



Justicia penal juvenil

Aspectos teóricos-jurídicos

Xochithl Guadalupe Rangel Romero



FONEIA

Fondo
Editorial para la
Investigación
Académica

La niñez en conflicto con la ley penal es un tópico actual. La justicia juvenil a lo largo de la historia ha basado su entendimiento en posicionamientos que permean dentro de las estructuras de los estados. Se vuelven importante, entender y comprender estas posturas hasta verse consolidada la Convención de los Derechos del Niño, instrumento jurídico que apuntala a la niñez en sus derechos.

Especialmente interés causa, el desarrollo jurídico que tiene la temática de los niños y las niñas en conflicto con la ley, buscando conocer los aspectos teóricos jurídicos que encamina este tema, se ha escrito esta obra.



Universidad Autónoma
de San Luis Potosí



FONEIA

Fondo
Editorial para la
Investigación
Académica

ISBN: 978-607-99136-6-3



9 786079 913663

Justicia penal juvenil

Aspectos teóricos-jurídicos

Xochithl Guadalupe Rangel Romero



UASLP

Universidad Autónoma
de San Luis Potosí



FONEIA

Fondo
Editorial para la
**Investigación
Académica**

ISBN: 978-607-99136-6-3



El tiraje digital de esta obra: "Justicia penal juvenil. Aspectos teóricos-jurídicos" se realizó posterior a un riguroso proceso de arbitraje doble ciego, llevado a cabo por dos expertos miembros del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) en México, así como revisión anti plagio y aval del Consejo Editorial del Fondo Editorial para la Investigación Académica (FONEIA). Primera edición digital de distribución gratuita, agosto de 2022.

El Fondo Editorial para la Investigación Académica es titular de los derechos de esta edición conforme licencia Creative Commons de Reconocimiento – No Comercial – Compartir Igual (by-nc-sa). La autora Dra. Xochithl Guadalupe Rangel Romero es titular y responsable única del contenido.

Diseño editorial y portada: Cristina Carreira Sánchez.

Imagen de portada recuperada de Pixabay: <https://www.pexels.com/es-es/foto/graffiti-162379/>.

Requerimientos técnicos: Windows XP o superior, Mac OS, Adobe Acrobat Reader.

Editorial: Fondo Editorial para la Investigación Académica (FONEIA). www.foneia.org consejoeditorial@foneia.org, 52 (228)1383728, Paseo de la Reforma Col. Centro, Cuauhtémoc, Ciudad de México.

Presentación

El estudio de los derechos de la niñez tiene como secuela la revisión de una proposición teórica-histórica de cómo se ha concebido a la infancia desde la antigüedad hasta llegar a los novedosos parámetros de protección que se ponderan hoy en día.

Esta obra rescata en un primer momento cómo ha sido visualizada la infancia a través de la generalidad del tiempo y cómo se apertura el tópico de la niñez hasta lo que se conoce como la Doctrina de la Protección Integral de la Infancia (enfoque de derechos), recogida en las posturas que encamina la Convención de los Derechos del Niño. Lo anterior da como derivación una medida importante de reconocimiento de derechos en el niño como titular.

En un segundo momento, aporta al estudio específico de los niños y el Sistema de Justicia Especializado que se recoge no solo dentro de las líneas de la Convención, sino su relación con otros instrumentos internacionales que han solidificado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el tema de los niños y, sobre todo, cuando estos se encuentran en conflicto con la ley penal.

Este epígrafe aporta a la consolidación de un marco teórico-jurídico en el cual el niño y su derecho se ha encauzado.

Xochithl Guadalupe Rangel Romero

San Luis Potosí, San Luis Potosí, México a primavera de 2022

Agradecimiento

A la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
Mi gratitud siempre.

CONTENIDO

1. Generalidades del tratamiento teórico e histórico-jurídico del niño	7
1.1 El desarrollo teórico e histórico-jurídico de la concepción del niño	8
2. De la Doctrina de la Situación Irregular (DSI)	26
2.1 La Doctrina de la Situación Irregular: lo que nunca debió haberse permitido	27
2.2 El tutelarismo de menores: el disfraz de derechos	38
3. La Doctrina de la Protección Integral de la Infancia (DPI)	43
3.1 La Doctrina de la Protección Integral de la Infancia: una luz al final del túnel	44
3.2 El enfoque de derechos: comprensión y aceptación	54
4. La Convención de los Derechos del Niño (CDN) y la consolidación de los derechos de la infancia	56
4.1 La Convención de los Derechos del Niño: un hito en la historia de la humanidad	57
4.2 La CDN establece principios orientadores, mismos que encaminan los derechos del niño en el orbe mundial	59
4.3 La Convención de los Derechos del Niño: el Comité de los Derechos del Niño	67
5. Fuentes de consulta	71



1. Generalidades del tratamiento teórico e histórico-jurídico del niño

La infancia tiene sus propias maneras de ser, pensar y sentir; nada hay más insensato que pretender sustituirlas por las nuestras.

Rousseau

El desarrollo teórico e histórico-jurídico del niño, de manera específica, ha pasado para la historia debido a que no es sino hasta el siglo XVIII donde se comienza a esbozar prácticamente el concepto de niño y las implicaciones que este tiene dentro del mundo jurídico. No obstante, cobran relevancia las manifestaciones no jurídicas que permeaban para los niños y las niñas con el objeto de comprender el interés que se tiene para estos en pleno siglo XXI.

El recorrido teórico e histórico-jurídico que se pretende en este apartado tiene como interés primordial discutir la concepción de la infancia como una categoría invisible y pretende observar cada una de las etapas por las que el niño ha atravesado en su devenir, con el objeto de dirigirnos a los novedosos sistemas de protección que para la infancia se han creado.

1.1 El desarrollo teórico e histórico-jurídico de la concepción del niño

La historia de la infancia se ve plasmada de abusos, crueldades, masacres, barbaries, entre otros adjetivos. En primera instancia, la figura del niño, dentro de las culturas predominantes, no adquiere una categoría específica por sí misma, así también no le era reconocido ningún derecho. Desde épocas antiguas, son recurrentes los asesinatos de niños acontecidos en las adivinaciones proféticas que el nacimiento de un niño acarrearía, como se ha señalado inclusive por el mismo texto bíblico:

Al verse engañado por los magos, Herodes se enfureció y mandó matar, en Belén y sus alrededores, a todos los niños menores de dos años, de acuerdo con la fecha que los magos le habían indicado. Así se cumplió lo que había sido anunciado por el profeta Jeremías: En Ramá se oyó una voz, hubo lágrimas y gemidos: es Raquel, que llora a sus hijos y no quiere que la consuelen, porque ya no existen.¹

O, en su defecto, los sacrificios humanos de niños por dos causas predominantes, sus malformaciones físicas y por culto a los dioses. Lo anterior no eran una práctica exclusiva de mesopotámicos, egipcios o israelitas, según se refiere, incluso llegó hasta la Grecia clásica como lo ha referido Puig de la Bellacasa: "llegaban inclusive al ani-

¹ San Mateo 2:16-18.

quilamiento de los niños que padecían algún tipo de malformaciones, dado que si algún ser humano nacía con defectos se le arrojaba al monte Taigüeto debido a que solamente eran aceptados dentro de la comunidad aquellos que fueran puros en su aspecto físico”.²

Asimismo, en Esparta se acostumbraba que un consejo de ancianos decidiera sobre la vida o muerte del niño, lo que interesaba era “que el recién nacido [...] tuviera capacidad de sobrevivencia y de convertirse en ciudadano”.³ En muchas ocasiones, según se señala, al niño se le abandonaba “ante la puerta de un domicilio o en algún basurero público, a la espera de alguien que quisiera recogerlo.

Esta práctica era legítima y común en los casos de hijos con malformaciones, de los pobres por carencia de recursos, y en la clase media con el objetivo de concentrar los esfuerzos en un número reducido de hijos”.⁴

La práctica del abandono de hijos (expósitos) se posterga según cree Buenaventura Delgado hasta el siglo XVIII.⁵

Los recién nacidos se encontraban sometidos a una voluntad externa que decidía sobre sus vidas; el niño, como tal, no tenía ningún derecho por sí mismo. Dentro del desarrollo histórico-jurídico del niño, se hacen latentes las grandes agresiones hacia su dignidad e integridad.

² Véase: Puig de la Bellacasa, R., “Concepciones, paradigmas y evolución de las mentalidades sobre la discapacidad”, en *Discapacidad e información*. Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía, Madrid, 1990.

³ González Contró, Mónica, Mauricio Padrón Innamorato et al., *Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, México, 2012, p. 4.

⁴ *Ibid.*, p. 5.

⁵ Confr. Delgado, Buenaventura, *Los “expósitos”, niños abandonados*. En línea: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/2/nin/inf-b.delgado.html> [Consulta: 11 de enero de 2021].

La condición de niño dentro de una comunidad “estaba determinado por su pertenencia a una familia y como tal se consideró en las primeras atribuciones de derechos subjetivos que lo excluyeron como titular individual, incluyéndolo en la esfera paterna”.⁶

De manera particular, bien se puede vincular a las especificidades que en Roma se gestaron. Por ejemplo, se conoce que la condición del niño romano estaba intrínsecamente vinculada a la situación de la familia, el niño se encontraba sometido a la patria potestad, este era considerado un ser que necesitaba a toda costa protección en gnosís de que tenía limitada su capacidad de razonamiento. No pasan desapercibidas las instituciones de la patria potestad y de la filiación en esta parte del desarrollo histórico para conocer que en la institución romana el jefe de familia era quien ejercía sobre sus descendientes la patria potestad, misma que fue creada para “proteger los intereses familiares en todos los sentidos, [...] todos los derechos estaban de su lado y todas las obligaciones del lado de las personas sometidas a él, y este sometimiento no cambiaba por razón de la edad”.⁷

En los orígenes de la institución de la patria potestad, los derechos del pater familias eran prácticamente desmedidos, “llegando inclusive a tener derecho de vida y muerte sobre sus descendientes, así como el hecho de poder manciparlos a una tercera persona”.⁸

También es necesario hacer la acotación que la institución de la patria potestad se convirtió gradualmente en una relación que otorgaba mayores derechos, aunque para esto último, tuviesen que pasar varias décadas. La institución de la patria potestad permite visualizar de primera mano, varias especificidades, entre las que destacan las siguientes: primero, la figura del niño dentro de la familia como propiedad de esta y, segundo, siempre el niño sometido a la volun-

⁶ González Contró, Mónica, Mauricio Padrón Innamorato et al., op. cit., p. 4.

⁷ Morineau Iduarte, Marta, Román Iglesias González, Derecho Romano, Editorial Harla, México, 3a ed., 1993, p. 61.

⁸ *Ibid.*, p. 62.

tad del pater familias y, como consecuencia, una total ausencia de derechos.

Es necesario hacer una mención de obligada observancia, según se ha referido, “los primeros escritos en los que se menciona a la infancia fueron dedicados a la educación”.⁹ Es por esta razón que a través de estos se pueden entender los destinos diversos por los cuales era encaminado el niño; es menester entonces, detenernos un poco en esta parte de la historia para poder comprender cómo la sociedad y la familia divisaban el futuro del niño.

Uno de los mayores referentes se encuentra en Grecia antigua y clásica, según se refiere, los niños y las niñas se encontraban bajo el cuidado de la madre; en esta etapa desarrollaban su pensamiento bajo canciones e historias, todas estas inspiradas en la mitología griega. En Grecia las niñas aprendían junto con otras mujeres el arte de los trabajos domésticos, mientras que los niños recibían una educación inspirada en virtudes. En Esparta encontramos que “la educación de los niños era asumida por la ciudad desde los siete años. Bajo la dirección de los “paidónomos”, eran sometidos a un verdadero adiestramiento que tenía por finalidad inculcarles virtudes cívicas y militares. A los 16 años, el joven ya podía hablar en las asambleas, y pasaba por una serie de pruebas de iniciación hasta los 20, de estas la más terrible era la krupteía, “obligación de llevar durante un tiempo una vida clandestina y matar por la noche a un ilota”.¹⁰ Se puede observar con claridad que la instrucción escolar fue encaminada a lograr transformar al niño en un hombre adulto y a la niña, en madre. Prácticamente, no existía una condición propia del niño como a la fecha se conoce, es decir, con características y cualidades propias.

⁹ González Contró, Mónica, Mauricio Padrón Innamorato et al., op. cit, p. 6.

¹⁰ Véase: Grossman, Eloísa, La adolescencia cruzando los siglos. En línea: <http://ral-adolec.bvs.br/pdf/ral/v1n2/p03v01n2.pdf> [Consulta: 14 de enero de 2021].

Ahora bien, como lo refiere Petrie, “los hijos de los esclavos, tanto los de servidumbre como los personales, carecían de derechos, porque legalmente no eran más que muebles”.¹¹ Por lo tanto, la vida y desarrollo de los niños que se conoce en esta etapa únicamente representa a una parte de aquellos niños que por una condición de familia logró incursionar en la historia. Sin embargo, deja de lado a una pluralidad de niños y niñas esclavos.

En Roma la situación no cambió mucho, pues la educación caminaba en el mismo sentido de transformar al niño en un hombre adulto. En el Imperio romano, a los 12 años los destinos de los niños y niñas se separaban, así como el de los ricos y pobres: los romanos de 12 años de buena familia dejaban el nivel elemental de enseñanza; y bajo los cuidados de un gramático [...] estudiaban a los autores clásicos y la mitología [...]. A los 14 dejaban los rasgos infantiles, teniendo derecho a todo lo que quisieran. A los 16 o 17 podían optar por una carrera pública o entrar en el ejército. No existía mayoría de edad legal, no había tampoco menores, y si impúberes que dejaban de serlo cuando podían afeitarse su primer bigote y tomar vestimentas de hombre.¹²

Para el caso de las niñas, “a los 12 años se consideraban como de edad núbil, consumándose el casamiento como máximo a los 14 años en que ya se consideraban adultas”¹³, al igual que en Grecia, a la niña romana se le enseñaba a ser madre, sin ninguna aspiración, más que concebir y casarse. Ante lo anterior, se menciona que la categoría de niño, como tal, no existía, y esta pasaba inadvertida debido a que la sociedad romana necesitaba adultos que se integrarían a las cuestiones bélicas. Los niños nacían para convertirse en parte productiva de la ciudad a corta edad, transformados en hombres adultos y las niñas nacían para convertirse en futuras madres.

