

UNIVERSIDAD DE SONORA

División de Ciencias Sociales

Departamento de Derecho



**“Principios Rectores de la Convención de los Derechos
del Niño en Sistemas Comparados”**

**Tesis para obtener el grado de
Licenciatura en Derecho**

Presenta

Stephanie Celis Juárez

Directora de Tesis:

Dra. Martha Frías Armenta

Universidad de Sonora

Repositorio Institucional UNISON



"El saber de mis hijos
hará mi grandeza"



Excepto si se señala otra cosa, la licencia del ítem se describe como openAccess

Principios Rectores de la Convención de los Derechos del Niño en Sistemas Comparados

Stephanie Celis Juárez

Directora de tesis:

Dra. Martha Frías Armenta

Comisión Revisora:

Dra. Martha Martínez García

Dra. María Auxiliadora Moreno Valenzuela

Lic. Jesús Manuel Fisher Carrisoza

Agradecimientos

Primeramente agradezco a todos aquéllos docentes que gracias a sus conocimientos y preparación han sido una inspiración, motivación e hicieron crecer en mí el gusto por esta bella carrera de Derecho.

Agradezco también a la Universidad de Sonora, por haberme permitido aprender de grandes maestros y conocido lugares increíbles a través de la movilidad.

Muchas gracias a las amistades, por su paciencia y constante motivación.

Pero sobre todo le doy las gracias a mis padres, Guillermo y Lucero, por su apoyo incondicional en cada etapa de mi vida.

ÍNDICE

Introducción	7
Capítulo I: Principios bajo los cuales se rige la Convención sobre los Derechos del Niño	9
II. Principio de Interés Superior del Menor	11
i. México	14
ii. Argentina	18
iii. Estados Unidos	21
iv. Corte Interamericana de Derechos Humanos	24
v. España	26
vi. Francia	31
vii. Unión Europea	34
II. Principio de la No Discriminación	37
i. México	40
ii. Argentina	42
iii. Estados Unidos	45
iv. Corte Interamericana de Derechos Humanos	47
v. España	48
vi. Francia	50
vii. Unión Europea	53
III. Principio de la Vida, Supervivencia y Desarrollo	55
i. México	58
ii. Argentina	60
iii. Estados Unidos	61
iv. Corte Interamericana de Derechos Humanos	62
v. España	63
vi. Francia	65

vii. Unión Europea	67
IV. Principio de la Participación	70
i. México	76
ii. Argentina	79
iii. Estados Unidos	80
iv. Corte Interamericana de Derechos Humanos	82
v. España	83
vi. Francia	85
vii. Unión Europea	86
V. Análisis bibliográfico del Sistema Jurídico de Menores Infractores Mexicano	88
VI. Cuadro comparativo	109
VII. Conclusiones	112
VIII. Bibliografía	116

INTRODUCCIÓN

La primera declaración que protegía los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, aprobada por la Sociedad de las Naciones, antecedente de la Organización de Naciones Unidas, el 26 de Diciembre de 1924. El 10 de diciembre de 1948, ya siendo la ONU, se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual incluía los derechos de los niños. Dicha declaración no los protegía de manera íntegra, por la cual la Asamblea General decidió aprobar la Declaración de los Derechos de los Niños, para salvaguardar de manera más directa sus derechos. La Declaración nació por la necesidad de tener un instrumento jurídico internacional que tuviese poder coercitivo y vinculación para los países. Fue abierta a firma y adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 44/25 el 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. La Declaración es el tratado internacional con más ratificaciones en el mundo, actualmente 192 países son miembros; los únicos Estados no parte son Estados Unidos y Somalia. El gran número de integración de los sistemas jurídicos de los países partes demuestra un grado muy amplio de aceptación, tomando esta un carácter consuetudinario para el derecho internacional. Con la creación de la Convención y de otros instrumentos jurídicos internacionales, el Derecho de los niños llegó a ser una nueva rama jurídica basada en tres vertientes: primero en el interés superior de niño, bajo la cual se aplicará e interpretará la normativa de los menores; la segunda sería el menor de edad como sujeto de derecho, se le reconocen sus derechos humanos y aquellos que tiene por su condición de minoría de edad y por último, el ejercicio de los derechos fundamentales y el vínculo a sus padres, lo cual le da responsabilidades a los padres, los cuales deben de procurar la protección al niño para lograr que este tenga un desarrollo integral, siendo que es un derecho de los niños a recibir esta protección y orientación.

