

CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE EXCEPCIÓN DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE LOS ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO DE LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES EN EL SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA

María del Rosario TIRADO GUTIÉRREZ*

SUMARIO: Introducción; **I.** Antecedentes de las prácticas de privación de la libertad personal; **II.** Impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño, respecto de la aplicación de la sanción privativa de la libertad en la Justicia para Adolescentes; **III.** Priorización de sanciones no privativas de libertad; **IV.** Aproximaciones sobre la priorización de sanciones no privativas de libertad y del principio de excepción de la privación de la libertad de los adolescentes en la Constitución Federal de México; **V.** Lineamientos para la aplicación de la sanción privativa de libertad en la Constitución Federal Mexicana; **VI.** Adecuación del principio de excepción en la Ley de Justicia de Adolescentes del Distrito Federal; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Introducción

A partir del 2005, con la reforma al párrafo cuarto y la adición de los párrafos quinto y sexto del artículo 18 de la Constitución Federal, se estableció en nuestro país el Sistema Integral de Justicia aplicable a personas entre 12 años cumplidos y menores de 18 años de edad en conflicto con la norma penal como respuesta a los compromisos internacionales que contrajo México en materia de niñas, niños y adolescentes con la adopción de un modelo de la doctrina integral en concordancia

* Licenciatura en *Derecho* por la Escuela Libre de Derecho, Especialidad en *Derecho Penal* por la Universidad Panamericana; Diplomado en *Justicia para Adolescentes en el Distrito Federal* por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (PGJDF) y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (TSJDF); Primer curso sobre La Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Niñez y Adolescencia para Centroamérica, México, Cuba y República Dominicana, organizado por la Universidad Centroamericana, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Universidad Diego Portales de Chile y la Escuela Judicial de Nicaragua; Magister en la Protección Constitucional y en el Sistema Interamericano de los Derechos Fundamentales, por la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Se ha desempeñado en diversos cargos públicos, tales como Secretaria Proyectista de la Décima y Décimo Séptima Salas Penales, Secretaria Proyectista y Secretaria de Acuerdos de la Sexta Sala Penal, Juez Sexto de Justicia para Adolescentes de Proceso Oral del TSJDF y actualmente es Juez Primero en materia de Justicia para Adolescentes en el Sistema Procesal Penal Acusatorio del Distrito Federal.

con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en la cual se trata al niño y adolescente como personas plenas de derechos y se eliminó la idea de concebirllos meramente como sujetos pasivos de medidas de protección.

Lo que implicó, como señala Israel ALVARADO «necesariamente replantear la concepción del tratamiento de los menores por el del sistema integral de justicia de adolescentes, concepción que trastoca de fondo al anterior sistema, puesto que no debe entenderse más como un sistema separado del de justicia, sino como parte de él, diferenciado del subsistema de justicia para adultos»¹. Consecuentemente, se construye un sistema de responsabilidad penal que proporciona a las personas de 12 años cumplidos y aquellas menores de 18 años de edad en conflicto con la norma penal, un estatus normativo con peculiaridades propias, debido a las diferencias de hecho que presentan respecto de los adultos, como precisa Peter- Alexis ALBRECHT, al ser citado por Mauricio DUCE J., ya que «la gente joven muestra una menor competencia de acción (social) y un déficit de estatus social

condicionado por la edad»²; de acuerdo al cual, los Estados deben de reaccionar con un tratamiento diferenciado en el que se fortalecen los derechos procesales de protección de los adolescentes y se crean normas especiales sustantivas respecto de su responsabilidad y sus consecuencias jurídicas, que representan una restricción de derechos.

Dentro de este contexto, es principio básico del Derecho Penal Juvenil que la privación de la libertad de adolescentes, debe ser utilizado como último recurso y bajo un criterio de estricta necesidad; de ahí, emerge el principio de excepción para valerse de ella.

El objetivo de este trabajo, es abordar la regulación que existe en los instrumentos internacionales, como el marco constitucional de nuestro país y en la Legislación de justicia juvenil del Distrito Federal sobre la aplicación del principio de excepción y sus alcances en la imposición de una sanción privativa de la libertad en la materia de justicia juvenil.

¹ ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *La Construcción de un sistema de justicia integral para adolescentes, Lineamientos*, Colección Investigación número 14, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México 2010, p. 16.

² DUCE J., Mauricio, *El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su Impacto en el Diseño del Proceso Penal Juvenil*, Chile 2009, disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100004], consultado en: 2015-09-25.

I. Antecedentes de las prácticas de privación de la libertad personal

1. En adultos.

Actualmente resulta fácil ubicar el reconocimiento del derecho de la libertad personal y las condiciones en que puede ser afectado, lo que no fue siempre así, tuvieron que pasar siglos para que se diera ese acontecimiento histórico y jurídico. En un principio, la libertad personal no era reconocida como derecho, privar de la libertad a una persona era algo común, no se realizan planteamientos, mucho menos, para diferenciar entre una privación, detención o restricción provisional de la libertad personal o preocuparse por su justificación, la elaboración de su normatividad u ocuparse sobre las diversas vertientes que tiene el derecho a la libertad personal.

En la "prehistoria de la privación de la libertad", en palabras de Emilio GARCÍA MÉNDEZ, al referirse a la época del jurista romano Ulpiano, «la prisión no era concebida como una forma específica de castigo, sino solo como el "lugar", para asegurar el cuerpo del procesado o del condenado, hasta que la culpa fuera decidida y el castigo propiamente dicho fuera aplicado»³. En consecuencia, no era considerada pena, sino solo una práctica para el

tratamiento de criminales. Al final del Medioevo, surge el mercantilismo tal y como lo señala Emilio GARCÍA MÉNDEZ, que define que: «coincide con la existencia de un mercado de trabajo ávido de mano de obra»⁴; asimismo, indica que: «no resulta extraño que el antecedente más directo de la cárcel moderna se encuentre en aquellas instituciones creadas con el propósito específico de liberar a las ciudades de vagabundos y mendigos, con el propósito además de inculcarles los hábitos de trabajo»⁵, y; finalmente establece que: «Nadie es privado de su libertad como consecuencia de una condena judicial y mucho menos por un tiempo cierto y previamente establecido»⁶.

Hasta los siglos XVII y XVIII se establece la restricción de la libertad, como sanción penal, fue Cessare BECCARIA en su obra el Tratado de los delitos y de las penas, y como representante de la expresión de la Ilustración en el Derecho penal, donde clama que su imposición debe preceder la declaración de un delito y debe estar establecida previa a su imposición en la ley y así como su duración.

Fue entonces, que a través de la Revolución Francesa, se logró estatuir el principio de legalidad en materia penal en su básica expresión en el

³ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia y Adolescencia de los Derechos y de la Justicia*, 3ª ed, Fontamara, México 2007, p. 81.

⁴ *Ibidem*, p. 84.

⁵ *Ídem*.

⁶ *Ibidem*, p. 85.

artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789⁷. La que pasó a inspirar la normatividad interna de otros países y de la comunidad internacional, como límite del ejercicio de la potestad punitiva de un Estado; es así que en el siglo XIX en los instrumentos interamericanos se encuentra plasmado: En la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Ciudadano, en su artículo 11.2, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el numeral XXVI, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) artículo 9 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14 inciso 5.

2.- En niños y adolescentes.

En la época del Medioevo, señala GARCÍA MÉNDEZ al citar a Aries, que los niños eran vistos como pequeños

hombres⁸. La conquista obtenida por la Revolución Francesa, no favoreció a los niños y adolescentes, continuaron sufriendo la práctica de privaciones de la libertad sin proceso, sin garantías, además sin un tiempo definido de duración.