¹¹ Citado por González Contró, Mónica, Mauricio Padrón Innamorato et al., op. cit., p. 7.

¹² Grossman, Eloísa, op.cit., p. 69.

¹³ *Ibíd.*

Dentro del transcurso de la Antigüedad (trasladado también hacia la Edad Media), “la mortandad infantil fue muy elevada: enfermedades, mala alimentación, atención y trato inadecuados y por accidentes (descuidados). Por eso, el niño de pecho era relativamente poco valorado y solo adquirirían valor los niños que habían superado los 4-5 o incluso 6 años”.¹⁴ La etapa de la niñez, por lo menos, en esta parte de la historia va encaminada a borrarla de un pincelazo.

A lo largo del siglo II, comienza a cambiar la percepción sobre el niño. Se difunde una nueva moral sobre el sexo y las prácticas sexuales en esta etapa de la historia, mismas que impactaban más a los niños, ya que “el sexo como tal se consideraba un pecado y un placer. Los médicos indicaban [...] agotar en los jóvenes la energía venérea. Así mismo, se debía evitar la masturbación ya que esta favorecía una madurez sexual precoz y por lo tanto imperfecta”.¹⁵ Es preciso traer a colación que a lo largo de esta etapa (misma que se extiende hasta los siglos XV y XVII), por lo menos en sus inicios, se hacía invisible un desarrollo psicosexual plenamente del niño, en razón de que se limitaba no solo a que él explorara su cuerpo como tal, sino que el tópico de la sexualidad y el niño, era un tema tabú dentro de este pasaje histórico, mismo que se postergó considerablemente durante siglos.

Continuando con el siglo II y recorriendo hasta el siglo V, se reconoce una etapa religiosa muy plenamente marcada “con la expansión del cristianismo [...] los principios de la religión comienzan a ser reconocidos [...]. El espíritu cristiano obliga a practicar las obras de misericordia que derivan del principio de piedad”.¹⁶

Esto da como corolario que se extienda por parte de la Iglesia cris-

¹⁴ Véase: Enesco Ileana, El concepto de la infancia a lo largo de la historia. En línea: http://pendientemigracion.ucm.es/info/psicoevo/Profes/IleanaEnesco/Desarrollo/La_infancia_en_la_historia.pdf [Consulta: 15 de enero de 2021].

¹⁵ Grossman, Eloísa, op.cit., p. 69.

¹⁶ González Contró, Mónica, Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, p. 25.

tiana, no solo la ayuda espiritual como tal, sino una misión encomendada con base en las enseñanzas de Jesús, uno de los cambios se cree que "fue el de elevar a la niñez a una condición igual a la del hombre, su declaración: De los tales es el reino de los cielos, fue el golpe maestro con que refutó para siempre la opinión [...] respecto de los niños".¹⁷

Con la nueva doctrina implementada por el cristianismo, comienza la visión de que los hijos son un don otorgado por Dios a los padres, y que estos tienen el deber de cuidarlos y protegerlos. Sin embargo, como bien lo ha puntualizado Richard y Lyman, "los padres de la Iglesia, partiendo de ciertas ideas de los pensadores clásicos, fomentan la compasión por los niños afirman que tienen alma, son importantes para Dios, son educables, no se les debe dejar matar, lesionar ni abandonar son muy útiles para la propia imagen de los padres. Esto no quiere decir que la situación de los niños mejorara automáticamente [sic]".¹⁸

Es por esta razón fundamental que la Iglesia y sus ministros comienzan a fomentar la misericordia en la infancia, inclusive en las mujeres viudas, sin embargo, también lo refiere González Contró: "las recomendaciones de los doctores de la fe en este sentido tardaron mucho tiempo en llevarse a la práctica".¹⁹ Es preciso señalar el hecho de que la falta de ejercicio de estas prácticas se debe, en mayor medida, a que la sociedad de ese tiempo se encuentra subsumida en la incredulidad; no hay que olvidar que por épocas, esas comunidades estuvieron dominadas no solo por los grandes imperios, sino por una religión politeísta, por lo cual las manifestaciones antagónicas del cristianismo tardarían en consolidarse en las sociedades antiguas e inclusive medievales.

Asimismo, se menciona que "[...] por influjo de la religión cristiana, el

¹⁷ Fletcher John y Alfonso Roper, *Historia General del Cristianismo, del siglo I al siglo XXI*, Editorial Clie, España, 2008, p. 38. [Colección Historia].

¹⁸ Citado por Suárez Sandomingo, José Manuel, *Historia de los Derechos de la Infancia*. En línea: <http://www.apega.org/attachments/article/277/historiaderechosdeinfancia.pdf>, [Consulta: 17 de enero de 2021].

¹⁹ González Contró, Mónica, *op. cit.*, p. 25.

hecho de dar muerte a los hijos empezó a ser considerado como un asesinato por las leyes romanas [sic] cara en el 374 d. C.”.²⁰

No se conoce a ciencia cierta, si lo anterior fue por una protección para el niño o por la condenación del alma de los padres que cometían infanticidio.

Recorriendo del siglo VI hasta el siglo X, el niño continúa sin adquirir una categoría específica. Las incursiones del cristianismo mejoran parcialmente su situación, sin embargo, como se hacía mención en líneas anteriores, lo anterior queda en duda si es por sus características o cualidades propias de niño o porque los padres eran temerosos de que su alma se viera condenada. Al igual que en la Antigüedad, los índices de mortandad se incrementaron considerablemente debido a las guerras, enfermedades (pestes), mala alimentación, entre otras cuestiones, lo cual deriva en que la población de esta etapa de la historia disminuyera abruptamente. Según refiere Mónica González Contró:

La esperanza de vida era tan solo 30 años, por lo que se favorecía la procreación y se valoraba a la mujer por su fuerza reproductora. Por ejemplo, la pena por asesinato se elevaba si la víctima era una mujer en edad de concebir, además de que en la guerra el niño y la mujer eran un botín muypreciado.²¹

El reconocimiento de los derechos del niño y de la mujer en esta parte de la historia se consideran nulos, debido a que a estos no les eran reconocidos ningún derecho, seguían siendo supeditados los niños (también las mujeres) a una fuerza externa que ejercía sobre ellos un poder de domino. Es importante manifestar que del niño, la niña y la mujer, únicamente se aprovechaba el servicio que estos pudieran ofrecer (entendiendo por servicio su mano de obra y su

²⁰ Suárez Sandomingo, José Manuel, op.cit., p. 2.

²¹ González Contró, Mónica, op. cit., pp. 26-27.

función reproductiva, entre otros). Por lo cual, dentro de esta etapa histórica se ve latente el desprecio a su dignidad como seres humanos. Es pertinente, entonces, señalar lo que Abad Bérulle escribía en el siglo XVII: "No hay peor estado, más vil y abyecto, después de la muerte, que la infancia".²²

El historiador francés Lee Golf elaboró una tabla de marginación que imperaba en la Edad Media, que recoge la diversidad de categorías del porqué un ser humano era excluido de una comunidad. Para el caso del "niño", se consideraba dentro de la condición de los "despreciados", compartía lugar con los pobres, los viejos, las mujeres, los bastardos, entre otros.²³ No es extraño lo anterior, si al niño no se le reconoce ningún derecho, obviamente estaría exento de ser parte integrante de una sociedad, atribuyéndose al niño la categoría de ser una carga para la comunidad y para la familia, en razón de que, si este no aportaba nada a la familia, menos lo haría para la comunidad.

Ahora bien, dentro de la sociedad medieval "el sentimiento de infancia no existía, no había conciencia de la particularidad infantil, distinguible entre el niño recién nacido y el adulto. La idea de infancia estaba ligada a la de dependencia"²⁴, es decir, no se observa una preocupación por el niño. En el tema de la educación que se impartía en esta etapa histórica se puede apreciar muy bien que esta no iba particularizada al niño, en relación con sus cualidades y características propias, sino que se impartía como si el niño, tuviese forzosamente que entenderla y comprenderla. Prueba de lo anterior es que la mayoría de las enseñanzas que se impartía de contenido religioso se expresaban en latín, mismas que se extendieron considerablemente por siglos.

En esta etapa del desarrollo de la humanidad, por lo que toca a los niños, se acostumbraba que sus padres los ofrecieran a los monjes

²² Citado por Enesco Ileana, op.cit., p. 3

²³ Confr. Suárez Sandomingo, José Manuel, op.cit., p. 7.

²⁴ Grossman, Eloísa, op.cit., p. 70.

con dos propósitos que se consideran fundamentales: “para que se los educasen y se los restituyesen después y, otro, para que les iniciasen en la vocación religiosa como oblatos”.²⁵ Se ha mencionado inclusive que la vocación religiosa por parte del niño era una imposición del cual este no podía rehusarse, según se dice, esta práctica recorrió hasta avanzado el siglo XII. En este periodo, la voluntad del niño para profesar y acogerse a una religión se encontraba subsumida a la voluntad de los padres que lo obligaban a profesarla, situación que se alarga al siglo XXI.

Con la incursión de la Iglesia cristiana y sus prácticas religiosas, todas devenidas de las enseñanzas de Jesús y sus profetas, se fomentó la asistencia social que otorgó la Iglesia a través de los concilios. “En ellos se procuraba dar forma a las necesidades de protección de los desamparados y los pobres, con especial atención a los niños”.²⁶ La intención particular de estos concilios iba encaminada a acoger dentro de sus paredes no solo a niños de manera específica, sino a los pobres, enfermos, mujeres viudas, entre otros. En sus orígenes los concilios atendían a cualquier persona que acudiera a estos, sin embargo, con el devenir de los años, se marcó la tendencia de la especialidad en la causa, para el caso muy en particular de los niños. Estos Concilios evolucionaron a los “orfanatropios”, mismos que fueron destinados para los huérfanos.

Durante el siglo XI y hasta el siglo XIV, la educación continuó brindándose en los monasterios, estos eran los encargados de ofrecer no solo la ayuda espiritual a los evangelizados, sino también una encomienda de conversión a los infieles. Para el caso de los niños que sus padres así lo decidían, continuaba la formación de estos dentro del claustro.

²⁵ Suárez Sandomingo, José Manuel, op.cit., p. 8.

²⁶ *Ibid.*

Dentro de estas épocas, era importante mantener la seguridad de las tierras y de la familia en sí misma; lo anterior dio como consecuencia que las familias fueran muy extensas, precisamente con la encomienda de cuidar los bienes familiares, dentro de esta etapa histórica se valora en demasía que el padre tuviere muchos hijos.

El niño crecería para convertirse en un hombre adulto que ayudaría a proteger las tierras y también las trabajaría; la niña, por su parte, crecería para casarse, así el esposo y los hijos de ambos pasarían a integrarse a la familia con el objeto de aportar a esta y extenderla aún más. La consecuencia fue que los hijos varones se valoraran más sobre las mujeres, en razón de que son estos, junto con los otros miembros de la familia (hombres), los que protegerían los territorios de aquellos que pretendieran apoderárselos, además de que se valora la figura del niño (masculino), en gnosis de que es este y no otro el que acarrearía la continuidad de la estirpe.

La encomienda de la mujer en esta etapa de la historia fue la de concebir, se alude que a tal grado se manifestó "esta tendencia a la expansión de la familia que era causa de que en muchos castillos feudales existiera un espacio para que las nodrizas descargaran la madre de la labor de la lactancia, de manera que esta pudiera quedar en cinta lo antes posible [sic]".²⁷ Una mención especial merece el tema de las "nodrizas" en esta etapa histórica. El tópico de las nodrizas o niñeras adquiere una gran relevancia, preciso citar que la nodriza no podía ser cualquier mujer, sino que tenía que cubrir también ciertos requisitos, además de ser aceptada por el padre de familia, en cognición de que en ese tiempo se consideraba que "mediante la leche podían transmitir al bebe algunas características del temperamento".²⁸

²⁷ González Contró, Mónica, op. cit., p. 29.

²⁸ *Ibid.*

Asimismo, se hace alusión que existió una diversidad de prácticas de crianza, por ejemplo, refiere McLaughlin “el fajamiento como práctica de crianza, con el fin de evitar deformaciones en los miembros; así como para conservar el calor corporal”.²⁹

Muchas han sido las creencias por las cuales los niños y las niñas han padecido, no pasan desapercibidas las prácticas de crianza específicas para niñas como la denominada “pies de loto”, que se extendió inclusive hasta el siglo XX,³⁰ o la mutilación genital femenina, misma que a la fecha continúa en países como la India.

En España, por ejemplo, se crea la figura del “padre de huérfanos” por Pedro IV, cuya misión en lo particular era “proteger y reprimir a los niños abandonados. Para realizar esta doble función, debía visitar cada semana los lugares públicos y detener a los huérfanos, vagabundos y gente de mal vivir y llevarlos a una casa común para que aprendieran algún oficio o juzgar a los menores que habían cometido un hecho delictivo”.³¹ Es cabal señalar el hecho de que en estas épocas la pobreza se arrecia dentro de muchos sectores de la población, lo cual dio como consecuencia “la práctica de incorporar el niño al trabajo desde los 5 años (hasta el siglo XIV, muchas niñas de familias pobres son entregadas como sirvientas a los 6 años).

El niño es en cierto modo un “esclavo del adulto”, pues los padres tienen la propiedad sobre él, pueden entregarlo, abandonarlo, venderlo. En el s. XII, la Iglesia decreta que no se puede vender a un hijo después de los 7 años. En Rusia no se prohíbe legalmente hasta el XIX”.³² La categoría propia de la infancia como se conoce al presente no corresponde a lo que imperaba en estas épocas, en razón de que el niño y la niña eran vistos como un “homúnculo” que debían aportar a la familia, la consecuencia es que las necesidades de estos, por lo menos en esta parte de la historia, sean relegadas

²⁹ Citado por González Contró, Mónica, op. cit., pp. 29-30.