La Convención reconoció a los menores como sujetos de derechos y estableció el interés superior del niño como una norma de resolución de controversias normativas y como una guía para evaluar leyes, actividades y políticas del gobierno,

que afectasen a la infancia. Así mismo estableció principios como el respeto a la opinión del menor, a la no discriminación y principio de sobrevivencia y desarrollo. Consagró la “doctrina de la protección integral”, que busca un desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social en el menor.

Cada Estado tiene distintas tendencias en los sistemas jurídicos de menores infractores, por lo que analizarlos permitirá conocer cuáles son esas tendencias y compararlas unas con otras, para así estudiar como procesan y penalizan a sus personas de menor edad, comparándolo a los que son miembros de la Convención y los que no.

En el presente trabajo se estudiarán las garantías otorgadas en la legislación de menores infractores de distintos sistemas jurídicos, con el punto de analizar y observar si aquellos Estados que son parte de la Convención sobre los Derechos del Niño tienen un sistema más garantista, protegen y respetan más ampliamente sus derechos, o si aún sin ser parte, como Estados Unidos otorgan dichas garantías. Primeramente se analizarán los principios rectores de la Convención, siendo estos los derechos fundamentales sobre los cuales se aplicará e interpretarán los demás preceptos contenidos en dicho documento, debiendo ser respetados por la legislación de menores infractores de los países miembro. Posteriormente se efectuará un análisis de los principios rectores para descifrar los derechos que otorgan a los menores infractores los sistemas jurídicos de México, Argentina, Estados Unidos, Francia y España, así como la legislación europea del tema que obliga a éstos dos últimos Estados.

I. Principios bajo los cuales se rige la Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos de los Niños tiene su antecedente en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño. La Convención es el primer mecanismo internacional que es jurídicamente obligatoria para la protección de los derechos de los niños; ésta establece una fuerza vinculatoria para los derechos en ella contenidos. Por lo tanto, todos los Estados miembros (Estados que han firmado y ratificado la Convención) “[...] *están obligados a respetar y a asegurar que se respeten todos los derechos que esta establece en nombre de los niños*”¹.

Esta se encarga de convertir a los menores en sujetos de derecho, por lo que tienen derechos exigibles; los Estados y los padres son convertidos en sujetos de responsabilidades, teniendo que acatar lo que dicta la Convención. Tiene la labor de proteger los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los menores. Así mismo, busca proteger y promocionar los derechos de los niños con calidad de refugiados, pertenecientes a minorías y niños con capacidades especiales.

Estados Unidos participó activamente en la elaboración de la Convención, teniendo gran influencia en sus propuestas y en su redacción. La Convención la firmó en 1995, siendo Bill Clinton presidente, pero no fue enviada al Senado para su ratificación. Se discute su ratificación por posiciones encontradas, habiendo grupos sociales que apoyan la ratificación y grupos conservadores que ven la Convención como una amenaza a la soberanía tanto del país como de los estados.

El caso de Somalia su no integración a la Convención se debe a la inestabilidad política en la que se encuentra actualmente, y por consiguiente no tiene el poder para ser miembro de la Convención.

¹ IBARROLA, Laura, *La Convención de los Derechos del Niño*, Definición de la Convención, Consultado en el portal de: Humanium, el día 12 de junio de 2015, <http://www.humanium.org/es/convencion-definicion/>

La CDN define en su artículo 1º la condición de niñez como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de una ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”².

La Convención se funda en distintos principios rectores, los cuales son utilizados para regirla y sirven como base para la creación y aplicación de leyes de los Estados miembros. Así mismo, las normas de la Convención deberán ser interpretadas y aplicadas utilizando dichos principios. Dichos principios rectores son los siguientes:

- El interés superior del niño
- La no discriminación
- El derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo
- El derecho a la participación

A continuación se estudiará cada uno de estos principios, para analizar el alcance que han tenido en las legislaciones de diversos sistemas jurídicos.