Derivado entonces de las condiciones de vida en las cárceles donde los "menores" eran alojados en forma indiscriminada con los adultos, así como la ausencia de una normatividad específica, a través del movimiento de los reformadores conocido como "salvadores del niño", se crea el Primer Tribunal de Menores en Illinois en 1899, y con ello se provocó un tratamiento indiscriminado aún más de los niños y adolescentes respecto de los adultos. Surge la doctrina de la situación irregular, en la que no existe la cuestión de garantías jurídicas que implica reconocer a los niños y adolescentes como titulares de derechos, no había distinción entre infancia-adolescencia abandonada, en situación de riesgo y delincuentes, bajo el eufemismo de adoptar medidas de protección a su favor, continuaban siendo privados de su libertad en forma arbitraria, ya que como objeto de compasión-represión, era el instrumento idóneo para protegerlos y reeducarlos, y por tanto, se justificaba su uso; además bajo esa visión tutelar, era innecesario seguir

⁷ Artículo 8º.- La ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada. Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>], consultada en 2015-09-27.

⁸ Cfr. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Op. cit.* p. 39.

criterios de seguridad jurídica ya que la privación de libertad no era considerada pena.

«Derivado entonces de las condiciones de vida en las cárceles donde los "menores" eran alojados en forma indiscriminada con los adultos, así como la ausencia de una normatividad específica, a través del movimiento de los reformadores conocido como "salvadores del niño", se crea el Primer Tribunal de Menores en Illinois en 1899, y con ello se provocó un tratamiento indiscriminado aún más de los niños y adolescentes respecto de los adultos.»

México, no escapó de ese modelo, para tal efecto se crea el primer Tribunal para Menores en San Luis Potosí y en 1927 el Tribunal para Menores en el Distrito Federal. El Código Penal de 1931, no obstante que sustrajo del campo de la ley penal a los menores de 18 años que perpetraban infracción a las leyes penales, establecía que quienes cometieran infracciones serían internados con fines educativos, sin que nunca pudiera ser menor a la reclusión de la que le correspondía como sanción si fuera mayor, por tanto, su privación de libertad era indeterminada en su duración y señalaba como formas de reclusión en un domicilio o establecimientos médicos o educativos correccionales. En 1974 surge la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal que, como dice la doctora Alicia AZZOLINI BINCAZ «adopta un modelo de justicia proteccionista, en su sentido más vasto»⁹. Desapareció cualquier diferencia en la esfera jurídica entre niños y adolescentes delincuentes y no delincuentes. El artículo 2 daba intervención al Consejo cuando los menores infringían las leyes penales o

⁹ AZZOLINI BINCAZ, Alicia Beatriz, *Los Derechos Humanos de los Menores: El Menor Frente al derecho penal, en la Memoria del Curso de Actualización en materia de impartición de Justicia de Menores infractores*, Secretaría de Gobernación, Academia Mexicana de Ciencias Penales, México 1997, p. 32.

los reglamentos de policía o buen gobierno, o manifestaban otra forma de conducta que hiciera presumir fundadamente una inclinación a causar daños; asimismo, a su familia o la sociedad, que ameriten su intervención y se les podía privar de la libertad por tiempo indeterminado.

«... ningún niño debe ser privado de su libertad de manera ilegal o arbitrariamente. Todo niño privado de su libertad será tratado con humanidad y respeto, de manera que se tengan en cuenta sus necesidades, debe ser separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, tendrá derecho a mantener contacto con su familia, a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente y que sea a través de una pronta decisión.»

II. Impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño, respecto de la aplicación de la sanción privativa de la libertad en la Justicia para Adolescentes

La celebración de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989 representa un acontecimiento histórico desde un punto de vista social, cultural y jurídico de gran transcendencia, reivindica por lo menos de manera formal a los niños y a los adolescentes como personas titulares de derecho, contiene 54 artículos de los cuales 41 se refieren a sus derechos.

De sus previsiones se advierten cuatro principios: a) Principio de no discriminación relacionado con el principio de igualdad; b) Principio de interés superior del niño, c) Participación infantil en todos los asuntos que le afectan y d) Principio de supervivencia y desarrollo.

Establece en el artículo 1 que niño es todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad. Dentro de los derechos reconocidos está previsto en el artículo 37 el derecho a la libertad personal, donde si bien, no se refiere de forma expresa¹⁰, si contiene

¹⁰ En este sentido, la Convención no es explícita en señalar el derecho a la libertad personal que tienen los niños y adolescentes a diferencia de otros instrumentos internacionales por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos

diversos principios que regulan la privación de la libertad con el objetivo de instaurar un modelo de garantías y derechos para los niños y adolescentes que se encuentran en esa situación, entre otras prohibiciones, se establece que los niños no pueden ser objeto de penas crueles, inhumanas o degradantes. No se autoriza imponerles la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.

También ordena que ningún niño debe ser privado de su libertad de manera ilegal o arbitrariamente. Todo niño privado de su libertad será tratado con humanidad y respeto, de manera que se tengan en cuenta sus necesidades, debe ser separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, tendrá derecho a mantener contacto con su familia, a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un

Civiles y Políticos en el inciso 1. del artículo 9 señala: *Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales*; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la fracción I preceptúa que: *Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 7 establece que: *Derecho a la Libertad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*

tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente y que sea a través de una pronta decisión.

Y como corolario, establece el artículo 37 de la Convención que: «b)»... La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda...».

El artículo 40, la Convención de los Derechos de Niño plasma los lineamientos en la administración de justicia de los adolescentes.

Este instrumento internacional constituye el basamento y una referencia obligada para los países que la ratificaron –Somalia y los Estados Unidos no lo han hecho–, para resguardar el derecho de la libertad personal de los niños y adolescentes, así como las condiciones para el caso de que sean privados de su libertad, por su carácter vinculatorio, una vez que es ratificado por un Estado.

No puede desconocerse que antes de la Convención ya se había elaborado en la comunidad internacional un texto que sólo tenía fuerza obligatoria moral por los principios que enarbola en beneficio de los niños, pero no jurídica, por no tratarse de un tratado, conocido como las Reglas Mínimas de las NACIONES UNIDAS para la Administración de la Justicia de Menores. (Reglas de Beijing) aprobadas por la Asamblea General de la ONU, el 29 de

noviembre de 1985, ya que al ir en busca de brindar una digna experiencia de legalidad a los adolescentes que se encuentran involucrados en un proceso penal, incorpora el principio de proporcionalidad en la respuesta que se dé al delito, fija parámetros de la aplicación de la privación de la libertad, tanto como medida cautelar, como sanción.

En la Regla 13.1, al referirse a la prisión preventiva, señala que solo se aplicará como último recurso y durante el plazo más breve. En tanto, que respecto de la imposición de la privación de la libertad como sanción, reitera ese propósito al estatuir en la Regla 19 que:

Regla 19.- Carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios.

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

Posterior a la Convención sobre los Derechos del Niño fueron aprobadas las Reglas para la Protección de los Menores Privados de libertad por resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, por la Asamblea de las NACIONES UNIDAS. Constituye una serie de reglas para lograr instaurar un modelo de derechos, garantías y seguridad de los adolescentes que se encuentran

privados de la libertad. En la Regla número 2 preceptúa que:

Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia (Reglas de Beijing. La privación de la libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.

Las Reglas para la Protección de los Menores privados de libertad, confirma el propósito central de la Convención que solo se debe privar de la libertad a un niño –adolescente– como último recurso, por el período mínimo necesario y deberá limitarse a casos excepcionales.