³⁰ Confr. Amnistía Internacional, La infancia maltratada. Las grandes agresiones contra la dignidad y la integridad de menores. En línea: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/h-violen.html#mortific> [Consulta: 20 de enero de 2021].

³¹ González Contró, Mónica, op. cit., p. 30.

³² Unesco Ileana, op.cit., p. 3

a un cuarto o quinto plano. Se puede comentar el hecho de que al niño no se le escuchaba y lo que menos importaba era lo que pensara este, dado que el niño tenía la obligación de ayudar a la familia.

Continuando con el siglo XV y recorriendo hasta el siglo XVI, se prolongan las prácticas del abandono de niños. Durante el siglo XIV y gran parte al siglo XV, se refiere que existió una gran crisis económica extremadamente severa, misma que orilló a muchas familias no solo a abandonar a sus hijos, sino que produjo la desintegración familiar en razón de que el padre se ausentaba del hogar para trabajar.

En esta etapa histórica continúan las misiones de los hospicios, donde los niños no podían quedarse para siempre, razón por la cual dentro de los hospicios les era enseñado un oficio. Algunos niños eran colocados en hogares, donde eran cuidados, sin embargo, los niños a la edad en que podían trabajar ayudaban en la casa (donde fueron encomendados) para pagar por este cuidado que se les había ofrecido; las niñas trabajaban como sirvientas y los niños, en el campo.

Si en esta parte de la historia la vida para los niños en situación de familia era difícil, la vida de un niño de hospicio lo era aún más debido al "estigma social que pesaba sobre los niños de los hospicios se observa en hechos tales como su dificultad para conseguir marido, en el caso de las jóvenes, o en las continuas fugas de los talleres, en el caso de los jóvenes".³³

Es necesario hacer evocación que en de este siglo, en particular, aumentan las prácticas de la mendicidad con el acompañamiento de niños, debido a que la práctica de la limosna por parte del niño estaba tolerada por el Estado, lo cual era aprovechado por los adultos que explotaban a los menores. Esto trajo como consecuencia,

³³ Suárez Sandomingo, José Manuel, op.cit, p. 9.

una vez más, el menosprecio del adulto hacia el niño por el solo hecho de serlo.

Ya en el siglo XVII, comienza la reestructuración de la sociedad derivada de la caída de la jerarquía social medieval que se encontraba en decadencia desde años atrás. Se inician nuevas posturas sobre la moralidad y el niño, su resultado fue que, a lo largo de este siglo, e incluso en los siglos XIX y XX, se pretendiera su protección alejándolos de las tentaciones sexuales, de esta manera, a la infancia se le catalogó con una característica de fragilidad, y surgió el sentimiento de responsabilidad moral por parte del Estado hacia estos.

Dentro de esta etapa histórica, la concepción de los niños que son abandonados va encaminada a convertirlos en parte productiva para el Estado. Lo anterior se puede ver muy bien plasmado durante el reinado de Felipe IV donde se establece que los niños expósitos deberán de integrarse a la armada, en su carácter de marinero o artillero.

Los siglos XVII y XVIII marcan el camino de cambio para las prácticas educativas en los niños, lo que causó el valor de la educación como un medio de crítica hacia aquellos que imponían prácticas durísimas para los niños. La Iglesia y el Estado asumen la carga del sistema educativo, mismo que iba encaminado no solo a una enseñanza-aprendizaje, sino al establecimiento de reglas y disciplina. Se reconoce, por lo menos en este siglo, que es necesario “encontrar un justo medio entre la disciplina y la conservación de la viveza del niño, se recomienda el juego como instrumento de enseñanza, la formación de hábitos, el trato al niño como criatura racional”.³⁴

Durante este siglo en particular, comienza una nueva etapa de (re) estructuración en la sociedad, devenida de la Ilustración, propiamente dicha, lo que provocó que se propagara al siglo XVIII una

³⁴ González Contró, Mónica, Mauricio Padrón Innamorato et al., op. cit., p. 9.

nueva conceptualización de lo que significa la niñez en sí misma gracias a los grandes pensadores de la época. Es pertinente destacar las ideas de Rousseau a través de su obra Emilio de 1762, misma que lleva a cabo la puntualización de que la infancia es parte importante no solo para el desarrollo de la persona, sino que esta es la parte más esencial de la misma naturaleza. Así lo deja ver cuando escribe “Hay quien se queja del estado de la infancia, y no se da cuenta de que la raza humana habría perecido si el hombre no hubiese empezado siendo un niño”.³⁵ El cambio en la mentalidad de la infancia no fue una categoría rápidamente aceptada, lo que en parte es entendible cuando de tantos siglos atrás la figura del niño había sido relegada a su no entendimiento.

El mismo Rousseau dejó clara la postura anterior: “Apenas el niño ha salido del vientre de su madre, y apenas disfruta de la facultad de mover y extender sus miembros, cuando se le ponen nuevas ligaduras”.³⁶ Es necesario señalar que la obra el Emilio fue aceptada dentro de la alta sociedad francesa de forma rápida, sin embargo, lo anterior quedó relegado de la sociedad media y baja.

Esta etapa se “podría considerar como el siglo del triunfo de la institución educativa y como consecuencia, la infancia queda definitivamente separada de los adultos”.³⁷ La institución educativa logró consolidar a la infancia, así mismo, en este siglo el niño adquiere una importancia singular dentro de la familia, tal como lo señala Philippe Aries:

El niño conquista un lugar junto a sus padres, deja de confiarse a personas extrañas y se convierte en un elemento indispensable de la vida cotidiana, todos se preocupan de su educación [...], de su porvenir [...], aunque todavía no es el eje de todo el sistema.³⁸

³⁵ Rousseau, Jean Jacques, Emilio o la Educación, p. 7. En línea: <http://peuma.e.p.f.unblog.fr/files/2012/06/Emilio-ROUSSEAU.pdf> [Consulta: 27 de enero de 2021].

³⁶ Rousseau, Jean Jacques, op. cit., p. 8.

³⁷ González Contró, Mónica, Mauricio Padrón Innamorato et al., op. cit., p. 9.

Dentro de este siglo, se vieron modificadas algunas prácticas de crianza debido a una pluralidad de ideas que permearon dentro de las sociedades de estas épocas, para el caso en particular “una recomendación importante fue la lactancia materna para estimular la creación de vínculos afectivos”.³⁹ Sin embargo, continuaron las prácticas de fajamiento de niñas, mismas que permanecen en los siglos XIX y XX.

Encaminándonos al siglo XVIII, e inclusive el XIX, se pondera una distinción entre los hijos de los pobres y los hijos de los ricos, (tendencia que me atrevería a puntualizar que es fundamental para la construcción de la Doctrina de la Situación Irregular, que se comentará más adelante). Los hijos de los pobres fueron vistos como desiguales, en contraposición con los hijos de los ricos, como bien lo afirma Hugh Cunningham:

La infancia de los pobres en el siglo XVII, y más aún en el siglo XVIII, fue percibida como un tiempo de adaptación a los hábitos de trabajo. Incluía cierta escolaridad pero esta estaba supeditada a la función de preparar al niño para su predestinada vida de futuro. Más aún, era asumido que los hijos de los pobres constituían un valor económico para sus padres.⁴⁰

La distinción entre el “pobre” y el “rico” incide directamente en la forma en la cual estos son vistos para la sociedad, ello debido a que los primeros eran percibidos como “una amenaza para el futuro de la raza si no se hacía algo por ellos”.⁴¹ Estas ideas caminan hacia el siglo XIX en la concepción de los niños en situación irregular, mejor denominados en algunos momentos como menores infractores. Si bien es cierto que en el siglo XIX los enfoques diferenciados entre “pobres” y “ricos” se ven difuminados, se trasladan a la Doctrina de

³⁸ Citado por González Contró, Mónica, op. cit., p. 36.

³⁹ *Ibid.*, p. 37.

⁴⁰ Cunningham, Hugh, Los hijos de los pobres. La imagen de la infancia desde el siglo XVII, p. 2. En línea: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Los_hijos_de_los_pobres.pdf [Consulta: 19 de febrero de 2021].

⁴¹ *Ibid.*, p. 3.

la Situación Irregular (en adelante, DSI). Los pobres, los marginados, los niños abandonados, los niños en situación de calle, entre otros, adquieren una categoría impuesta para el siglo XIX de menores en situación irregular.

Como lo ha puntualizado Mónica González Contró:

A principios del siglo XIX coexisten dos actitudes opuestas respecto de la infancia: la de quienes creían que el niño era por naturaleza malo y había que doblegar su voluntad por medio del sufrimiento, y la de quienes pensaban (como los seguidores de Rousseau) que el niño nacía bueno con capacidades que había que desarrollar.⁴²

Si bien existe una consideración a la infancia, esta es visualizada de manera dispar, lo cual da como consecuencia que dentro de la niñez exista una subcultura señalada por la misma sociedad y que años más tarde se convertiría en lo que se conoció como los menores en situación irregular.

Cierto es que, a lo largo de las páginas de la historia, por las cuales ha atravesado el niño, se ve latente el menoscabo no solo de su dignidad como persona, sino una vulneración total y absoluta a sus derechos. En primera instancia, el niño a lo largo del recorrido histórico no adquiere ningún derecho solo por ser "persona", esto deriva en que sea un "ente" que se encuentra en las sombras dentro de la sociedad y de la misma familia, en el mejor de los casos.

Preciso resaltar que no adquiere una condición como tal, debido a su limitada capacidad (así considerada) no solo física, sino intelectual. En segunda instancia, la infancia, para la humanidad, ha sido invisible, dado que esta no se considera como una categoría a la

⁴² González Contró, Mónica, op. cit., p. 44.

cual tenga que reconocérsele algún derecho, es más, a tal grado es la vulneración de derechos para la infancia, que ni a la familia ni a la sociedad les importaba qué sucedía con ellos, como lo ha afirmado el mismo autor Lloyd de Mause: “cuanto más retrocedemos en la historia más bajo es el nivel de atención al niño y más probablemente hallaremos niños asesinados, abandonados, golpeados, aterrorizados y abusados sexualmente”.⁴³ Y, por último, al mismo Estado, de manera específica, la situación del niño era una condición que no ameritaba un tratamiento especial.

La condición de la infancia se apertura en el siglo XVIII, sin embargo, el cambio en el entendimiento de la niñez no fue de un momento a otro, como bien ha quedado registrado en las planas de la historia. Prueba de lo anterior es el tratamiento cultural que a la fecha miles de niñas sufren, a pesar de contar hoy en día con instrumentos internacionales y mecanismos específicos para la infancia, —cómo olvidar los casos particulares de las ecografías o la brutal mutilación genital femenina—. No menos cierto es que se avanza en el entendimiento del niño y la niña, se camina en el reconocimiento de sus derechos y la protección a estos, sin embargo, hoy los esfuerzos por la protección más amplia a sus derechos continúa siendo el gran reto de los Estados en pleno siglo XXI, lo cual desencadena que necesariamente tengan que ser creados novedosos sistemas de protección específicamente para los niños y las niñas, lo anterior devenido de la afirmación de que la humanidad, la familia y, en general todos, tengan la obligación “de proporcionar al niño una protección especial”.⁴⁴

⁴³ Citado por Cunningham, Hugh, op. cit., p. 1.

⁴⁴ Véase: Convención de los Derechos del Niño, “Preámbulo”. En línea: http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Discapacidad/Conv_DNi%C3%B1o.pdf [Consulta: 21 de febrero de 2021].

2. De la Doctrina de la Situación Irregular (DSI)

Un menor asaltó a un niño.
Expresión popular en el Brasil.

La DSI imperó entre los siglos XIX y XX, hasta la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN o Convención) en 1989 por Naciones Unidas, momento considerado como coyuntural dentro del reconocimiento de los derechos de la infancia. La DSI encuentra al presente estudios exhaustivos sobre las manifestaciones que esta pondera; sin embargo, las implicaciones que se desarrollarán en este apartado se acotarán a las expresiones jurídicas que este modelo, tolerado por el Estado y la sociedad, impuso sobre los menores.

2.1 La Doctrina de la Situación Irregular: lo que nunca debió haberse permitido

Doctrina cuya concepción sobre la infancia iba encaminada a distinguir dos especificidades aparentemente disimiles: el niño y la niña, y el menor.⁴⁵ Lo anterior para este estudio es importante, pues el tratamiento que se le da al “niño” va encaminado a que este pertenecía a una familia, que acudía a la escuela, que tenía un nivel de vida adecuado, cualidades y características de “ser un buen niño” (lo socialmente aceptado), en contraposición con lo que el “menor” significaba, aquel que no tenía una familia, que no acudía a la escuela, con una nula higiene, aquel que fue abandonado por sus padres, aquel que no tenía valores morales ni éticos, aquel que se encontraban en situación de calle, es decir, todos aquellos (niños) que se encontraban alejados de lo que socialmente era admitido.

Lo señalado en líneas superiores fue un pensamiento decimonónico, donde el etiquetamiento del “menor” por sus condiciones (cualidades) particulares, recorrieron gran parte de los siglos XIX, XX y por qué no referirlo también al XXI, donde, hasta la fecha, se encuentra la estigmatización del niño y la niña (solo por el hecho de serlo) mediante lo que la comunidad internacional ha denominado: prácticas culturales nefastas. Ejemplo de lo anterior es el caso de los menores acusados de brujería en África.⁴⁶

⁴⁵ Importante mencionar que en esta doctrina, existían estas dos subdivisiones.

⁴⁶ Para mayor ampliar el tema, confr. Misiones Salesianas, “Menores acusados de brujería en la región de la Kara (Togo)”, en Informe de los Menores acusados de brujería en la región de la Kara (Togo). ONG Don Bosco Togo, 2014.