II. Principio de Interés Superior del Menor

² Convención de los Derechos del Niño, publicada en el Diario Oficial el viernes 25 de enero de 1991. Consultada en el Portal de la Comisión Nacional de Derechos Humanos

El principio rector del **interés superior del niño**, se funda en la dignidad humana, en las características de los niños y la necesidad de favorecer su desarrollo. Se encuentra regulado en el artículo 3, obligando al estado ratificador a que “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”³.

A lo largo de la Convención distintos preceptos recogen este principio, “[...] a saber: el artículo 9 (separación de los padres); el artículo 10 (reunión de la familia); el artículo 18 (obligaciones de los padres); el artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el artículo 21 (adopción); el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el artículo 40, párrafo 2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley)”⁴. Así mismo este principio, se recoge en el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en el preámbulo y en el art. 8; así como en el preámbulo del y Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones, en el preámbulo y en los artículos 2 y 3 de dicho documento.

El concepto de interés superior del niño tiene como objetivo “[...] garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”⁵. La Convención no establece una jerarquía de derechos, mas todos los derechos previstos en ella deben de responder a este interés, para garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual del niño, promoviendo su dignidad humana. El Comité le adjudica a dicho principio un

³ *Ibíd.*

⁴ *Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, Convención sobre los Derechos del Niño, 19 de mayo de 2013, párr. 3

⁵ *Observación general Nº 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, párr. 61 EN: *Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, Convención sobre los Derechos del Niño, 19 de mayo de 2013, párr. 4

carácter tripartito; lo describe como un derecho subjetivo, un principio interpretativo y como norma de procedimiento.

Lo califica además como derecho subjetivo “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”⁶. El artículo 3º le da a este principio una aplicabilidad directa, en el entendido de que los sujetos pueden invocarla ante los tribunales. Este concepto tiene una gran importancia, y es considerado como “una de las piezas claves de la Convención”⁷, pues independientemente de ser un principio rector, es utilizado como criterio de interpretación de los demás derechos; haciendo que aparte de los beneficios otorgados por ellos, se busque siempre el interés superior del niño. Si hay distintas interpretaciones posibles, deberá de elegir la que más se apegue a este principio.

Este interés “no se aprecia, pondera o actualiza desde el niño mismo- como pudiera suceder con respecto a otras categorías de sujetos, en sus casos respectivos-, sino desde fuera: el sujeto responsable del menor, la sociedad o la autoridad llamados a subordinar su conducta y sus decisiones al interés superior del niño”⁸.

Como norma de procedimiento, obliga a los Estados a tomar en cuenta las repercusiones que puede tomar una decisión que involucre a un menor y debe de justificar por qué tomó esa decisión.

⁶ *Ibidem*, párr. 6

⁷ GONZALEZ CONTRO, MONICA, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008, p. 402 En: HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, México, Ed. Flores Editores y Distribuidor, 2013, p. 29

⁸ GARCIA RAMIREZ, Sergio, *Derechos Humanos de los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, Investigaciones Jurídicas, México, 2010, p. 52. En: HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, México, Ed. Flores Editores y Distribuidor, 2013, p. 28

Este principio forma parte del Derecho Internacional General, y es de primordial importancia, ya que para todas las medidas tanto públicas como privadas, que tome el Estado deben de considerar este interés, si los niños pueden ser afectados por dichas medidas. Este principio es delimitado por la Convención y sus protocolos facultativos, los cuales le dan un marco para evaluar y determinar el interés. El Comité lo considera “[...] como un concepto dinámico [que]⁹ debe evaluarse adecuadamente en cada contexto”¹⁰.

Se encontraba consagrado anteriormente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en su artículo 2º, el cual establecía que el niño gozaría “de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”¹¹. Este obligaba al Estado en un plano de creación de leyes para que los niños pudiesen desarrollarse en distintos aspectos; en la Convención actual crece el principio, obligando a los Estados en un plano tanto público como privado.

En la Declaración Internacional, se entiende, desde el séptimo principio que: “el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación”. Esa protección especial ya había sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de organismos especializados y de las

⁹ Agregado por la autora.

¹⁰ *Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), óp. cit., párr. 1*

¹¹ *Declaración de los Derechos del Niño, 1959. Consultado en el Portal de Jurídicas de la UNAM.*

organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño¹².