A su vez, este principio fundamental fue retomado en la Observación General número 10 del Comité de Derechos del Niño en el apartado 79, al prescribir que «el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso».

El motivo por el cual se evita la imposición de una sanción privativa de libertad, se basa como dicen Carlos

TIFFER y Javier LLOBET no «solo en la magnitud de la injerencia en los derechos del joven, sino también el carácter criminógeno que dicha privación comparte en el derecho penal juvenil con la pena privativa de libertad del derecho penal de adultos»¹¹. Asimismo, DURÁN CHAVARRÍA, DOUGLAS, citados por Carlos TIFFER y Javier LLOBET, indica que:

La prisión agudiza los sentimientos de rechazo que, ya de por sí, ha experimentado. Por lo general, toda la clientela del sistema de administración de justicia penal juvenil. Por otra parte, en los sujetos agresivos, se da incluso una exacerbación de la agresividad. Por lo general, se ofrece al menor de edad un mundo fragmentario, con individuos que se caracterizan porque uno de sus componentes específicos es precisamente el no haber podido unificar su personalidad. Todo esto puede llevar a un funcionamiento pulsional y agresivo como consecuencia de un medio

desestructurante del ambiente carcelario¹².

«La prisión agudiza los sentimientos de rechazo que, ya de por sí, ha experimentado. Por lo general, toda la clientela del sistema de administración de justicia penal juvenil. Por otra parte, en los sujetos agresivos, se da incluso una exacerbación de la agresividad. Por lo general, se ofrece al menor de edad un mundo fragmentario, con individuos que se caracterizan porque uno de sus componentes específicos es precisamente el no haber podido unificar su personalidad. Todo esto puede llevar a un funcionamiento pulsional y agresivo como consecuencia de un medio desestructurante del ambiente carcelario»

En las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, se reconoce en la Regla 57 que: «La prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona, al privarle de su libertad».

¹² TIFFER, Carlos y LLOBET, Javier, *Op. cit.*, p.107.

¹¹ TIFFER, Carlos y LLOBET, Javier, *La Sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica*, NACIONES UNIDAS, UNICEF, disponible en: <http://www.justiciajuvenilca.org/~/media/Microsites/Files/Intl%20Juvenile%20Justice/LEY-PENAL-JUVENIL-COSTA%20RICA.ashx>], consultado en: 2015-10-10.

También, el Comité de Derechos del Niño en la Observación General número 10, estatuye en el inciso 11 que: «El recurso a la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración a la sociedad».

Como precisan Carlos TIFFER y Javier LLOBET:

...se dispone que cuando se aplique una sanción de internamiento, su ejecución debe estar influida intensamente por el principio educativo; se debe tratar de compensar las carencias de carácter educativo y psicológico que afecten al niño y de contrarrestar el carácter criminógeno de la privación de libertad¹³.

En el entendido que este principio educativo no debe ser el fundamento total o la justificación de la sanción, sino la gravedad del injusto, como se verá más adelante.

Ahora bien, no es la Convención sobre los Derechos del Niño, ni las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y menos aún las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, las que suministran algún lineamiento sobre cuándo se autoriza la aplicación de la sanción privativa de libertad.

En este punto es importante retomar el cuestionamiento que Mary BELOFF realizó de la opinión consultiva OC/17/2002, emitida por la

¹³ *Ibidem.*, p. 20.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, al decir que:

...a esta altura es importante señalar que resulta incomprensible que la Comisión no haya incluido en su pedido el art. 7 de la Convención Americana (que retorna en detalle la CDM en su art. 37), cuando un tema emblemático entre las violaciones a los derechos humanos de los niños en la región es el uso indiscriminado y legal de la privación de la libertad. El encierro de niños es indiscriminado porque se aplica por igual a niños que se encuentran en supuestos fácticos completamente diferentes que se extienden desde víctimas a autores de delitos, desde adictos hasta niños sin familia¹⁴.

Son las Reglas Mínimas de las NACIONES UNIDAS para la Administración de la Justicia de Menores. (Reglas de Beijing), las que en la Regla 17 en su inciso c) se encargan de señalar los lineamientos en los que autoriza aplicar la sanción privativa de libertad al decir que:

Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros

¹⁴ BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, disponible en: [\[http://www.corteidh.or.cr/tablas/25897r.pdf\]](http://www.corteidh.or.cr/tablas/25897r.pdf), consultada en: 2015-10-10.

delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada.

Se parte de la base, que las Reglas de Beijing solo dan ciertos parámetros en los que autoriza la sanción privativa de libertad, pero en forma alguna establece que sea obligatoria su aplicación para esos casos, puesto que será finalmente función del Juez Especializado la determinación de esa sanción, en cada caso que proceda a resolver. En este orden, al referirse las Reglas de Beijing a la gravedad del delito¹⁵, como criterio orientador para la imposición de una sanción privativa de libertad, acoge el fin preventivo general positivo de las penas, que es confirmar la vigencia de la norma infringida y seguir un marco de proporcionalidad entre la magnitud de injusto y la pena a imponer. También asume el carácter retributivo de la pena exigida por la justicia por la comisión de un delito, al afectarse valores fundamentales para la sociedad, sin que debe olvidarse que la regulación que se dé en cada Estado de la medida privativa de la libertad como señala Agustín Jorge BARREIRO y Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ,

¹⁵ «El recurso a la privación de libertad del menor se articula como última ratio. Por razones de prevención general, no se puede suprimir, es irrenunciable la privación de libertad en delito graves», VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Delincuencia Juvenil*, COLEX, España 2003, p. 258.

«viene a ser el termómetro del rigor de las leyes de justicia juvenil»¹⁶.

Las Reglas de Beijing invocan de manera expresa al ejercicio de la violencia en una persona, como causa para incrementar la magnitud del injusto, cuya determinación es una tarea encomendada al Juez Especializado, al momento de llevar a cabo la individualización de la sanción, en el caso concreto, en donde valora entre otros aspectos, la naturaleza del delito, el grado de intervención del agente, todas y cada de las circunstancias que rodearon el evento y la puesta en peligro o afectación del bien jurídico tutelado, a fin de establecer la sanción y su duración, para lo cual el Juez Especializado deberá respetar el marco de punibilidad que el legislador previamente fijó para los delitos que señale para su eventual aplicación.

Al margen de lo anterior, el Juez Especializado tampoco puede soslayar las circunstancias personales del adolescente, como también lo exige el referido documento internacional en el inciso a) de la Regla 17.1., y el artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al momento de sancionar a un adolescente en virtud de que la prevención especial positiva, es otro

¹⁶ BARREIRO, Agustín, *et. al.*, *Nuevo Derecho Juvenil, Una perspectiva Interdisciplinar*, Atelier, Libros Jurídicos, Barcelona, España 2007, p. 79.

aspecto esencial al momento de elegir la sanción a imponer por la comisión un delito y que busca darle una experiencia educativa, en el entendido que se aplicará la sanción privativa de libertad siempre y cuando no exista otra respuesta adecuada y menos lesiva.

Y en cuanto a la reincidencia de delitos graves como criterio orientador para aplicar la pena privativa de libertad personal a los adolescentes, vemos que se requiere cautela para su aplicación puesto que dentro de los lineamientos de un derecho penal de culpabilidad como indica STRATENWETH citado por Esteban RIGHI: «el reincidente ya cumplió la pena prevista para el primer hecho y debe retribuir solo el segundo»¹⁷.