Puede entonces señalarse lo que Annie Herrera Zamora ha expresado: “bajo esta concepción se estigmatizaba de manera negativa las situaciones estructurales en las que vivían y de las que eran víctimas, razón por la cual, se consideraba a los menores como delincuentes en potencia que tenían que ser tutelados por las autoridades”.⁴⁷

Cierto es que el señalamiento permisible que realiza el Estado y la sociedad sobre el menor va encaminado sobre sus cualidades y especificidades personales, dando como corolario que cualquier menor pudiera ser imputado en situación irregular bajo un etiquetamiento no solo social sino institucional. Por lo tanto, es preciso traer a colación lo que el mismo Emilio García Méndez ha puntualizado: “En pocas palabras, esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre niños y adolescentes en situación de dificultad”.⁴⁸

Necesario es evocar el contenido de la DSI con la única intención de llegar a especificar el entendimiento del menor para esta doctrina, asimismo, detallar las implicaciones jurídicas que esta trae aparejada para el tópico de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Siempre se ha manifestado, por lo menos desde los grandes teóricos de la infancia, que el estudio de los derechos del niño encuentra -a la fecha- un momento coyuntural que los hace únicos; este tiempo, en específico, halla vigencia con el nacimiento de la CDN en 1989. Por lo tanto, se puede mencionar que existe un momento histórico teórico-jurídico antes de la Convención y otro instante después de la CDN. Lo anterior, para el estudio de la DSI, no es menos importante, debido a que su momento histórico y teórico-jurídico se encontró cargado de una visión contextual propia, en contraposición con la perspectiva particular de la cual estará soportada la DPI.

⁴⁷ Herrera Zamora, Annie, El impacto de la Doctrina de la Protección Integral (DPI) de los derechos de la infancia en los derechos económicos sociales y culturales (DESC) de la infancia en el DF. Facultad Latinoamericana en Ciencias Sociales. México. 2011, p. 10. [Tesis de Maestría].

⁴⁸ García Méndez, Emilio, Infancia y Adolescencia: de los derechos y de la justicia, UNICEF, México, 2001, p. 23.

En primera instancia, una de las consideraciones específicas por la cual la DSI es conocida, versa sobre que el “menor” es considerado como objeto de protección por parte del Estado, esto deriva en que el menor tenga que ser tutelado. Lo anterior se considera la idea central de la DSI. Sin embargo, para este estudio en particular, es preciso comprender la totalidad de las especificidades que esta doctrina ponderó. Lo precedente obliga al entendimiento de la DSI como una antesala del porqué surge la Doctrina Protección de la Infancia (DPI) y el interés que germina en el tema de los derechos de los niños y las niñas después de 1989 por parte de los Estados signatarios de la CDN.

Dentro de la DSI, se realiza una diferenciación de la infancia, como consecuencia existían: niños y niñas, y los menores. Para el caso en particular de la DSI, son a estos últimos en quienes esta doctrina encamina su actuar. Para la DSI, el menor era entendido como aquel que por encontrarse en situación de abandono, de calle, de extrema pobreza, entre otros adjetivos, era necesaria la intervención del Estado, con la única finalidad de protegerles, tanto de ellos mismos como de resguardar al medio en el cual estos se desenvolvían.

Lo anterior dio como consecuencia que la DSI estuviera cargada de aspectos positivistas donde al menor por una determinada característica particular (autor), ajena al acto que este pudiera cometer, era ya de antemano catalogado por el Estado y por la misma sociedad como un menor en estado irregular. Es pertinente hacer la mención que el “estado irregular” en el cual el menor se encontraba iba encaminado a lo que socialmente no era aceptado; el resultado era que esa irregularidad se equiparara a la “anormalidad social” en la cual el menor se encontraba.

Al menor se le consideraba como un “incapaz”, incapacidad dirigida a que este, por su situación de irregularidad, no comprendía, no entendía, ni mucho menos fuese responsable de las acciones que este cometía, debido a que su “anormalidad”, estaba soportada por el Estado. Como lo ha señalado Antonio Carlos Gomes da Costa, “una definición basada en lo que no saben, no tienen o no son capaces”.⁴⁹ Con esto, se le privaba de ser un sujeto de derechos y obligaciones.

La violación de los derechos del menor se ve específicamente palpable al no reconocerlo como sujeto de derechos, el menor carecía de la posibilidad de responder en juicio (bajo garantías de debido proceso) de la acusación formulada en su contra, al considerarlo de antemano como un “incapaz” que no respondía por su actuar. Es por esta razón que la idea central de la DSI va dirigida a ser objeto de protección, y no a ser considerado como sujeto de derechos.

Al ser objetos de protección por parte del Estado, estos se encontraban bajo la figura de una tutela, impuesta por el Estado y las instituciones que para tal efecto fueron creadas; así surgieron los tutelares para menores, instituciones materializadas por el Estado para todos aquellos menores en situación de irregular.

De lo que se ha comentado hasta este momento sobre la DSI, se puede esquematizar la siguiente tabla que pretende dejar más claras las posiciones que hasta ahora se han abordado de esta doctrina:

Hasta este punto, lo anterior se considera como el cimiento que da soporte a la DSI, sin embargo, para el tópic de los menores en situación irregular que se encontraban en conflicto con la justicia, es preciso mencionar ciertas especificidades con la única finalidad de

⁴⁹ Citado por Beloff, Mary, “Protección Integral de los derechos de niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”. Justicia y Derechos del Niño, 1 (1999). p. 13.

Tabla 1. De las características de la DSI

Características de la DSI	Comentario
Infancia diferenciada	Dentro de esta doctrina, la infancia se divide en dos grupos: el niño y la niña, y el menor. Esta doctrina, en particular, va dirigida únicamente a los menores en estado irregular.
Definición de menor	Se define al menor como aquel que, por encontrarse en situación de abandono, de calle, de extrema pobreza, entre otros adjetivos, era necesaria la intervención del Estado, con la única finalidad de protegerles, tanto de ellos mismos, como de proteger al medio en el cual estos se desenvolvían.
Siempre objeto de protección	Al considerar al menor como un incapaz, el Estado tiene que suplir mediante su actividad institucional las decisiones, la comprensión, el entendimiento del menor. Lo que deriva en que se le proteja de él mismo y se proteja al medio en el cual estos crecen y se desarrollan.
El menor un instrumento de criminalización	Esta doctrina versa sobre el etiquetamiento y la estigmatización que recaía sobre el menor; una visión orientada sobre aspectos positivistas (es decir, sobre cualidades y especificidades propias del menor), en la que destacan la pobreza, el abandono familiar, el menor en situación de calle, entre otros.
Tutelarismo (discrecional) del Estado	Al no examinar en los menores una capacidad sobre su acto, era necesario que el Estado los tutelara (protegerlos), por no ser reconocidos como personas plenas, a través de las instituciones creadas específicamente para los menores, en todo caso los denominados consejos tutelares.

Fuente: Elaboración propia

tener claridad en la forma en la cual la DSI ponderó el aspecto de los denominados menores infractores.

Hasta este punto, lo anterior se considera como el cimiento que da soporte a la DSI, sin embargo, para el tópic de los menores en situación irregular que se encontraban en conflicto con la justicia, es preciso mencionar ciertas especificidades con la única finalidad de tener claridad en la forma en la cual la DSI ponderó el aspecto de los denominados menores infractores.

Dentro de la categoría que encarece la DSI, sobre los menores (en estado irregular), se erigió dentro de esta lo que se conoce como la cualidad de menor infractor. Por lo tanto, es cabal puntualizar sobre esta concepción manifestada, con el objeto de percibir las formas y manifestaciones jurídicas que para estos se pregonaban. Lo anterior tiene como fin encaminar el tema de los adolescentes en conflicto con la ley penal en pleno siglo XXI.

Para la DSI, el menor "es un incapaz, desde el punto de vista jurídico, que normalmente y con el solo transcurso del tiempo devendrá a capaz, al desarrollarse y madurar como ser humano".⁵⁰ Como se mencionó en líneas ulteriores, una de las características particulares de la DSI es reconocer la incapacidad del menor, traducido en que este no comprendía, ni mucho menos, entendía el acto que realizaba.

El Estado solapó, no solo las faltas cometidas por los menores (en su momento), sino que este entendía que esas faltas eran cometidas por el proceso de adaptación social del menor, sin embargo, se convirtió rápidamente en un problema para el mismo Estado, no solo porque las faltas de los menores cada día se convertían en conductas más graves, sino porque el número de menores que realizaban dichas faltas aumentaba considerablemente.

Lo dicho anteriormente dio como consecuencia que el Estado, bajo

⁵⁰ Solís Quiroga, Héctor, Justicia de Menores, INACIPE, México, 1983, p. 9.

una política proteccionista (paternalismo), viera la imperiosa necesidad de proteger y cuidar al menor infractor, inclusive de su propia familia, mediante formas variadas de protección institucional. Lo precedente, por medio de la creación de consejos tutelares y de la figura de los jueces tutelares (estos vistos como un buen padre de familia).

Hay que mencionar que “la humanidad primeramente trató de modo igual a adultos y menores, luego se ocupó de crear lugares de internamiento para estos y más tarde creó los jueces o tribunales especializados para ellos mismos. Todavía ahora, 1983, existen jueces especiales con o sin procedimiento especial para menores”.⁵¹ La justicia para menores establecida dentro de la DSI se encaminó a cinco rubros particulares (por lo menos, en México y otros países, fue la constante):

1. Los actos descritos por las leyes penales;
2. Las faltas a los reglamentos de policía y buen gobierno;
3. Los actos no legislados pero que, dada las funciones tutelar y preventiva de la delincuencia, pueden considerarse significativos [...];
4. La solicitud de los padres, cuando consideran a sus hijos incorregibles [...];
- y, 5. La solicitud de los menores mismos, cuando carecen de familiares o están perdidos, o cuando su familia es notoriamente incompetente, porque los padres sean viciosos, delincuentes, explotadores.⁵²

Ahora bien, dentro de la DSI y la especificidad de los menores infractores, “se les aplicaban las mismas disposiciones penales que a los adultos, con algunas reglas o excepciones especiales consagradas en atención a su condición que tomaban en cuenta la inmadurez propia de su edad”.⁵³

El gran peso de la DSI, por lo que toca a los menores infractores, estuvo encaminado a que todo menor en estado irregular fuese considerado como un infractor, por lo que existió para los menores

⁵¹ Solís Quiroga, Héctor, op. cit., p. 126.

⁵² *Ibid.*, p. 146.

⁵³ Véase: Cortés, Julio, “A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente” *Justicia y Derechos del Niño*, 1 (1999). p. 65.

infractores un determinismo —muy específico— tanto por parte del Estado como de la misma sociedad.

El trámite tutelar dentro de la figura de los consejos tutelares y el procedimiento que se desarrollaba en estos violentaban todas y cada una de las garantías del menor, lo que originó que sus derechos dentro del procedimiento se vieran trastocados por no existir especificidades propias para los menores frente a la actividad jurisdiccional.

Al puntualizar la DSI, por un tutelarismo exacerbado a los menores infractores, se les consideraba como inimputables (solo por el hecho de adquirir una categoría específica de menor). Esto provocó que los menores infractores, de manera particular, no fueran acreedores a un sistema de responsabilidad penal bajo garantías y reglas específicas.

Para los menores infractores, se atribuía un derecho penal de autor, basado en los aspectos positivistas que pesaban sobre los menores. No escapa mencionar que, para el caso específico de los menores que se encontraban en conflicto con la ley penal, el tratamiento que se aplicaba para ellos era, por lo regular y en la mayoría de los casos, su restricción de la libertad dentro de los centros tutelares, aquí se les enseñaba no a reintegrarse a la sociedad y a su familia, sino que el tratamiento iba dirigido a convertir al menor infractor en un “buen niño”. Bajo la DSI, se traducía en la situación de medidas indeterminadas a las cuales un menor infractor estaba sujeto, por lo tanto, se dieron casos de menores infractores que pasaron su juventud y edad adulta en estos centros.

De lo que se ha comentado hasta esta parte, sobre la DSI para los menores infractores específicamente, se puede esquematizar la siguiente tabla que pretende dejar más claras las posiciones que se han abordado:

Tabla 2. Características de la DSI establecidas para el tópico de los menores infractores.

Características de la DSI para los menores infractores	Comentario
Menor en situación irregular considerado como menor infractor	No hay que olvidar que existe una etiqueta y estigmatización sobre el menor por sus características particulares (positivismo puro). De lo anterior, este menor se considera como un infractor.
Nulas garantías otorgadas	Al menor infractor, no se le otorgaban ninguna garantía dentro del procedimiento con el cual se le seguía, soportado por el tutelarismo que el Estado ejercía sobre este. Razón por la cual se le violentaba con un proceso penal bajo principios y reglas específicas.
Derecho Penal de Autor	Lo anterior deviene del aspecto positivista de que los menores soportaban por parte del Estado y de la sociedad.
La privación de libertad para los menores siempre en primera ratio	Dentro del sistema proteccionista que imperó del Estado hacia los menores, era proteger a los menores de ellos mismos, y así mismo proteger al medio al cual estos pertenecen, dando como consecuencia que la privación de la libertad tenga que ser considerada, en primera lugar, con el único fin de imponer al menor un tratamiento.

<p>Surge el término de "inimputabilidad"</p>	<p>Ello debido a que los menores no entienden, no comprenden, el acto realizado. De lo anterior se infiere que, al ser un inimputable, el proceso que se aplica para estos se limita en cuanto a las garantías que dentro de este se le deben ofrecer al menor, ello en razón de que este no entiende o no comprende el acto. De lo anterior se antepone que el Estado lo tolera y tutela.</p>
<p>Las medidas que se aplicaba para estos eran siempre indeterminadas</p>	<p>Las medidas que se imponían al menor violentaban sus garantías de debido proceso al quedar este en desconocimiento total de cuánto tiempo estaría sujeto a la tutela del Estado, además de desconocer el tratamiento específico que este debería seguir dentro del centro tutelar.</p>

Fuente: Elaboración propia

La tabla anterior bien puede redondear lo que en estas páginas se ha discutido. La DSI es un modelo que fue impuesto para los menores, así catalogados dentro de una infancia diferenciada, y que fue tolerado por el Estado, tanto así que este creó instituciones particulares únicamente para "atender" a una parte de esa infancia.

