura.

Los problemas de conducta y del lenguaje coexistirían retroalimentándose el uno con el otro.

No todos los niños y adolescentes que presentan alteraciones comunicativas suelen ser agresivos, esto dependerá en gran medida que se le dé en tiempo y forma.

Aunque el trastorno del lenguaje más relevante y con mayor interferencia sea el pragmático, no es el único que suele

encontrarse en los jóvenes con trastornos de conducta, pudiéndose encontrar cualquier otro.

Es necesario integrar el arte de Terapia de la Comunicación a los procesos de justicia para Menores infractores por tres razones:

- Como herramienta que indicará si sus actitudes violentas tienen como factor etiológico sus problemas de comunicación.
- Como parte de la rehabilitación durante su proceso de reinserción.
- Todo menor tiene derecho al desarrollo integral de su persona, no importa si este ha delinquido; si el menor en cuestión tiene alguna problemática de este tipo hay que tratarle.

8. BIBLIOGRAFÍA

Díaz, Atienza Joaquín *Problemas de conducta y trastorno pragmático del lenguaje en la infancia y adolescencia*. Trastornos de comunicación. El tábano. Recuperado de: <https://diazatienza.es/2016/06/04/problemas-de-conducta-y-trastorno-pragmatico-del-lenguaje-en-la-infancia-y-adolescencia/>

Speech-Language Therapy. *La terapia del lenguaje y del habla*. Recuperado de: <https://www.brennerchildrens.org/KidsHealth/Parents/Para-Padres/Los-problemas-medicos/La-terapia-del-lenguaje-y-del-habla.htm>

Salazar, Estrada José Guadalupe. *Factores asociados a la delincuencia en adolescentes de Guadalajara, Jalisco*. Universidad de Guadalajara. Universidad Católica de Maule. Toluca 2011.

Molina, José Rodolfo. Estimulación del Aspecto Pragmático del lenguaje en un niño con síndrome de Down por medio de Musicoterapia (Tesis de grado). Universidad Juárez del Estado de Durango. Durango, 2014.