Por ello, la circunstancia que un adolescente incurra nuevamente en la comisión de un nuevo delito, no puede ser determinante para sancionarlo de manera más enérgica siempre. A la luz de la prevención especial positiva, el Juez Especializado tendrá que valorar también la proporcionalidad de magnitud del daño causado por el hecho cometido y la pena, la proximidad de los eventos delictivos, entre otros aspectos, así como las herramientas con las que cuenta el adolescente para cumplir la sanción si

fuera en libertad y sumado a ello valorar los alcances de su experiencia de legalidad al haber tenido ya contacto con el Sistema de Justicia, el cual, debe ser probado por el Ministerio Público Especializado. Se parte que el adolescente ya conoce la anti juridicidad de su hacer, y por ello, es mayor la reprobación del hecho que repite, sin embargo, serán las circunstancias que rodean cada caso, las que determinarán si el adolescente es merecedor de una respuesta estatal más enérgica o no.

No se desconoce que hay quienes opinan como Carlos TIFFER y Javier LLOBET que:

los antecedentes delictivos del joven, lejos de implicar una mayor culpabilidad, pueden significar una menor culpabilidad, no solo por cuanto pueden reflejar la existencia de una vida de carencias que han implicado menos alternativas a la no comisión del hecho delictivo concreto, sino que además pueden constituir incluso una de las razones de dicha comisión por el carácter estigmatizante que implica el haber sido etiquetado con anterioridad como delincuente juvenil, unido los efectos criminógenos producto de un eventual encarcelamiento sufrido¹⁸.

Sin embargo en este aspecto es oportuno anotar lo expuesto por Mary BELOFF en el sentido de que:

¹⁷ RIGHI, Esteban, *Teoría de la Pena*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2001, p 215.

¹⁸ TIFFER, Carlos y LLOBET, Javier, *Op. cit.*, p. 120.

cualquier ejercicio estatal coactivo punitivo lleva implícita la violencia, y en este sentido es un mal: el punto es cuándo se justificará esa violencia. En este contexto, sólo se justifica cuando la violencia que se evita con su ejercicio es mayor que la que se infringe. Ésa es la única justificación posible. No obstante, si ella no está latente en forma clara durante la tramitación del proceso ni al momento de dictar la sentencia, si el adolescente no visualiza que infringió cierta violencia que activó el dispositivo coactivo estatal y, por ende, puede oponer todas las defensas que tiene a su disposición se forma una idea errónea de la real significación de este proceso y de su conducta¹⁹.

Por otra parte, la imposición de una sanción privativa de libertad no impide que el Juez Especializado determine el cumplimiento de la medida antes de tiempo, o de adecuarla en su beneficio, según la evolución que muestre el adolescente, como se infiere de la Regla 23.2 de las Reglas de Beijing.

Aquí es donde se refleja con mayor nitidez la humanización de las sanciones para el adolescente puesto

que impone la exigencia de que se controle periódicamente su cumplimiento y los avances del sentenciado en su ejecución, de tal forma que si se cumplen de manera anticipada los fines preventivos especiales de la sanción, puede darse por concluida o bien adecuarla a las necesidades del adolescente, lo que con mayor razón se enfatiza en la aplicación de la medida privativa de libertad.

En las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos se establece que:

58. El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

III. Priorización de sanciones no privativas de libertad

Los principios del interés superior del niño y de protección integral de éste como precisan Carlos TIFFER y Javier LLOBET «conducen a la diversificación y a la búsqueda de sanciones no privativas de libertad»²⁰. La priorización de sanciones menos aflictivas sumado al principio de excepción y flexibilidad, implica el

¹⁹ BELOFF, Mary, *Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos*, texto en versión electrónica disponible en: [http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Cursoprojur2004/Bibliografia_Sist._Justicia_Juvenil_Mod_4/pdf/responsabilidad%20penal%20y%20DDHH.pdf], consultado en: 2015-09-28.

²⁰ TIFFER, Carlos y LLOBET, Javier, *Op. cit.*, p. 20.

establecimiento de sanciones diferentes a la privativa de libertad, que tienen carácter preferente.

Los instrumentos internacionales proponen una diversidad de sanciones que no requieren privar de la libertad personal al adolescente que ha cometido un delito.

En este sentido, la Regla 18.1 de las Reglas Mínimas de las NACIONES UNIDAS de la Justicia de Menores - Reglas de Beijing- señala que:

Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicar simultáneamente, figuran las siguientes: a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones socioeconómicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) Otras órdenes pertinentes.

A su vez en la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 40, apartado 4, estatuye que:

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como son la infracción.

De esta forma, los instrumentos internacionales de la materia, de forma enunciativa y no limitativa mencionan algunas de las sanciones por las cuales los Estados pueden optar para evitar la aplicación de la pena privativa de libertad, las cuales, se insiste sólo se pueden imponer como consecuencia jurídica ante la comisión o participación en un delito, que está revestida con contenido pedagógico, sin perder el aspecto aflictivo por representar una pena, pero su diversidad permite tener una mejor respuesta por parte del Estado para lograr la reinserción social y familiar del adolescente, lo que deriva de los principios de flexibilidad y especialidad que caracterizan el derecho penal juvenil.

Finalmente, cabe precisar que sobre este tópico las Reglas Mínimas de las NACIONES UNIDAS sobre las medidas no privativas de la Libertad

(Reglas de Tokio), en la Regla número 1.5 prevén que:

Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

IV. Aproximaciones sobre la priorización de sanciones no privativas de libertad y del principio de excepción de la privación de la libertad de los adolescentes en la Constitución Federal de México

Nuestro país, a pesar que ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en agosto de 1990, esperó hasta 2005 para recoger los derechos y garantías de los adolescentes en el proceso penal que les reconoce la Convención.

No se desconoce que en 1991 se expidió la *Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal* en materia común y para toda la República en materia federal, pero no cumplió con las expectativas, no contempla la privación de la libertad de un adolescente como último recurso y por tanto no limitaba su aplicación a determinados delitos.

Es cierto también que en diciembre de 1999, se reformó el artículo 4 Constitucional para reconocer a los niños, niñas como sujetos de derechos y que el 7 de abril de 2000 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, que intentó garantizar sus derechos, y responder al modelo de protección integral de los derechos de la infancia, la que en su título cuarto desarrolló algunos puntos referentes al «derecho al debido proceso en caso de infracción a la ley penal», buscando ajustarse a la Convención sobre los Derechos del Niño, sin embargo, no se implementó y quedó como letra muerta, no obstante es importante precisar que en el inciso c) del artículo 45 ya establecía que la privación de la libertad fuera aplicada como último recurso.

Fue entonces, a través de la reforma del párrafo cuarto y la adición de los párrafos quinto y sexto del artículo 18 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 12 de diciembre de 2005 cuando en México se establecieron las bases del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes.

Pese a su demora, representa un mérito que a nivel constitucional y no en una ley secundaria se estableciera la adopción del Sistema Integral de Justicia Para Adolescentes aplicable a quienes han cometido o participado

en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad y que en el párrafo sexto del artículo 18 de la Constitución Federal, se contenga la priorización de sanciones no privativas de libertad y de excepción de la privación de la libertad personal en materia de justicia de adolescentes; párrafos que fueron recientemente reformados por el decreto de fecha 3 de junio de 2015, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de julio del mismo año, sin embargo, en el tema que nos interesa preservaron la excepcionalidad de la aplicación de la privación de la libertad de un adolescente, al confirmar que «El internamiento se utilizará solo como medida extrema».