Sin embargo, el no entendimiento del mismo menor trajo como consecuencia que, a pesar de que se materializaba que la infancia era importante —por lo menos se comprendía esto—, el Estado deja de lado que la infancia es una totalidad (y que toda la niñez debe ser protegida), y comienza a segregar a una parte de esta, que por una particularidad —criminalización de la pobreza, familia, entre otros—, se encontraba en situación irregular.⁵⁴ Ciertamente es que el tópico de los menores infractores es un tema que nace en la DSI como una categoría específica. La política de Estado dentro del tiempo que aconteció la DSI fue un tutelarismo exacerbado, encaminado a sobreproteger —más allá de todo— al menor, dando como corolario que esta sobreprotección violentara sus derechos y garantías.

⁵⁴ La situación irregular iba encaminada a lo que socialmente no se aceptaba.

2.2 El tutelarismo de menores: el disfraz de derechos

Una particularidad muy importante que deviene del nacimiento de la DSI es la posición del Estado de proteger a toda costa a los menores infractores bajo un sistema de paternalismo exacerbado, en donde las instituciones estatales pretenden suplir las deficiencias del núcleo familiar y social. Lo anterior bajo el amparo de la figura de los centros tutelares y el tratamiento que se les brindaba a los menores dentro de estos. Esto permite postular el Estado como efigie, el retirar de las calles, del entorno social y de su familia, a todo aquel menor que llevara a cabo una conducta antisocial.

Es de establecerse que las prácticas normativas en materia de menores van de la mano con las posiciones teóricas que han permeado. Es indudable, y se repite como una constante en el devenir histórico no solo de América Latina, sino de México. Hablar sobre el menor infractor no ha sido una tarea fácil, dado que sus aristas son demasiado complejas. Sin embargo, la forma de su atención se ha concentrado en un rasgo muy específico: tutelarlos.

El tutelarismo de menores surge “como un modelo de control social de niños, niñas y adolescentes, sustentándose básicamente en el poder de coerción del Estado. La intervención del Estado parte del concepto de riesgo moral y material de niños, niñas y adolescentes cuando los consideraba un peligro para sí o para los demás”.⁵⁵ Es decir, la visualización del tutelarismo caminó sobre un eje de compasión, de lástima y de represión, que el menor infractor por

⁵⁵ Barrera Dávila, Soledad, De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral en el Perú. El caso de los hogares del INABIF. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2014, p. 19. [Tesis de Maestría].

su condición específica tenía que soportar. Esto es así, dado que todo el sistema giró entonces en ofrecer a este menor infractor una nueva vida dentro de los centros tutelares, una vida que tendría que transitar sobre la mira de convertir bajo tratamiento a este menor, en un “buen niño”.

Es innegable mencionar que el tratamiento que imperó dentro de las posturas del tutelarismo fue con el tiempo cuestionado, dado que, al establecer en el tutelarismo mecanismos específicos de procedimiento que alejaban a los menores infractores de todas sus garantías procesales, los convertía en presa fácil de todo un sistema.

Bajo el proteccionismo estatal, se aplica la fórmula de que el menor infractor no entendía, no quería y no comprendía la conducta que realizaba, por lo cual, el Estado y su sistema de protección, lo convierte de iure y de facto en objeto de protección y le arrebató el ser sujeto de derechos.

La posición de objeto de protección fue rápidamente absorbida dentro las normas jurídicas que permearon dentro de la mayoría de los países latinoamericanos e inclusive en México. Bajo estos postulados de protección, se escondía una cruda pero triste realidad que algunos penalistas del siglo XX, e incluso del XXI, comenzaron a observar, y que iba de la mano con el disfraz de derechos que los Estados llevaban a cabo con los menores infractores.

La misión de un sistema tutelar en realidad se observa como el no castigo al menor, sino tratarlo como si la conducta realizada hubiese sido llevada a cabo bajo una tolerancia de enfermedad, que el Estado tenía que alejar de ese menor a toda costa. Lo anterior con base en el tratamiento que se aplicaba para estos dentro de los centros tutelares.

Dentro del modelo tutelar existen características muy propias que son rescatadas de la DSI. En primera instancia, un modelo auspiciado bajo un tutelarismo es “asistencial”, deviene de las políticas que son encaminadas por parte del Estado.

Es de precisarse que lo anterior implicaba que "En caso de que se advirtiera la pertenencia del joven al grupo de los moralmente abandonados, se ordenaba su ingreso en un centro educativo de la asistencia pública".⁵⁶

Es de decirse que el asistencialismo deviene en sí mismo de un sistema, el cual acaece de una política social de protección que recae a toda costa sobre la persona del menor. Ahora bien, un sistema tutelar reconoce al menor infractor como un "inimputable" y, por lo tanto, la conducta exteriorizada por este menor no puede ser reprochada penalmente. La inimputabilidad en el menor correspondía a que este no comprendía el actuar que realizaba, por tanto, de entrada, al no querer la conducta, no entenderla y no desearla, el Estado restaba valor a la actividad desplegada por el menor y, por lo mismo, mantenía un discurso de irreprochabilidad penal.

Un modelo tutelar, al considerar que el menor infractor no es imputable, bajo el parámetro establecido de no entendimiento, pondera como cimiento esencial el amparo de que los menores infractores no cometen delitos, por lo tanto, al dejar de lado lo anterior, se especifica que estos únicamente cometen faltas "administrativas". Es de decirse que los menores infractores acaecen una suerte similar a lo que sucedía con los adultos en conflicto con la penal, es decir, era suficiente un estado de peligrosidad, devenido de un positivismo puro en donde lo que importaba era la figura que representaba el menor en sí mismo, para dar por sentado el riesgo social del cual no solo su familia y la sociedad podrían ser sujeto, sino también el mismo menor. De lo anterior, se rescata el Estado asistencialista que imperó dentro de los modelos tutelares. Una vez que queda claro que, dentro de estos tipos de modelos, no se cometen delitos en sí mismos, sino infracciones, no hay una sanción penal como tal al considerarse que no existe delito, por lo tanto, lo único que puede aplicarse por sistema son las denominadas medidas de seguridad, que son diligentes con el menor. Es de mencionarse que, en verdad,

⁵⁶ Gutiérrez Ortiz, Jorge Arturo, Tribunal para Menores: Historia y protagonistas en Ciudad Juárez, Centro Universitario de Ciudad Juárez, México, 2010. p. 32.

estas medidas de seguridad son verdaderos castigos impuestos al menor, dado que el disfraz de estas devenía en todo caso, inclusive del internamiento al cual podía ser sujeto este menor dentro de los centros tutelares.

Es de comentarse una particularidad muy importante: el nacimiento de las medidas de seguridad va ligado a una temporalidad de aplicación indeterminada que daba como consecuencia que un menor infractor no tuviera la certidumbre jurídica de en qué momento terminaría la medida que le fue impuesta. Por lo tanto, los principios de proporcionalidad y determinación de la medida violentaban en perjuicio del menor sus derechos —ahora ya reconocidos— que debía tener todo menor imputado.

Las medidas de seguridad nacen efectivamente siendo indeterminadas en cuanto a su duración, sin embargo, emergen siendo accesorias a una pena (aunque en algunos momentos su aplicación fue directa), devenida de la aplicación del ejercicio punitivo de la diligencia de la sanción. Las medidas de seguridad se convierten, entonces, en todo un castigo que se le impone al menor infractor; estas fueron disfrazadas como protectoras de derechos pero que, en sí mismas, fueron una violación cruel por parte del Estado al no reconocer al menor infractor como un sujeto pleno en la detención de todos sus derechos procesales dentro de un procedimiento.

El procedimiento que se aplicó dentro de los centros tutelares fue una diligencia fuera de todo orden procesal, dado que dentro de estos las garantías del procedimiento no se encontraban garantizadas para el menor, por ejemplo, no se contaba con un principio de defensa, con características especializadas en la atención de los menores infractores, es de señalarse que no podía existir una defensa, pues si el menor no comete delitos, en todo caso, no se defiende de una acusación directa, lisa y llana. No contaba con principios específicos que guiaran el procedimiento de menores, lo cual signi-

ficaba que este procedimiento era mutable con base en las particularidades del sujeto y la conducta antisocial cometida.

Derivado de lo anterior, se acaece en un estado de peligrosidad, devenido del etiquetamiento al cual el menor es sujeto. Por lo tanto, se prepondera más un valor sobre la personalidad del menor con base en el riesgo (peligrosidad) que este puede transferir a la sociedad, a su familia y a él mismo. Es de decirse que uno de los parámetros establecidos en los modelos tutelares deviene en gran medida del nivel de peligrosidad que el menor reflejaba, puesto que no hay que olvidar que, dentro de los centros tutelares, existen los denominados comités técnicos que valoraban precisamente sobre el nivel de peligrosidad del sujeto y con base en esta era aplicada la medida de seguridad.

Es menester precisar que el modelo tutelar fue arraigado rápidamente dentro de las políticas de los países latinoamericanos y, por supuesto, en México, prueba de ello lo es el nacimiento en nuestro país de la diversidad de leyes tutelares que se generaron dentro de las entidades de la república, que dieron paso al conglomerado tutelar que germinó en el país.

3. La Doctrina de la Protección Integral de la Infancia (DPI)

El niño es una persona humana, a la cual le corresponden todos los derechos y garantías básicas que tanto la Constitución de un Estado como las convenciones internacionales confieren a cualquier persona .

Julio B. J. Maier

La DPI, una doctrina que se consolida con el texto de la CDN en el año de 1989, trae aparejada novedosos sistemas de protección a la infancia, dando como derivación que los Estados signatarios de la Convención tengan que adoptarlos dentro de su plano normativo interno. Hoy la DPI no solo trae aparejado un modelo de protección para la niñez materializado a través de diversos instrumentos internacionales, sino que da un revés a la DSI, dando por sentado que lo que imperó en los siglos XIX y XX se quede en la conciencia de la sociedad y del Estado como aquello que nunca debió haber ocurrido.

3.1 La Doctrina de la Protección Integral de la Infancia: una luz al final del túnel

La DPI no surge espontáneamente en 1989, si bien se materializa en esta fecha, es decir, con el nacimiento de la CDN, fue un trabajo que se gestó durante años atrás, a raíz del estudio teórico-jurídico que implicaba la situación de la infancia y sus derechos. Lo anterior devino de diversas teorías que mencionaban que los niños y las niñas deberían tener derechos como cualquier persona, más los propios por ser niños.

En primera instancia, es necesario revisar someramente los antecedentes directos de cómo surge la DPI, con el único fin de comprender los alcances que dentro del texto de la Convención se puntualizan para estar en posibilidad de dialogar sobre los novedosos parámetros de protección que fueron creados para la niñez a partir de 1989.

Como ha sido señalado por varios autores, entre los que se mencionan a Miguel Cillero Bruñol y Emilio García Méndez, destacan que el reconocimiento de los derechos de los niños, ha sido un "progresivo descubrimiento", no solo por parte del Estado, sino también por la sociedad, lo cual da como resultado que, al presente, los derechos del niño y la niña se consideren tan prioritarios y de un contenido tan necesario que tengan que ser visualizados imperiosamente como torales dentro del contenido constitucional de un Estado.

Una de las primeras manifestaciones que se generaron como antecedente fue el establecer si los niños y las niñas tenían derechos, y si estos los podían ejercer, (lo anterior, al presente no encuentra discusión). Esta particularidad, años antes de la materialización de los derechos del niño en la CDN, era un debate doctrinal necesario y prioritario: el concebir si los niños y las niñas eran titulares o no de un derecho —o de una pluralidad de derechos— fue una cuestión de suma importancia en la discusión jurídica internacional. Punto preliminar que forzosamente tenía que ser analizado, ello debido a que se colocó en tela de juicio que los niños pudieran ejercer y exigir un derecho por ellos mismos, con lo que inclusive se hablase de la mayoría de edad como el límite en el cual se podía realizar el ejercicio y la detentación de todos los derechos.

Por lo tanto, el estudio teórico-jurídico fue encaminado a discutir si la infancia tenía derechos y si estos derechos los podía ejercer el niño por sí mismo, así surgió un debate sobre los derechos en torno al niño, discusión que fue solventada a partir de una reflexión sobre diversas teorías⁵⁷ que gestaron el camino de los derechos del niño.

Sin pretender en este momento puntualizar sobre este debate, en primera instancia, las ideas generales de estas doctrinas fueron orientadas al desarrollo evolutivo del niño en lo que se ha denominado primera infancia, donde se precisó que sus derechos deben ser progresivos por lo que toca a su ejercicio, sin que esto implique que el derecho (o la pluralidad de derechos) no los adquiriera. La afirmación fue entonces que el niño pondera derechos por el solo hecho de ser persona.

Lo anterior es de suma importancia, debido a que el niño es titular de sus derechos, y este va adquiriendo la autonomía progresiva de los mismos en razón de su propia evolución (desarrollo). Esta especificidad particular engloba uno de los apartados torales del adelanto de la DPI, mismo que fue trasladado al texto de la CDN bajo la

⁵⁷ La teoría del interés y la teoría de la voluntad.

disposición relativa de la “autonomía progresiva” de los derechos del niño, de esta manera, el niño tiene todos los derechos por el hecho de ser persona y estos derechos los va ejerciendo en relación con la autonomía que va desarrollando con respecto a su grado de evolución, como bien lo ha señalado Miguel Cillero Bruñol: “superando el argumento tradicional de sentido inverso, esto es, que los padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que las niñas y los niños carecen de autonomía”.⁵⁸

Como se mencionaba en líneas ulteriores, el reconocimiento de la DPI se cimienta sobre el entendimiento del niño y sus derechos; la DPI no puntualiza una infancia diferenciada, es decir, para la DPI, la infancia es una sola por sí misma, por lo tanto, para esta existe exclusivamente la figura del niño y la niña, deja de lado la postura de la DSI en cuanto al niño y la niña, y el menor. Esto deriva en que se visualice al niño y la niña como una persona que tiene derechos y también obligaciones que cumplir. Por lo cual, el niño deja de ser objeto de protección por su incapacidad, y adquiere una categoría de ser titular (sujeto) de derechos, por el solo hecho de ser persona.

Al considerar al niño como titular de derechos, ya era innecesaria la figura del tutelarismo por parte del Estado, por lo tanto, la efigie del paternalismo estatal tendería también a desaparecer, aunque esto último no sucede hasta avanzado el siglo XXI, por lo menos en México.

La DPI deja a un lado la situación de irregularidad en la cual la DSI encajonaba al niño, lo que origina que se admita que el niño comprende, entiende y es responsable del acto que comete. Desterrando así la idea de la visualización de la incapacidad estatal (inimputabilidad) en el niño que se ponderaba en la DSI.

De lo que se ha comentado hasta este momento sobre la DPI, se puede esquematizar la siguiente tabla que pretende dejar más claras las posiciones que hasta ahora se han abordado

⁵⁸ Cillero Bruñol, Miguel, *Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios*, p. 6. En línea: http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf [Consulta: 7 de marzo de 2021].

Tabla 3. Las características de la DPI

Características de la DPI	Comentario
Niño y no "menor"	Esta doctrina en particular deja de lado la diferenciación de la niñez, dando como derivación que sea vista a la infancia de forma unificada a través de la concepción del niño y la niña.
Conceptualización del niño y la niña	Aunque en esta doctrina, de manera específica, no define qué debe de entenderse por niño(a) (bajo un parámetro de edad), hace una manifestación de que el niño es una persona. La conceptualización del niño, como tal, llega años más tarde, materializada en el texto de la CDN, en su artículo primero, donde refiere que niño es "todo ser humano menor de dieciocho años de edad".
El niño siempre como titular de derechos	Al reconocer que el niño no es un incapaz (así visualizado en la DSI), el Estado, de manera automática, tiene que dejar de suplir mediante su actividad institucional las decisiones, la comprensión y el entendimiento del niño.
El niño ya no es visto de una forma criminalizada	Al ya no haber dentro de esta DPI una infancia dividida (se deja de lado el etiquetamiento y estigmatización que el niño soportaba), se alejan los aspectos positivistas que habían imperado en la DSI.
El tutelarismo fue desterrado	Al señalar que los niños son titulares de derechos, y no examinar en estos una incapacidad sobre su acto, ya no era necesario que el Estado los tutelara (protegerlos), pues ya eran reconocidos como personas plenas que debían responder por sus actos bajo mecanismos específicos.

Fuente: Elaboración propia

La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH o Corte Interamericana), en su Opinión Consultiva número 17 (en adelante, Opinión Consultiva u OP-17) ha establecido que “con la Convención de los Derechos del Niño se abandonó la antigua doctrina de la situación irregular, que consideraba a los niños incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones [...]. Esta Convención, junto con otros instrumentos internacionales, acogió la doctrina de la protección integral, que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino”.⁵⁹

Lo anterior se considera como el cimiento que da soporte a la DPI, sin embargo, para el tópico de los niños que se encuentran en conflicto con la justicia, es preciso mencionar ciertas especificidades con la única finalidad, de tener claridad en la forma en la cual la DPI pondera este aspecto.

Dentro de la DPI, el niño adquiere capacidad sobre el acto que este realiza, de aquí deriva que sea sujeto a un sistema de responsabilidad especializado debido a su autonomía progresiva reconocida. Lo anterior no es menos importante, dado que esta postura de la DPI es retomada en el texto de la CDN, particularizando inclusive un sistema de responsabilidad específico, donde los derechos del niño tienen que basarse en su interés como principio fundamental.

Las posturas en torno al niño, su interés y el sistema de responsabilidad penal que se aplica para estos deben estar inmersos dentro de un panorama no solo de derecho internacional así consagrado en diversas disposiciones globales, sino que permea dentro de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que sean acordes y específicos para el niño, para lo cual los Estados, deben proteger, garantizar y respetar los derechos del niño.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, párr. 15, inciso g.

Dentro de las especificidades de la DPI en el t3pico de los adolescentes en conflicto con la justicia, en las descripciones que contempla la DPI, no se hace una particularidad sobre los ni1os, ni1as y adolescentes en conflicto con la justicia, en raz3n de que la DPI es general; sin embargo, tomando como objeto de estudio al ni1o en conflicto con la ley penal, se puede mencionar lo siguiente:

Tabla 4. Caracter3sticas de la DPI para los ni1os en conflicto con la ley

Caracter3sticas de la DPI para los ni1os en conflicto con la ley	Comentario
<p>Ni1o en conflicto con la ley o la justicia</p>	<p>Dentro del Sistema de Responsabilidad Penal que se contempla dentro del texto de la CDN y otros instrumentos internacionales, se hace una distinc3n particular sobre el ni1o que es sujeto a este sistema de responsabilidad. En M3xico, 3nicamente pueden ser sujetos de responsabilidad penal todos aquellos ni1os mayores de doce a1os hasta aquellos que no han cumplido los dieciocho a1os. A estos se le atribuye la realizaci3n de una conducta tipificada en un tipo penal.</p>
<p>Plenas garant3as otorgadas</p>	<p>Al ni1o en conflicto con la ley penal, mismo que es ya titular de derechos espec3ficos, se le reconocen todas y cada una de las garant3as otorgadas dentro del proceso y procedimiento penal, en consecuencia, le son respetadas y garantizadas no solo garant3as y derechos como cualquier persona, sino las propias por ser ni1o.</p>

<p>El sistema de responsabilidad penal es diferente al de adultos</p>	<p>Necesariamente, al reconocer que el niño es titular de derechos y que goza de garantías específicas por el hecho de ser persona y reconocer su autonomía progresiva, los Estados firmantes de la CDN reconocen que el sistema de responsabilidad que se debe aplicar para los niños en conflicto con la justicia forzosamente tiene que ir orientado a distinguir esta autonomía y, por lo tanto, se deben aplicar parámetros diferentes.</p>
<p>Derecho Penal de Acto</p>	<p>Dejando atrás los parámetros que postulaba la DSI, es decir, aspectos positivistas, se reconoce que el niño solo puede acceder a un sistema de responsabilidad siempre y cuando el acto que este cometa se adecue a lo establecido en la ley penal.</p>
<p>La privación de libertad siempre en ultima ratio</p>	<p>Dentro del parámetro internacional reconocido dentro de la CDN y otros instrumentos internacionales, se reconoce que la privación de la libertad produce en el niño efectos contrarios al proceso de reintegración social, lo cual da como consecuencia que esta privación, por lo que toca a los adolescentes en conflicto con la justicia, forzosamente tenga que ser vista en ultima ratio.</p>
<p>Las medidas que se aplican para estos siempre son determinadas</p>	<p>Las medidas que se imponen al niño deben, al presente, tener carácter de ser determinadas y que además estas logren encaminar no solo el proceso de reintegración social, sino que logren inferir en el niño que el acto producido por ellos trastoca y lesiona su esfera y el de la víctima u ofendido.</p>

<p>Figuras jurisdiccionales creadas: tribunales especializados</p>	<p>No se debe perder de vista que la justicia que se imparte para los niños tiene que ser forzosamente especializada, no solo entendiendo sus particularidades con base en su autonomía progresiva como tal, sino las especificidades del sistema de responsabilidad penal que para estos aplica.</p>
--	---

Fuente: Elaboración propia

La tabla anterior bien puede redondear lo que en estas páginas se ha discutido; la DPI es un modelo que busca no solo el reconocimiento del niño, sino de sus derechos.

La DPI es entendida como “un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Reconociendo como antecedente directo la Declaración de los Derechos del Niño”.⁶⁰

Lo anterior, para el caso en particular, no es menos importante, si bien el mismo Emilio García Méndez ha señalado que la DPI tiene como base particular cuatro instrumentos jurídicos básicos⁶¹, es el texto de la CDN lo que materializa no solo las normas jurídicas de la infancia, sino que lleva a cabo una interpretación de los derechos del niño desde un panorama de Derechos Humanos.

Este análisis no estaría completo si no se abordan los instrumentos legales que encaminaron el debate de los derechos del niño a nivel internacional, por lo tanto, es preciso hacer mención de que lo anteriormente señalado es el cimiento de la DPI, y que redondea que el niño es sujeto —titular— de derechos. Ahora bien, no escapa tampoco mencionar en este apartado la evolución que ha devenido

⁶⁰ García Méndez, Emilio, op. cit., p. 29.

⁶¹ Los instrumentos básicos que refiere este autor son La Convención de los Derechos del Niño, Las Reglas de Beijing, Las Directrices de Riad y las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad.

de los derechos del niño, así germinaron los primeros parámetros normativos internacionales que buscan la consolidación de sus derechos. Un primer instrumento internacional (sin fuerza vinculante) fue la Declaración de Ginebra (en adelante, DG) de 1924, adoptada por la Sociedad de Naciones, documento que retoma por primera vez, mediante un catálogo, las especificidades de los derechos del niño. Esta declaración, en lo particular, consta de un preámbulo y de cinco principios que buscan encaminar los derechos de la infancia en el orbe mundial; las especificidades contenidas dentro de la DG son pautas generales sobre los derechos que el niño debe de gozar y que, además, le deben ser garantizados por el Estado y por la misma sociedad. Los derechos que fueron materializados en esta DG son enunciativos más no limitativos; dentro del preámbulo de esta Declaración, se establece por primera vez en un documento internacional que “la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma”.⁶²

Lo anterior, para el caso que nos ocupa, no es menos importante, debido a que esta DG materializa entre líneas la invisibilidad de la cual fue sujeto el niño, no solo por su devenir histórico, sino que reafirma que el Estado y la sociedad tienen que hacer un doble esfuerzo en la temática de los derechos del niño.

Años más tarde, es decir después de la Segunda Guerra Mundial, el mundo comienza a visualizar al niño (persona) de forma diferente, no solo por las atrocidades que se vivieron durante el Holocausto, sino porque los Estados comienzan una reestructura dentro de sus sistemas jurídicos y la visualización de los derechos para su población, permeando lo anterior, dentro de los instrumentos legales, para el tópico de los derechos del niño, surge uno de los documentos más relevantes que abrirían la antesala de la CDN, y que se conoce como la Declaración de los Derechos del Niño (en adelante, DDN), instrumento jurídico que fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959.⁶³

⁶² Declaración de Ginebra. En línea: <http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf> [Consulta: 8 de marzo de 2021].

⁶³ Un documento internacional que a la fecha se considera no vinculante.

La DDN, un documento que consta de un preámbulo y de diez principios, continúa dentro de su texto reconociendo que los niños y las niñas, de manera particular, deben de gozar no solo de los derechos propios a su edad como niño, sino de los derechos que son reconocidos para todas las personas⁶⁴, dando como corolario que los principios que son estructurados dentro de la DDN contengan especificidades generales sobre los derechos que deben reconocérseles a los niños, y que años más tarde fueron retomados bajo una técnica de interpretación extensiva dentro del texto de la CDN.

⁶⁴ Se hace la mención que, entre 1924 y 1959, surge la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), instrumento jurídico que pondera a nivel internacional los derechos humanos de las personas; declaración que reconoce por primera vez que todas las personas tienen los mismos derechos y, sobre todo, la universalidad de estos, donde el cimiento será en todo caso la dignidad humana de la persona, institución la anterior, así reconocida por primera vez a nivel mundial dentro de un Instrumento jurídico.

3.2 El enfoque de derechos: comprensión y aceptación

Una particularidad muy importante devenida de la DPI es el enfoque de derechos que tiene que ser aplicado a la niñez, lo que significa que se dejan de lado totalmente las posturas contempladas dentro de la DSI bajo el amparo del tutelarismo (asistencialismo), y se encamina a una novedosa forma bajo un modelo de garantías específicas reconocidas al niño y la niña en conflicto con la ley.

De manera particular, al reconocer de entrada que los niños y las niñas son personas, se conduce hacia una postura de ser sujeto de derechos y obligaciones, en donde el Estado, al reconocerlo como tal, deja atrás una postura asistencialista, y vuelve la mirada a un modelo de protección de derechos del niño.

El anterior modelo está cimentado sobre las posturas más esenciales de reconocimiento garantista en donde, al alejar las actitudes de asistencia encaminadas por el Estado, empieza este a evolucionar en la protección del derecho del niño, a través no solo del reconocimiento de sus derechos, sino como una constante a su protección.

Bajo esta concepción, se elimina de iure y de facto, la inimputabilidad que soportaba el menor por su condición criminalizada por parte del Estado, y se reconoce, entonces, que el niño comete delitos tipificados en un código penal o en una ley penal especial, y que también pueden contravenir aspectos administrativos bajo la postura de las faltas administrativas.

En este parámetro, el entendimiento del niño en conflicto con la ley penal tuvo que adecuarse bajo los postulados de la DPI, por lo cual, para un enfoque de derechos aplicado a los niños que cometen una conducta tipificada como delito, les debe ser aplicado un procedimiento especializado bajo una característica de autonomía

progresiva, razón por la que se aplica para este una responsabilidad disminuida.

Es preciso hacer la mención de que, al ponderar un enfoque de derechos dentro de una DPI y al reconocer que el sujeto comete delitos tipificados en un código penal, el niño en conflicto con la ley penal no queda ya alejado de las garantías procesales, sino que las tienen en sí mismo y, de lo anterior, el Estado tiene que hacerlas valer y garantizar a toda costa.