Sin duda, el artículo 18 Constitucional genera en México un modelo de responsabilidad penal para los adolescentes si se quiere "modalizado", como lo definió el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la acción de inconstitucional 37/2006, que parte de la idea que los adolescentes dejaron de ser tratados como incapaces para ser ahora imputables, se produce como indica Mary BELOFF una «responsabilidad específica con estricta relación con los delitos que se cometen»²¹, en donde a los

adolescentes se les garantizan los derechos fundamentales que la Constitución reconoce para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo, contempla un conjunto de normas con las cuales se declara la responsabilidad penal de un adolescente como respuesta del Estado ante las conductas delictivas que cometa, que trae aparejada consecuencias jurídicas, con una dimensión pedagógica, respetando su dignidad e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal a fin de evitar que vuelva a delinquir.

Por tanto, se parte que las consecuencias jurídicas aplicadas a los adolescentes en conflicto con la norma penal tanto en su fundamento, con ciertos matices, como en sus fines, representan verdaderas restricciones del derecho, el no reconocerlo sería un eufemismo, como se intenta hacer al utilizar la Constitución el término "medidas" ya que los adolescentes son personas titulares de derecho y no deben ser reducidos a simples objetos de protección, la aplicación de cualquier sanción excluye la analogía o la mayoría de razón, adquiere vigencia el principio de legalidad a favor de los adolescentes, que exige, la implantación de criterios vinculados con reglas, principios, garantías y criterios que otorguen seguridad jurídica, por ello solo serán impuestas siguiendo un debido proceso por un Juez Especializado

²¹ BELOFF, Mary, *Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos*, Op. cit., s.n.p.

predeterminado por la Ley, por un delito previsto también previamente en una ley en sentido formal y material, como reforzamiento no puede ser sancionado penalmente por un comportamiento que no esté contemplado como delito para un adulto.

«...los adolescentes dejaron de ser tratados como incapaces para ser ahora imputables,...a los adolescentes se les garantizan los derechos fundamentales que la Constitución reconoce para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo, contempla un conjunto de normas con las cuales se declara la responsabilidad penal de un adolescente como respuesta del Estado ante las conductas delictivas que cometa, que trae aparejada consecuencias jurídicas, con una dimensión pedagógica, respetando su dignidad e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal a fin de evitar que vuelva a delinquir.»

Desde luego, ni el principio del interés superior del niño, ni el de la protección integral, puede servir para restringir las garantías del derecho penal y procesal penal del adolescente, ya que de hacerlo subrepticamente se incurriría en los vicios creados por la doctrina de situación irregular; de ahí, que representa una cuestión prioritaria la aplicación de sanciones no privativas de libertad a los adolescentes que cometen delitos y solo imponer la pena privativa de libertad bajo un criterio de excepción, así como en aquellas y en esta última, eficientar su finalidad pedagógica, que emerge del propio Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, al haber cometido o participado un adolescente en un delito.

La noción de internamiento que adopta la Constitución Mexicana, no deja de ser un eufemismo, que no puede encubrir su esencia penal ante su carga aflictiva y que en realidad se refiere a la privación de la libertad de una persona, empero, deja en claro su excepcionalidad en todas las etapas del procedimiento, inclusive como sanción; de ahí, que no debe ser entendido y limitado como señala Rubén VASCONCELOS MÉNDEZ, «sólo con la retención o ubicación del adolescente en un lugar determinado, o al encarcelamiento derivado únicamente de una sentencia o bien, a concebir el internamiento como una medida positiva para el bienestar o

educación de éste»²². Sino más bien, como también indica VASCONCELOS MÉNDEZ: «una forma negativa de consagrar el derecho a la libertad de los adolescentes, como sinónimo de privación de la libertad»²³.

Por su parte, la Regla número 11, inciso b) de las Reglas de las NACIONES UNIDAS para la Protección de los Menores Privados de la Libertad señala que:

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

En ese sentido amplio, debe interpretarse la expresión "internamiento" utilizada por el artículo 18 Constitucional y que por tanto la privación de la libertad personal de un adolescente se utilizará como medida extrema, con lo cual además de adoptar el principio de excepción incorpora el de

priorización de sanciones no privativas de libertad, sin que las enumere y deja al legislador secundario establecer su catálogo.

En consecuencia, como señala Mary BELOFF:

... las sanciones en un sistema de responsabilidad penal juvenil son diversificadas por lo cual es incorrecto hablar de alternativas a la pena privativa de libertad. Hablar en estos términos sería comprensible en el sistema penal de adultos porque en él la centralidad es la cárcel. En cambio en éste, la centralidad la tienen todas las otras sanciones. Al hablar de alternativas a la prisión, seguimos considerando que la privación de la libertad es el eje del sistema²⁴.

V. Lineamientos para la aplicación de la sanción privativa de libertad en la Constitución Federal Mexicana

Establecida la ultima ratio de esta pena, que conlleva la mayor restricción de derechos y después de valorar que una sanción en libertad no es la respuesta más adecuada para sancionar al adolescente que cometió un delito, corresponde señalar cuáles son las directrices que marca la Constitución para su eventual aplicación:

²² Cfr. VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *La Justicia para Adolescentes en México, Análisis de las Leyes Estatales*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, México 2009, p. 188.

²³ VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *Op. cit.*, p. 189.

²⁴ BELOFF, Mary, *Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos*, *Op. cit.*, s.n.p.

1) «La comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito»²⁵, parece obvio este requisito, sin embargo, dado que los adolescentes por siglos fueron privados de su libertad por su "bien", inclusive por cuestiones asistenciales, al ser considerados objetos de protección, deja en claro la Carta Magna que solo se puede aplicar cuando se esté en presencia de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, sin que opere alguna causa de exclusión del delito, lo que ya requería desde 2005 solo bajo el eufemismo de "una conducta tipificada como delito por las leyes penales" y "conductas antisociales".

Inicialmente el párrafo sexto del artículo 18 Constitucional era expreso en señalar que solo en relación a las conductas tipificadas como delitos, catalogadas como graves, era procedente el "internamiento", lo que fue eliminado con la reforma del 2015. En el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales de justicia; de Derechos Humanos; de Estudios Legislativos del Senado de la República, relativo al Proyecto de Decreto de Reforma del artículo 18 Constitucional, se explica sobre la desvinculación a la connotación de

²⁵ Antes el párrafo cuarto del artículo 18 Constitucional se refería a "una conducta tipificada como delito por las leyes penales", lo que era un eufemismo, puesto que en realidad es un delito.

que determinado ilícito penal sea grave, que derivó ante el propósito de nuestro país de:

adherirse a diversos instrumentos internacionales protectores de los adolescentes en conflicto con la ley penal, el sentido de procurar el carácter auténticamente excepcional del tratamiento en internamiento y sobre la base de la exposición y análisis de los hechos y las pruebas en el enjuiciamiento y la determinación que con base en el caso mismo deba dictar el juzgador por la comisión de conductas antisociales²⁶.

En efecto, es facultad exclusiva del Juez Especializado valorar la aplicación de una sanción, sin embargo, será el legislador en atención al principio de legalidad quien establezca los delitos en que es procedente la imposición de la pena restrictiva de la libertad, sin que implique su aplicación automática, puesto que se insiste, el Juez Especializado tiene un rol excluyente

²⁶ *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales de Justicia; SENADO DE LA REPÚBLICA, Derechos Humanos; Estudios Legislativos, Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales de Justicia, relativo al Proyecto de Decreto de Reforma del artículo 18 Constitucional, disponible en: [\[http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos-constitucionales/docs/Temas/IPA_dictamen.pdf\]](http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos-constitucionales/docs/Temas/IPA_dictamen.pdf), consultado en: 2015-10-05.*

dentro de amplios márgenes de libertad marcados por los criterios de individualización que establece la ley para fijar la sanción que resulte más adecuada, previa solicitud del Ministerio Público Especializado, quien deberá de justificar su petición en atención al sistema de corte acusatorio implementado en el modelo de justicia para adolescentes.

«...es facultad exclusiva del Juez Especializado valorar la aplicación de una sanción, sin embargo, será el legislador en atención al principio de legalidad quien establezca los delitos en que es procedente la imposición de la pena restrictiva de la libertad, sin que implique su aplicación automática, puesto que se insiste, el Juez Especializado tiene un rol excluyente dentro de amplios márgenes de libertad marcados por los criterios de individualización que establece la ley para fijar la sanción que resulte más adecuada, previa solicitud del Ministerio Público Especializado, quien deberá de justificar su petición en atención al sistema de corte acusatorio implementado en el modelo de justicia para adolescentes.»

La implementación de un enlistado, indica Rubén VASCONCELOS MÉNDEZ, hace notar:

que el sistema de justicia reconoce la conveniencia de valorar los comportamientos de adultos y adolescentes de forma diferente, (por ello se conforman catálogos distintos para cada sistema) y restringir objetivamente la procedencia del internamiento²⁷; por tanto, el catálogo opera, en consecuencia como norma restrictiva en un límite a la imposición restrictiva de medidas de internamiento²⁸.

Por tanto este cambio no exime que en la futura Ley única o nacional que se realice en materia de Justicia de Adolescentes, de acuerdo a la reforma a la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución publicada el 3 de julio de 2015 en el Diario Oficial de la Federación, el legislador limite los delitos que puedan ser sancionados con pena privativa de libertad²⁹, lo

²⁷ VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *Avances y Retrocesos de la Justicia para Adolescentes*, Novum-UNICEF, México 2012, p.169.

²⁸ *Ibidem*, p. 170.

²⁹ El hecho de que el artículo 18 Constitucional le imponga ahora al Legislador la obligación de realizar un catálogo de delitos susceptibles de ser sancionados con la sanción restrictiva de la libertad, sin calificarlos como graves, no lo libera que realice un enlistado de delitos de carácter grave para la detención de un adolescente en caso

que deberá ser bajo parámetros racionales y a la luz de los valores que son fundamentales para la sociedad y que por otra parte también el legislador establezca las pautas generales y abstractas de la individualización de la pena, deberá por ende ser realizarlo con cuidado a fin de ser incluyente de los delitos cuya comisión genera un impacto social; y por otra, no constituya un instrumento represor por incluir comportamientos delictivos de baja lesividad o de tinte político, sumado a ello, el juez especializado deberá hacer su tarea, como ya se dijo, al realizar la graduación e imposición de la pena en cada caso, en donde determinará la magnitud del injusto, la afectación o puesta en peligro del bien jurídico, las circunstancias de ejecución del evento, y resolver si son determinantes junto con otros factores, como son las circunstancias personales del adolescente para optar por una pena privativa de libertad ante la comisión del delito, con criterios de proporcionalidad,

urgente, ya que lo exige el párrafo sexto del artículo 16 Constitucional; por lo cual a fin, de cumplir con los principios de congruencia y seguridad jurídica, el catálogo de delitos que podrán ser sancionados con pena privativa de libertad, debe ser el mismo al enlistado de los considerados como graves para la detención en caso urgente, y desde luego diferentes al de justicia penal para adultos en atención al principio de especialidad.

idoneidad, necesidad, justicia; así como en atención a los fines de la pena de prevención general y prevención especial positiva, pero desde luego no podrá contemplarse el "internamiento" para un delito que sea cometido por un adolescente, si para un adulto no está contemplado la pena privativa de libertad si comete ese mismo delito, puesto que se parte de la idea que un adolescente por su etapa de desarrollo tiene una culpabilidad inferior que un adulto en situaciones equivalentes; por tanto, la restricción de derechos que sufra el adolescente será inferior que la pena que le correspondería a un adulto; además, es bien sabido que la dureza de las penas no resuelve mejor los problemas, y que las privaciones de libertad prolongadas carecen de efectos positivos desde la óptica educativa y de la reinserción social y familiar.

2) Estar en presencia de un adolescente mayor de 14 años y menor de 18 años de edad, al momento de cometer el delito.

Nuestra Constitución recoge una pauta adoptada por la mayoría de los países de escalar la aplicación de la sanción de mayor intensidad bajo un criterio de mayor edad. En consecuencia, si los adolescentes menores de 14 años de edad a 12 años cumplidos, cometen un delito solo puede imponérseles una "medida de orientación o de protección", pese que sea de gran impacto social, por

imperativo constitucional y justificado ya que su proceso de formación y madurez se encuentra en un grado menor de desarrollo que los mayores de 14 años de edad, lo que no puede ignorarse máxime que las diferentes edades de los adolescentes condicionan su óptica respecto de la experiencia de legalidad y el grado de su estigmatización por estar inmersos en procesos penales.

3) Debe ser solicitada expresamente por el Ministerio Público Especializado.

Este requerimiento deriva de que el proceso en materia de Justicia para Adolescentes es de corte acusatorio como expresamente, lo señala el párrafo sexto del artículo 18 Constitucional a través de la reforma de 2015, pero desde su redacción original de 2005 se infería al señalar que «En todos los procedimientos seguidos a adolescentes se observará la garantía del debido proceso, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas».

Es así, que el Ministerio Público Especializado deberá solicitar desde su escrito de acusación, la aplicación del internamiento, justificar su petición y que solo a través de esa medida extrema se logrará la reinserción y la reintegración del adolescente a la sociedad y a su familia.

4) Las peculiaridades del adolescente.

Aun cuando el artículo 18 de la Constitución no hace alusión expresa a las circunstancias personales del adolescente, como aspecto para considerar al momento de fijar una sanción, sí menciona en su párrafo sexto como fin de las "medidas" el pleno desarrollo de su persona y capacidades, lo que obliga el considerar sus peculiaridades al momento de imponer una sanción, máxime si se toma en cuenta la dimensión pedagógica que caracteriza el Sistema de Justicia Juvenil, no debe olvidarse que una de las finalidades primordiales de las penas impuestas a los adolescentes son preventivas especiales, en particular, las educativas, que tienen como límite la retribución mediante una sanción proporcional a la culpabilidad del hecho y la prevención general positiva.

Por otra parte, como ya se vio, tanto las Reglas de Beijing como la Convención de los Derechos del Niño, documento este último que al ser un tratado internacional suscrito y ratificado por México, ya forma parte del ordenamiento jurídico nacional y por ello, resulta obligatoria su aplicación, invoca a las condiciones personales del adolescente al momento de imponer una pena; por tanto, el Juez Especializado debe valorar ese extremo cuando realice su actividad de determinación de la pena, puesto que solo así podrá advertir si el adolescente tiene las herramientas suficientes para cumplir

la sanción que se le imponga, ya que le aportarán información sino existe otra opción a la aplicación de la privativa de la libertad y de no ser así, si es la pena idónea, necesaria y proporcional para alcanzar el fin legítimamente constitucional, confrontado, desde luego, también como se expuso con el hecho cometido.

VI. Adecuación del principio de excepción en la Ley de Justicia de Adolescentes del Distrito Federal

Hasta 2008 en el Distrito Federal se concretizó la reforma constitucional del 2005 del artículo 18, y con ello la doctrina Integral de Justicia de Adolescentes a través de la Ley de Justicia para Adolescentes que adoptó un sistema de auténtica responsabilidad penal para los adolescentes, como se desprende, entre otras disposiciones, del artículo 15 y con ello a su vez incorporó el criterio de ultima ratio de la utilización de la privativa de libertad, tanto como sanción como medida cautelar, según se advierte del artículo 34 al señalar que: «La detención provisional e internamiento del adolescente deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales, debiéndose aplicar medidas cautelares indefinidas menos gravosas, siempre que sea posible...».