La concepción de la sanción dentro de un modelo de protección de derechos tiene principios característicos de ser proporcional al hecho cometido y ser determinada, con base en mecanismos específicos de aplicación penal. Una vez dicho lo anterior, es de decirse que la posición de un enfoque de derechos dentro de un proceso penal deviene, en todo caso, del respeto de un proceso penal donde este niño en conflicto con la ley penal pueda gozar de todos los derechos y garantías dentro de procedimiento. Lo anterior, bajo mecanismos específicos de acceso a la justicia, obtenida a través del entendimiento del niño y su autonomía progresiva.

4. La Convención de los Derechos del Niño (CDN) y la consolidación de los derechos de la infancia

No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien depende la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana.

Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la infancia 1990.

Al presente, los derechos de la infancia se ven materializados en el texto de la CDN del año 1989 y otros instrumentos internacionales, donde se reconoce que los niños y las niñas son sujetos de derechos, para estos se examinan derechos propios a su edad, más los particulares que les deben ser reconocidos a todas las personas.

Este apartado especificará las implicaciones que, a través de las ponderaciones que existen dentro del texto de la CDN, consolidan no solo los derechos de la infancia per se, sino que encaminan la sistematización de los derechos humanos de los niños y las niñas en el mundo.

4.1 La Convención de los Derechos del Niño: un hito en la historia de la humanidad

La historia de la CDN, por lo que toca a su nacimiento, es un andamiaje no solo cultural, sino jurídico por sí mismo, en razón de que el surgimiento de la CDN, es la materialización de diversos esfuerzos por reconocer que la infancia estuvo abandonada no solo por parte del Estado y sus instituciones, sino relegada inclusive por la misma sociedad, donde fue esta la que, en coparticipación con el Estado y sus representantes, mantuvo en una absoluta oscuridad el nacimiento de los derechos del niño como una categoría específica de derechos por varios siglos inclusive.

La consolidación de los derechos de la infancia se materializa en la CDN, un instrumento legal vinculante, mismo que gestó directrices a partir de la DG, y que si bien se consolida en 1989, no menos cierto lo es que la tarea de su origen es, inclusive a la fecha, materia de reconocimiento internacional, en razón de que la redacción y análisis del texto de la CDN fue discutida por un grupo de personas de diversos gobiernos, así como por parte de estudiosos e instituciones especializadas en el tema.

Ahora bien, la materialización de la CDN en el año 1989 consolida los derechos de la infancia y, a partir de esta, al encaminarse los derechos de los niños como materia de especialización, se han afianzado diversos instrumentos jurídicos e incluso protocolos a la misma CDN que buscan dar sentido a los derechos de la infancia per se. Es pertinente entrar al estudio del texto de la Convención con la única finalidad de cimentar lo que el objeto de esta investigación pondera, el alcance y contenido de las posturas jurídicas que el contenido de la CDN detalla.

En primera instancia, dentro del texto de la CDN, se establecen varios principios⁶⁵, mismos que encaminan los derechos de la infancia en el orbe mundial, traducidos no solo en especificidades teóricas-metodológicas que deben orientar los Estados signatarios dentro de su plano interno, sino como verdaderos parámetros en que deben ser reconocidos el niño y la niña. Por lo tanto, la CDN reconoce no solo las especificidades extraídas de la DPI, sino que consolida un sistema de derechos exclusivos para el niño y la niña, donde su base será la Convención y otros instrumentos jurídicos creados para la infancia.

Por lo anterior, es preciso, entonces, adentrarnos al texto de la Convención con la única intención de pormenorizar el contenido teórico de la misma y, con esto, estar en la posibilidad de orientar el presente trabajo de investigación. Por lo ya señalado, es cabal especificar dos puntos de análisis, mismos que nos servirán para dar profundidad al estudio que se pretende, atendiendo a lo siguiente.

⁶⁵ Se hace la mención que para el presente trabajo se entenderá por principio lo expresamente puntualizado por Gustavo Zagrebelsky en su libro *Derecho Dúctil*, donde refiere que “los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas, pero a priori aparecen indeterminadas”. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, editorial Trotta, cuarta edición, Madrid, 2002, p. 110.

4.2 La CDN establece principios orientadores, mismos que encaminan los derechos del niño en el orbe mundial⁶⁶

Los derechos del niño y la niña no nacen ni terminan con el texto de la CDN, precisión que es pertinente, debido a que se considera que el contenido de la Convención es un estándar mínimo de reconocimiento de derechos del niño. Dentro del contenido de la CDN, es sabido que se encuentran principios generales que encaminan los derechos de la infancia al mundo, dando como corolario que estos principios sean extendidos a los textos jurídicos de los países signatarios de la Convención. Esto debido a que son dichos principios los que consolidan los derechos del niño no solo dentro de la materialidad del texto de la CDN y otros instrumentos jurídicos, sino al interior de los Estados signatarios. La misma Corte Interamericana ha dejado ver, dentro de su Opinión Consultiva número 17,⁶⁷ que existen tres pilares fundamentales en la CDN que, para el particular, se pueden contemplar de la siguiente manera

⁶⁶ Se retoman algunas ideas planteadas en Rangel Romero, Xochithl Guadalupe. Sistema de justicia penal juvenil: principios rectores a la luz de la Convención de los Derechos del Niño. *Ciencia Jurídica*, [S.l.], v. 8, n. 15, p. 155-172, ene. 2019. ISSN 2007-6142. Disponible en: <<http://cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/303/344>>. Fecha de acceso: 25 jul. 2022 doi:<https://doi.org/10.15174/cj.v8i15.303>.

⁶⁷ La cita de la CIDH, en su párrafo 15, señala expresamente: “el interés superior del niño, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños; el menor de edad como sujeto de derecho, de manera que se reconocen a este tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño; y el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental: siendo que la autoridad parental tiene como único fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral, constituye una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía. Por ello, el ejercicio de autoridad debe disminuir conforme avanza la edad del niño.”

I. El interés superior del niño. Siguiendo con lo que puntualiza la misma CIDH, dentro de su multicitada Opinión Consultiva, se especifica que el interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano.⁶⁸ Lo anterior no podría ser de otra manera, en el entendido de que se reconoce que el niño es una persona y, como tal, tiene derechos, además de que estos se cimientan en la base del respeto a su dignidad. Es preciso mencionar que al presente se reconoce que debe de entenderse por este principio como “la plena satisfacción de sus derechos”.⁶⁹

El principio del interés superior del niño se encuentra contemplado en la CDN en su artículo 3, párrafo I.⁷⁰ De aquí se desprende que se considere como un principio básico que no puede ser alejado del texto de la Convención ni de los instrumentos jurídicos que para tal efecto se han creado para la infancia; sin embargo, es menester hacer la precisión que este principio consolida el texto de la CDN reconociendo que este es el pilar del ejercicio de los derechos del niño, en consecuencia, el mismo Comité de los Derechos del Niño (en adelante, Comité DN o el Comité), viera la necesidad de especificar una Observación General únicamente para su entendimiento.

II. El menor de edad como sujeto de derechos. Uno de los postulados más importantes que implementa la DPI en el texto de la Convención es el reconocimiento del niño y la niña como sujetos de derechos, dando un revés a las especificidades que fueron contempladas en la DSI.

⁶⁸ Confr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva número 17”, párrafos 56-61.

⁶⁹ Bruñol Cillero, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”. Justicia y Derechos del Niño, 1 (1999), p. 54.

⁷⁰ 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.

Siguiendo lo que señala Cillero Bruñol, “otra característica fundamental del enfoque de derechos humanos aplicado a la infancia, es construir una nueva concepción del niño y sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado [...]. Se basa en el reconocimiento expreso del niño como sujeto de derechos, en oposición a la idea predominante de niño definido a partir de su incapacidad jurídica”.⁷¹ De lo anterior, se reconoce que el niño adquiere derechos solo por el hecho de ser persona, lo que deriva en que se deje atrás una imagen de niño protegido por su incapacidad.

III. El ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental. Dentro del texto de la Convención, se apertura al entendimiento las necesidades del niño, trasladado a sus derechos. Esto deriva en que el niño en alcance de su autonomía logre plenamente materializar todos y cada uno de sus derechos, únicamente con el paso del tiempo, atendiendo a su misma evolución de desarrollo, así los padres, la familia, y el mismo Estado, tienen todos la obligación de proteger al niño y a la niña, en relación al derecho que dejan de ejercer por su condición evolutiva propia, sin que lo anterior implique que siempre será esta la constante. Por tanto, se puede señalar que los derechos del niño se materializan de forma estratificada, en relación con el mismo desarrollo evolutivo del niño.

Una vez planteado lo que establece la CIDH, como pilares básicos de la CDN, se establece que dentro del texto de la Convención se consolidan cuatro principios esenciales, todos fluctúan no solo para el entendimiento de los derechos de los niños, sino para el reconocimiento de estos dentro de los diversos instrumentos jurídicos que, para la infancia, se han redactado.

71 Cillero Bruñol, Miguel, op. cit., p. 4.

Por lo cual, para el entendimiento del texto de la Convención es pertinente abocarnos a cuatro principios básicos que son torales para la comprensión de los derechos de la infancia a saber:

1. El principio de no discriminación.
2. El principio del Interés Superior del Niño.
3. El principio de participación y,
4. El principio del derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.

De manera específica, estos cuatro principios aquí señalados consolidan cómo se ha expresado el estudio de los derechos de la infancia, en razón de que es a partir de estos que el contenido del texto de la Convención se puede materializar, poniendo énfasis en lo señalado por Herrera Zamora: "sin alguno de estos pilares sería como ver una mesa sin alguna de sus patas".⁷² Ciertamente, al presente, dentro de la estructura del texto de la CDN, estos principios engloban no solo el entendimiento de los derechos del niño, sino el alcance de estos al interior de los Estados signatarios de la Convención.

Por una cuestión obligada de método, es preciso detenernos en el estudio de los principios consagrados por el texto de la CDN, con la única intención de encaminar el objeto de investigación que interesa, dando paso a señalar:

- a. El principio de no discriminación. Este principio se encuentra consagrado dentro del texto de la CDN en su numeral 2,⁷³ de la lectura íntegra de este artículo, se desprende que este principio se "proyecta en dos ámbitos: la no discriminación por cualidades del niño o de la niña, y la no discriminación por cualidades de los padres".⁷⁴

⁷² Herrera Zamora, Annie, op. cit., p. 22.

⁷³ Los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

⁷⁴ García Chavarría, Ana Belem, La Convención de los derechos del niño, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2012, p. 23. [Fascículo 8].

Grosso modo, el entendimiento del principio de no discriminación encuentra sustento en los razonamientos diversos que ha expresado el mismo Comité DN a través de la diversidad de observaciones generales que este emite, lo que deriva en que el contenido del texto de la Convención sea forzosamente enunciativo mas no limitativo del contenido jurídico que este expresa. El Comité ha dejado ver que al presente es necesario vigorizar los esfuerzos por dejar atrás la discriminación que impera para los niños. La no discriminación actual es mucho más de lo solo lo expresado por el numeral 2 de la CDN, así lo manifiesta el Comité dentro de su Observación General número 4, denominada “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de los Derechos del Niño”, donde se expresa que la discriminación que impera para los niños va dirigida a que “debe añadirse también la orientación sexual y el estado de salud del niño (con la inclusión del VIH/SIDA y la salud mental)”.⁷⁵ Lo anterior visualiza que el principio de no discriminación sea visto de manera holística. Es preciso hacer la evocación que una de las grandes preocupaciones que manifiesta el Comité va dirigida al trato duro del cual los niños son sujetos, por lo cual la discriminación también consiste en diversas manifestaciones enfocadas “en una peor nutrición, en una atención y cuidado insuficientes, en menores oportunidades de juego, aprendizaje y educación, o en la inhibición de la libre expresión de los sentimientos y opiniones”.⁷⁶

b. El principio del interés superior del niño. La consagración de este principio se materializa en el artículo 3, párrafo I, de la CDN. Si bien, se hace mención que los cuatro principios que evoca la Convención son importantes, no menos cierto es que el “interés superior del niño” se consagra como un principio toral de materialización de derechos del niño. El principio del interés superior del niño se encuentra vigente desde la DDN, mismo que se consolida en la CDN, como ha sido expresado por el mismo Comité

⁷⁵ Confr. Observación General No. 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, 2003, CRC/GC/2003/4, párr. 6.

⁷⁶ Confr. Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, Comité de los Derechos del Niño, 2005, CRC/GC/2005/7, párr. 12, inciso b.

DN, dentro de su Observación General número 14, denominada “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, donde se expresa que este principio es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.⁷⁷

Lo anterior no es menos importante, ello en razón de que se consolida entonces que el “interés superior del niño” impone una obligación de aplicación a los Estados signatarios, donde la consideración de su cuidado no queda a una discrecionalidad de este, sino que es forzoso su diligencia ponderando siempre lo más favorable para el niño.

⁷⁷ 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 debatida, 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. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

c. El principio de participación. A este principio, de manera particular, también se le conoce como principio a ser escuchado y a expresar su opinión. Este principio se encuentra puntualizado en el numeral 12.1⁷⁸ y 12.2⁷⁹ de la Convención.

Como lo ha dejado ver el Comité, dentro de la Observación General número 12 denominada: “El derecho del niño a ser escuchado” que busca ampliar el contenido del artículo 12 de la CDN,⁸⁰ deja ver que todo aquel niño que pueda formarse un criterio propio tiene derecho a expresar su opinión y que esta sea tomada en consideración al momento de resolver cuando dentro de un procedimiento el niño esté involucrado, así mismo se consagra el derecho a ser escuchado en todo proceso, ya sea administrativo o judicial, que le afecte. El derecho a ser escuchado y participar puede ser aplicado a un grupo o de manera individual. Como se ha precisado también por parte del mismo Comité DN, el niño tiene derecho también a no ejercer ese derecho,⁸¹ en consecuencia, el principio de ser escuchado y participación es dúctil.

d. El principio del derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo. Para el caso específico de este principio, se reconoce expresamente en los artículos 6.1⁸² y 6.2⁸³ de la Convención. La misma Corte Interamericana, dentro de su Opinión Consultiva número 17, se ha ponderado sobre este principio, con base en lo siguiente:

⁷⁸ Los Estados parte garantizarán 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 mismo.