Por su parte, el artículo 59 al establecer los criterios para aplicar “las medidas”, estatuye que: «Las medidas que deban cumplirse en

libertad son de aplicación prioritaria, en tanto las que implican privación de libertad se aplicarán como último recurso y por el menor tiempo posible...».

«...si los adolescentes menores de 14 años de edad a 12 años cumplidos, cometen un delito solo puede imponérseles una “medida de orientación o de protección”, pese que sea de gran impacto social, por imperativo constitucional y justificado ya que su proceso de formación y madurez se encuentra en un grado menor de desarrollo que los mayores de 14 años de edad, lo que no puede ignorarse máxime que las diferentes edades de los adolescentes condicionan su óptica respecto de la experiencia de legalidad y el grado de su estigmatización por estar inmersos en procesos penales.»

Finalmente, el artículo 86 del referido ordenamiento jurídico, señala que:

El internamiento consiste en la privación de la libertad del adolescente y se debe cumplir exclusivamente en los centros de internamiento y será una medida de carácter excepcional, la cual sólo podrá aplicarse a las conductas tipificadas como delitos considerados como graves y sólo será impuesta a los adolescentes que sean mayor de 14 catorce años de edad y menores de 18 dieciocho años de edad...”.

Como resultado del mandato constitucional en el Distrito Federal, la Ley de Justicia para Adolescentes, contiene un abanico de sanciones en libertad que posibilita al Órgano Jurisdiccional Especializado elegir la idónea, necesaria y proporcional para procurar la reinserción social y familiar del adolescente.

En el capítulo II, la Ley de la materia de esta Ciudad, contiene en los artículos 60 a 81 las medidas de orientación y protección. El artículo 61 enumera las medidas de orientación: Amonestación, apercibimiento, prestación de servicios en favor de la Comunidad, formación ética, educativa y cultural, recreación y deporte, a las que se agregó la de formación y adiestramiento para el trabajo con el decreto que reformó y adicionó la Ley en comento publicado en la Gaceta

Oficial del Distrito Federal del 15 de abril de año en curso.

A su vez el artículo 67, contempla las medidas de protección, que versan en: vigilancia familiar, libertad asistida, limitación o prohibición de residencia, prohibición de relacionarse con determinadas personas, prohibición de asistir a determinados lugares, prohibición de conducir vehículos motorizados, obligación de acudir a determinadas instituciones para recibir formación educativa, técnica, orientación o asesoramiento y la obligación de abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas narcóticos o psicotrópicos.

Estas sanciones no están determinadas para un delito en concreto, como sucede para adultos y esa indeterminación es producto de la necesidad de que su adopción se realice en función de las características individuales de cada adolescente, representa una expresión del principio de flexibilidad conforme al cual, el establecimiento de la medida adecuada según la valoración de hecho delictivo cometido y las necesidades del adolescente, resulte la más adecuada en atención que no ha concluido su formación, ni ha alcanzado su madurez.

En cuanto a la sanción privativa de libertad, la Ley Especializada la denomina “tratamiento en internamiento”, como resabio de la postura tutelar. Es así que el artículo 84 preceptúa que sólo en caso “de infracción de manera grave a las leyes

penales” es aplicable, e indica que es en dos modalidades: Internamiento durante el tiempo libre e internamiento en Centros Especializados.

Por su parte, el inciso c) de la fracción XII del artículo 32 reitera que la medida de internamiento solo podrá imponerse de manera excepcional siempre que se trate de "conductas tipificadas como delitos graves" y en ningún caso a adolescentes menores de catorce años de edad.

De esta forma, la Ley de Justicia para Adolescentes del Distrito Federal recoge el principio de excepción en la aplicación de una sanción privativa de libertad, y acorde a la Constitución lo limita al grupo etario que comprende a los adolescentes mayores de 14 años de edad y menores de 18 dieciocho años de edad.

Por otra parte, señala como criterio orientador, que se trate de un delito catalogado como grave, los que se enlistan en el artículo 30, debido que sigue con el requerimiento establecido en la redacción original del párrafo sexto del artículo 18 Constitucional derivado de la reforma de 2005.

Cabe recordar, que respecto de los delitos del fuero federal, al no asumir la Federación su jurisdicción, se ha generado una idea errónea tanto a los adolescentes como a la sociedad, sobre el sentido de justicia puesto que el Pleno en Materia Penal del Primer

Circuito determinó que al contener la Ley de Justicia para Adolescentes del Distrito Federal de manera expresa en el artículo 30, las conductas tipificadas como delitos, debe estarse únicamente a ese catálogo para justificar la aplicación de una “medida de internamiento” a un adolescente y que, en consecuencia, fuera de esos escenarios no puede imponerse una medida de internamiento porque de hacerlo, implicaba sancionar por analogía en contravención al derecho fundamental de seguridad jurídica prevista en el artículo 14 de la Constitución. Bajo ese parámetro quedan fuera en el Distrito Federal conductas que afectan valores fundamentales para la sociedad, como son las previstas en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales. Lo que se insiste, produce en el adolescente y en la comunidad una confusión ya que como señala Rubén VASCONCELOS MÉNDEZ, «el catálogo es, al mismo tiempo, un límite y una autorización al juez especializado para imponer o no una medida privativa de libertad»³⁰.

Por otra parte, no debe de olvidarse que la imposición de una sanción privativa de libertad ante un delito grave, como puntualiza Rubén VASCONCELOS MÉNDEZ:

³⁰ VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *Avances y Retrocesos... Op. cit.*, p.170.

...no es de aplicación automática ni opera de oficio. El órgano judicial tiene amplios márgenes de libertad, delimitados por los criterios de individualización establecidos en cada ley, para imponer la medida que considere más adecuada con el objeto de lograr los fines de reeducación y reinserción social que guían a la justicia para adolescentes³¹.

Igualmente la ley de la materia en el artículo 57, prevé la posibilidad de determinar el cumplimiento de la sanción antes del tiempo, ni adecuarla en beneficio del adolescente.

Por otra parte, al verificar que la Ley de Justicia de Adolescentes del Distrito Federal incorpora el principio de excepción de la aplicación de una sanción privativa de libertad, resulta errónea la redacción del inciso g) de la fracción XIII del artículo 32 de la Ley de Justicia para Adolescentes del Distrito Federal, en donde exige que en la sentencia definitiva el Juez Especializado debe establecer las medidas de menor gravedad que puedan representar una alternativa a la de mayor gravedad –internamiento–, lo que da lugar a que al adolescente se le imponga la obligación de elegir expresamente las sanciones que privilegien la libertad para no sufrir la medida de mayor intensidad, numeral que regula la tramitación del proceso escrito contemplado para delitos calificados

como graves, que admiten la aplicación de la pena de privativa de libertad.

De tal forma, si el adolescente no opta por las medidas de menor intensidad permanecerá interno, en el caso de que haya permanecido cautivo durante el procedimiento, o en su caso, revocarle su libertad por no haber elegido expresamente las sanciones en libertad.

De ahí, que es evidente de acuerdo al contenido del artículo 18 Constitucional las sanciones que favorecen la libertad deben ser prioritariamente impuestas y se convierten en principales y solo en caso de incumplimiento injustificado deberá de cumplir, la privativa de libertad, cuando la ley prevenga para el delito esa sanción, por el tiempo que le faltare por cumplir.

«La Ley de Justicia para Adolescentes del Distrito Federal, también acogió el principio de excepción de la utilización de la privativa de libertad en los términos fijados por la Constitución, prevé un catálogo de delitos graves para su eventual imposición, siguiendo la redacción original de la adición del párrafo sexto del artículo 18 Constitucional de 2005 y establece la posibilidad de declarar el cumplimiento de la sanción antes del tiempo, o de adecuarla en beneficio del adolescente.»

³¹ *Ídem.*

Conclusiones

Primera. Tuvieron que pasar siglos para que se reconociera la libertad personal como un derecho fundamental de las personas y establecer las condiciones para poder ser restringido en el ámbito penal; fue hasta la Ilustración cuando se estableció que la restricción de la libertad era una sanción penal, sin embargo, tuvieron que pasar otros siglos más para que ese derecho les fuera reconocido a los adolescentes.

Segunda. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, reconoce por primera vez a los adolescentes como titulares de derechos y con ello su derecho a la libertad personal, se establece el principio de última ratio de la privación de su libertad y se contempla la priorización de sanciones no privativas de libertad.

Tercera. México adoptó el modelo de la doctrina integral y ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990 y fue hasta el 2005 cuando reformó el párrafo cuarto y adicionó los párrafos quinto y sexto del artículo 18 Constitucional, en la que estableció un Sistema Integral de Justicia para Adolescentes aplicable a personas entre 12 años cumplidos y menores de 18 años de edad, que les garantiza los derechos reconocidos para toda persona, como es la libertad personal, así como los que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos, entre los

cuales, que la privación de la libertad debe ser el último recurso.

Cuarta. Nuestro país consecuentemente construyó un sistema especializado de responsabilidad penal para los adolescentes; sólo autoriza la imposición de una sanción privativa de la libertad cuando los adolescentes cometieron o participaron en un hecho que la ley señala como delito, que sean mayores de 14 y menores de 18 años al momento de perpetrarlo. Originalmente en 2005 el párrafo sexto del artículo 18 Constitucional, aludía expresamente también a la gravedad del delito para su procedencia, pero a partir de la reforma de julio de 2015, se eliminó, sin embargo ello no exime al legislador secundario que en atención al principio de legalidad, señala los delitos a los que es aplicable esa pena, sin que implique su imposición automática, puesto que es facultad exclusiva del Juez Especializado dentro de amplios márgenes de libertad, marcados por los criterios de individualización que establece la ley, fijar la sanción que resulte más adecuada, previa solicitud del Ministerio Público Especializado, quien deberá de justificar su petición, en atención al sistema de corte acusatorio implementado en el modelo de justicia para adolescentes.

Quinta. El Juez Especializado deberá de tomar en cuenta la magnitud del

injusto, la afectación o puesta en peligro del bien jurídico, las circunstancias de ejecución del evento y resolver si son determinantes junto con las circunstancias personales del adolescente para optar como último recurso por una sanción privativa de libertad siempre que no haya otra respuesta adecuada para atender los fines de la sanción relacionados con la prevención general y especial positiva de la pena y el sentimiento de justicia que infunda al adolescente, a la víctima y a la sociedad.

Sexta. La Ley de Justicia para Adolescentes del Distrito Federal, también acogió el principio de excepción de la utilización de la privativa de libertad en los términos fijados por la Constitución, prevé un catálogo de delitos graves para su eventual imposición, siguiendo la redacción original de la adición del párrafo sexto del artículo 18 Constitucional de 2005 y establece la posibilidad de declarar el cumplimiento de la sanción antes del tiempo, o de adecuarla en beneficio del adolescente.

Fuentes consultadas

Bibliografía

ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *La Construcción de un sistema de justicia integral para adolescentes, Lineamientos*, Colección Investigación número 14, Instituto Nacional de Ciencias

Penales (INACIPE), México 2010.

AZZOLINI BINCAZ, Alicia Beatriz, *Los Derechos Humanos de los Menores: El Menor Frente al derecho penal, en la Memoria del Curso de Actualización en materia de impartición de Justicia de Menores infractores*, Secretaría de Gobernación, Academia Mexicana de Ciencias Penales, México 1997.

BARREIRO, Agustín Jorge, *et. al., Nuevo Derecho Juvenil, Una perspectiva Interdisciplinar*, Atelier, Libros Jurídicos, Barcelona, España 2007.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia y Adolescencia de los Derechos y de la Justicia*, 3ª ed, Fontamara, México 2007.

RIGHI, Esteban, *Teoría de la Pena*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2001.

VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *La Justicia para Adolescentes en México, Análisis de las Leyes Estatales*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, México 2009.

_____, *Avances y Retrocesos de la Justicia para Adolescentes*, Novum-UNICEF, México 2012.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Delincuencia Juvenil*, COLEX, España 2003, p. 258.

Referencias electrónicas

BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, disponible en: [\[http://www.corteidh.or.cr/tablas/25897r.pdf\]](http://www.corteidh.or.cr/tablas/25897r.pdf), consultada en: 2015-10-10.

_____, *Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos*, texto en versión electrónica disponible en: [\[http://www.iin.oea.org/Cursos_a_disposicion/Cursoprojur2004/Bibliografia_Sist.Justicia_Juvenil_Mod_4/pdf/responsabilidad%20penal%20y%20DDHH.pdf\]](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_disposicion/Cursoprojur2004/Bibliografia_Sist.Justicia_Juvenil_Mod_4/pdf/responsabilidad%20penal%20y%20DDHH.pdf), consultado en: 2015-09-28.

DUCE J., Mauricio, *El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su Impacto en el Diseño del Proceso Penal Juvenil*, Chile 2009, disponible en: [\[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100004\]](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100004), consultado en: 2015-09-25.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS, Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr23.pdf>, consultada en 2015-09-27.

SENADO DE LA REPÚBLICA, Derechos Humanos; Estudios Legislativos, *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales de Justicia, relativo al Proyecto de*

Decreto de Reforma del artículo 18 Constitucional, disponible en: [\[http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Temas/JPA_dictamen.pdf\]](http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Temas/JPA_dictamen.pdf), consultado en: 2015-10-05.

TIFFER, Carlos y LLOBET, Javier, *La Sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica*, NACIONES UNIDAS, UNICEF, disponible en: [\[http://www.justiciajuvenilca.org/~media/Microsites/Files/Intl%20Juvenile%20Justice/LEY-PENAL-JUVENIL-COSTA%20RICA.ashx\]](http://www.justiciajuvenilca.org/~media/Microsites/Files/Intl%20Juvenile%20Justice/LEY-PENAL-JUVENIL-COSTA%20RICA.ashx), consultado en: 2015-10-10.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ley Federal de Justicia para Adolescentes.

Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia de común y para toda la República en materia Federal.

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

Ley General de Niños, Niñas y Adolescentes.

Semanario Judicial de la Federación.

Legislación Internacional

Convención Americana sobre
Derechos Humanos. “Pacto de
San José de Costa Rica”.

Convención sobre los Derechos del
Niño.

Declaración Universal de los
Derechos Humanos y del
Ciudadano.

Declaración Americana de los
Derechos y Deberes del
Hombre.

Observación General número 10
(CRG/C/GC/10), 25 de abril de
2007, Los Derechos del Niño en
la Justicia Juvenil del Comité de
Derechos del Niño.

Pacto Internacional de Derechos
Civiles y Políticos.

Reglas de las Naciones Unidas para la
Protección de los Menores
Privados de la Libertad.

Reglas Mínimas de las Naciones
Unidas para la Administración
de Justicia de Menores (Reglas
de Beijing).

Reglas Mínimas para el Tratamiento
de los Reclusos, adoptadas por
el Primer Congreso de las
Naciones Unidas sobre
Prevención del Delito y
Tratamiento del Delincuente.