⁷⁹ Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

⁸⁰ Véase: Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009, CRC/GC/12/2009, párr. 1.

⁸¹ *Ibíd.*, párr.16.

⁸² Los Estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

⁸³ Los Estados parte garantizarán en la máxima medida de lo posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

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

Que la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados parte en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.⁸⁴

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., párr. 137.

4.3 La Convención de los Derechos del Niño: el Comité de los Derechos del Niño

Después de la Segunda Guerra Mundial, surgió una preocupación especial no solo por parte de los Estados, sino también por la comunidad internacional por la persona, en especial por el niño. De lo anterior se valoró como importante “la protección de los derechos humanos. Por ello, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se ha desarrollado una serie de instrumentos con el propósito de contar con normas de protección a estos derechos, aplicables en todos los Estados, a través de su aceptación y compromiso de cumplimiento”.⁸⁵

Derivado de la necesidad de contar con estas normas de protección, surgieron los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos que vienen a solidificar los derechos de la persona, y dan como derivación que estos estén abiertos a la firma, ratificación o adhesión de aquellas naciones que quieran ser parte de esos instrumentos internacionales y cumplir sus disposiciones.

Las normas internacionales de protección y promoción de los Derechos Humanos a nivel mundial deben, a toda costa, asegurar un uso y disfrute de los derechos contenidos dentro de los instrumentos internacionales, por lo cual, para cumplir “con las normas establecidas en cada uno de los pactos y convenciones internacionales de derechos humanos, los Estados parte cuentan con el apoyo y estímulo de los Órganos Creados en Virtud de Tratados, también llamados Comités”.⁸⁶

⁸⁵ Comisión Nacional de Derechos Humanos, Los Comités u Órganos creados en virtud de los tratados de Derechos Humanos, CNDH, México, 2011, p. 3.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 7.

De manera específica, y con base en lo anterior, surgió el Comité de los Derechos del Niño, el cual es:

Un órgano que supervisa la forma en la cual los Estados cumplen con sus obligaciones derivadas de la Convención de los Derechos del Niño. Desde el año de 2003 se compone de 18 expertos elegidos por los países miembros del sistema de Naciones Unidas pero que actúan en forma independiente.⁸⁷

Específicamente, el artículo 43.1 de la CDN puntualiza que se establecerá un Comité de los Derechos del Niño con la finalidad de que se examinen los progresos realizados por las Naciones Partes con base en sus obligaciones contraídas una vez que estos adoptaron la CDN.⁸⁸ Dentro del numeral en mención, se especifican las funciones que debe de realizar el Comité, y lo relativo a su integración se encuentra en los correlativos 43.2 al 43.12.⁸⁹

⁸⁷ Confr. Instituto Interamericano del Niño, Sistematización de la Información de los Derechos del Niño, p. 20. En línea: <http://www.iin.oea.org/IIN2011/documentos/sistematizacion.pdf> [Consulta: 31 de marzo de 2021].

⁸⁸ Expresamente, el artículo 43.1 de la CDN puntualiza: "Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados parte en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan".

⁸⁹ El texto de la Convención, puntualiza específicamente: "2. El Comité estará integrado por dieciocho expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención.1/ Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados parte entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos".

3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados parte. Cada Estado parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.

4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados parte invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán por orden alfabético todos los candidatos propuestos, con indicación de los Estados parte que los hayan designado, y la comunicará a los Estados parte en la presente Convención.

5. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados parte convocada por

Como bien se ha dejado ver, “los Órganos de Tratados desempeñan una importante función para estimular los esfuerzos para lograr la protección señalada en el tratado a nivel internacional”.⁹⁰ Las naciones realizan esfuerzos con la finalidad de cumplir con las disposiciones internacionales que se consagran en la CDN, por lo cual, es menester que los Estados Parte envíen informes al Comité con la única intención de visualizar el avance de estos en materia de los derechos del niño.

el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados parte constituirá quorum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados parte presentes y votantes.

6. Los miembros del Comité serán elegidos por un periodo de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de efectuada la primera elección, el presidente de la reunión en que esta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado parte que propuso a ese miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.

8. El Comité adoptará su propio reglamento.

9. El Comité elegirá su Mesa por un periodo de dos años.

10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados parte en la presente Convención, a reserva de la aprobación de la Asamblea General.

11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.

12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer.

⁹⁰ Comisión Nacional de Derechos Humanos, op. cit., p. 10.

Lo anterior se encuentra regulado en el artículo 44 de la Convención⁹¹, por lo cual, la parte más importante de un informe que envían los Estados signatarios es comunicar sobre las medidas que han implementado a la CDN, así mismo de las medidas implementadas a las observaciones formuladas por parte del Comité.

Es importante hacer la mención de que el mismo Comité emite observaciones finales encaminadas a discutir el contenido de cada uno de los informes que envían los diversos Estados signatarios al Comité, y las recomendaciones para estos se traducen en observaciones específicas.

A la fecha, el Comité ha establecido diecisiete observaciones generales, que buscan materializar el contenido de los derechos del niño establecidos en la Convención. Cada una de dichas observaciones busca concretar un artículo o artículos de la Convención con la finalidad de hacer extensiva la interpretación de estos no solo para las Naciones en sí, sino para la comunidad internacional.

Una de las ponderaciones que en adelante serán revisadas deviene de las observaciones específicas que ha sufrido México, en cuanto al tópico de los Derechos de la infancia en nuestro país, y de visualizar los avances que en materia de niños en conflicto con la ley penal ha consolidado el Estado mexicano.

⁹¹ El texto de la Convención establece expresamente: 1. Los Estados parte se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos: a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado parte haya entrado en vigor la presente Convención; b) En lo sucesivo, cada cinco años. 2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate. 3. Los Estados parte que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente. 4. El Comité podrá pedir a los Estados parte más información relativa a la aplicación de la Convención. 5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades. 6. Los Estados parte darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

5. Fuentes de consulta

Amnistía Internacional, La infancia maltratada. Las grandes agresiones contra la dignidad y la integridad de menores. En línea: <http://www.amnistiatalunya.org/edu/es/historia/h-violen.html#mortific> [Consulta: 20 de enero de 2021].

Barrera Dávila, Soledad, De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral en el Perú. El caso de los hogares del INABIF. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2014. [Tesis de maestría].

Beloff, Mary, "Protección Integral de los derechos de niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar". Justicia y Derechos del Niño, 1 (1999).

Cillero Bruñol, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño". Justicia y Derechos del Niño, 1 (1999).

_____, Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios. En línea: http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf [Consulta: 7 de marzo de 2021].

Cortés M., Julio, "A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente". Justicia y Derechos del Niño, 1 (1999).

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 "El derecho del niño a ser escuchado", 2009, CRC/GC/12/2009, párr. 1.

Comisión Nacional de Derechos Humanos, Los Comités u Órganos creados en virtud de los tratados de Derechos Humanos, CNDH, México, 2011

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", párr. 15, inciso g.

Cunningham, Hugh, Los hijos de los pobres. La imagen de la infancia desde el siglo XVII. En línea: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Los_hijos_de_los_pobres.pdf [Consulta: 19 de febrero de 2021].

Declaración de Ginebra. En línea: <http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf> [Consulta: 8 de marzo de 2021].

Delgado, Buenaventura, Los "expósitos", niños abandonados. En línea: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/2/nin/inf-b.delgado.html> [Consulta: 11 de enero de 2021].

Enesco, Ileana, El concepto de la infancia a lo largo de la historia. En línea: http://pendientedemigracion.ucm.es/info/psicoevo/Profes/IleanaEnesco/Desarrollo/La_infancia_en_la_historia.pdf [Consulta: 15 de enero de 2021].

Fletcher John y Alfonso Roperero, Historia General del Cristianismo, del siglo I al siglo XXI, Editorial Clie, España, 2008, p. 38. [Colección Historia].

García Chavarría, Ana Belem, La Convención de los derechos del niño, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2012. [Fascículo 8].

García Méndez, Emilio, Infancia y Adolescencia: de los derechos y de la justicia, México, UNICEF, 2001.

González Contró, Mónica, Mauricio Padrón Innamorato et al., Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, México, 2012.

Grossman, Eloísa, La adolescencia cruzando los siglos. En línea: <http://ral-adolesc.bvs.br/pdf/ral/v1n2/p03v01n2.pdf> [Consulta: 14 de enero de 2021].

Gutiérrez Ortiz, Jorge Arturo, Tribunal para Menores: Historia y protagonistas en Ciudad Juárez, Centro Universitario de Ciudad Juárez, México, 2010.

Herrera Zamora, Annie, El impacto de la Doctrina de la Protección Integral (DPI) de los derechos de la infancia en los derechos económicos sociales y culturales (DESC) de la infancia en el DF. Facultad Latinoamericana en Ciencias Sociales, Sede Académica de México, 2011. [Tesis de maestría].

Instituto Interamericano del Niño, Sistematización de la Información de los Derechos del Niño. En línea: <http://www.iin.oea.org/IIN2011/documentos/sistematizacion.pdf> [Consulta: 31 de marzo de 2021].

Misiones Salesianas, "Informe de los Menores acusados de brujería en la región de la Kara (Togo)", en Menores acusados de brujería en la región de la Kara (Togo), ONG Don Bosco, Togo. 2014.

Morineau Iduarte, Marta y Román Iglesias González, Derecho Romano, editorial Harla, México, 3ª ed., 1993.

Observación General No. 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, 2003, CRC/GC/2003/4, párr. 6.

Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, Comité de los Derechos del Niño, 2005, CRC/GC/2005/7, párr. 12, inciso b

Puig de la Bellacasa, R., "Concepciones, paradigmas y evolución de las mentalidades sobre la discapacidad", en Discapacidad e información. Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía, Madrid, 1990.

Rangel Romero, Xochithl Guadalupe. Sistema de justicia penal juvenil: principios rectores a la luz de la Convención de los Derechos del Niño. Ciencia Jurídica, [S.l.], v. 8, n. 15, p. 155-172, ene. 2019. ISSN 2007-6142. Disponible en: <<http://cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/303/344>>. Fecha de acceso: 25 jul. 2022 doi:<https://doi.org/10.15174/cj.v8i15.303>.

Rousseau, Jean Jacques, Emilio o la Educación. En línea: <http://peuma.e.p.f.unblog.fr/files/2012/06/Emilio-ROUSSEAU.pdf> [Consulta: 27 de enero de 2021].

Solís Quiroga, Héctor, Justicia de Menores, INACIPE, México, 1983.

Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil, editorial Trotta, cuarta edición, Madrid, 2002, p. 110.

Sobre la autora



Doctora en Ciencias Penales y Política Criminal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, doctora en Gestión Educativa por el Centro de Investigación para la Administración educativa, A.C. Fue integrante del Consejo Social y Consultivo del Instituto de las Mujeres del Estado de San Luis Potosí, en el periodo diciembre de 2018-diciembre de 2021. Así mismo -a la fecha- integrante del Consejo de la Comisión Estatal de Derechos Humanos en San Luis Potosí para el periodo abril de 2021 a marzo de 2025, es integrante a su vez del Consejo de la Comisión Estatal de Búsqueda de Personas en San Luis Potosí para el periodo 2022-2025.

Es profesora a nivel posgrado y licenciatura en la Facultad de Derecho "Abogado Ponciano Arriaga Leija" de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, así mismo como profesora invitada en universidades nacionales e internacionales. Ha dictado ponencias y conferencia a nivel local, nacional e internacional dentro de las temáticas de estudio: Sistema de Justicia Penal Juvenil, Política Criminal, Derechos humanos de las mujeres, investigación jurídica y criminológica entre otras. Perteneczo a diversas sociedades de investigación entre las que destaca la: Sociedad Mexicana de Criminología, la REDIPAL, entre otras; cuento con publicaciones de artículos de investigación y libros que tratan sobre las temáticas de investigación comentadas. Actualmente, me desempeño como Profesora Investigadora de tiempo completo en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, y es miembro del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT nivel 1.

ISBN: 978-607-99136-6-3



El tiraje digital de esta obra: "Justicia penal juvenil. Aspectos teóricos-jurídicos" se realizó posterior a un riguroso proceso de arbitraje doble ciego, llevado a cabo por dos expertos miembros del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) en México, así como revisión anti plagio y aval del Consejo Editorial del Fondo Editorial para la Investigación Académica (FONEIA). Primera edición digital de distribución gratuita, agosto de 2022.

El Fondo Editorial para la Investigación Académica es titular de los derechos de esta edición conforme licencia Creative Commons de Reconocimiento – No Comercial – Compartir Igual (by-nc-sa). La autora Dra. Xochithl Guadalupe Rangel Romero es titular y responsable única del contenido.

Diseño editorial y portada: Cristina Carreira Sánchez.

Imagen de portada recuperada de Pixabay: <https://www.pexels.com/es-es/foto/grafitti-162379/>.

Requerimientos técnicos: Windows XP o superior, Mac OS, Adobe Acrobat Reader.

Editorial: Fondo Editorial para la Investigación Académica (FONEIA). www.foneia.org consejoeditorial@foneia.org, 52 (228)1383728, Paseo de la Reforma Col. Centro, Cuauhtémoc, Ciudad de México.

La niñez en conflicto con la ley penal es un tópico actual. La justicia juvenil a lo largo de la historia ha basado su entendimiento en posicionamientos que permean dentro de las estructuras de los estados. Se vuelven importante, entender y comprender estas posturas hasta verse consolidada la Convención de los Derechos del Niño, instrumento jurídico que apuntala a la niñez en sus derechos.

Especialmente interés causa, el desarrollo jurídico que tiene la temática de los niños y las niñas en conflicto con la ley, buscando conocer los aspectos teóricos jurídicos que encamina este tema, se ha escrito esta obra.



Universidad Autónoma
de San Luis Potosí



FONEIA

Fondo
Editorial para la
Investigación
Académica

ISBN: 978-607-99136-6-3



9 786079 913663