En la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 se habló de este principio como una idea antigua del orden internacional, y se vinculó con el principio de la no discriminación, señalándose que: “[l]a no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados”¹³. Otro antecedente de este principio está en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en instrumentos regionales y en distintas normas jurídicas internacionales y nacionales.

Es el principio con mayor trascendencia de la Convención, siendo utilizado como base para todo los demás derechos del menor, por lo que muchos países lo han incorporado a su derecho de niños, niñas y adolescentes, como mecanismo de protección y seguridad para ellos. A continuación estudiaremos su incorporación en distintos sistemas jurídicos, en la Comisión Interamericana de derechos Humanos y la Unión Europea.

i. México

En México, la Constitución menciona este principio en el art. 4º, mediante el cual se indica que todas las decisiones y actuaciones del Estado deberán velar y cumplir con este principio para garantizar sus derechos. De igual manera deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la infancia.

Es uno de los principios rectores de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes.

¹² HIDALGO MURILLO, JOSE DANIEL, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes: Comentada a la luz del sistema acusatorio* (Capítulo I), Ed. Flores Editor y Distribuidor, México, 2013, p. 26

¹³ Vid. Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, doc. A/CONF.157/23 12 de julio de 1993, par. 21. EN: AGUILAR CAVALLO, GONZALO, “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, 2008, pp. 223-247, Centro de Estudios Constitucionales de la Chile. (http://www.cecococh.cl/html/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf)

Establece que: se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los adolescentes, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances previstos en los instrumentos internacionales, garantizando que toda medida que el Estado tome frente a ellos, cuando realizan conductas tipificadas como delito en las leyes federales, deba interpretarse y aplicarse siempre en el sentido de maximizar los derechos de los adolescentes y de restringir los efectos negativos de su sujeción a un Sistema que en esencia tiene un carácter sancionatorio. Para determinar el interés superior en una situación concreta se deberá valorar, la opinión del adolescente, la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de éste con sus deberes, las exigencias del bien común y los derechos de la víctima u ofendido;¹⁴

En esta ley, este principio se toma como un medio de interpretación y base para solucionar los conflictos en los que haya menores involucrados¹⁵.

En la recientemente expedida Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, la cual se aplicará a aquellos adolescentes que realicen una conducta tipificada en la ley como delito y tenga entre doce y dieciocho años cumplidos, que tiene entre uno de sus objetos establecer el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, se contempla el interés superior de la niñez, como primer principio rector, explicando que debe ser entendido como derecho, principio y norma de procedimiento para asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos. La determinación de este interés debe de apreciar integralmente su reconocimiento como titulares de derechos, su opinión, condiciones sociales, derechos y garantías, interés público, efectos o consecuencias de las decisiones

¹⁴ Ley Federal de Justicia para Adolescentes, México, 24 de diciembre de 2014, Consultada en el portal de los Diputados.

¹⁵ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, México, 2014

que habrán de adoptarse y la colaboración de los intervinientes para garantizar su desarrollo integral e integridad personal¹⁶.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomando en cuenta el principio en mención, resolvió de manera “limitativa” en relación a la libertad, diciendo que:

Las personas privadas de libertad se encuentran en situación de vulnerabilidad, por lo que el Estado tiene ciertos deberes, y en el caso de los menores, se encuentran en mayor vulnerabilidad tanto física como psicológica, y el Estado por medio de sus órganos encargados, tanto los de creación de normas, como los de procuración y administración de justicia debe de tomar esto en cuenta para sus acciones. Este principio obliga a que las actuaciones de las instituciones, tribunales y autoridades que están encargadas de la aplicación del sistema penal para adolescentes sean lo más benéficas posibles y ayuden al pleno desarrollo de los menores. Por lo tanto, los menores habrán de tener mayores derechos para lograr una mayor protección, y evitar adoptar medidas de protección tutelar. Las autoridades al maximizar los derechos de los menores deberán tener como límite los derechos de las demás personas y de la sociedad, respetando la esfera de derechos que no pueden ser transgredidos según los ordenamientos penales. Cuando hay una plena responsabilidad por el hecho delictivo, esta puede ser corregida utilizando medidas sancionadoras de tipo educativo buscando una readaptación¹⁷.

¹⁶ Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, México, publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 2016.

¹⁷ Cfr. Registro No. 168776. Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Fuentes: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII*, septiembre de 2008. P. 616. Tesis: P. /J. 78/2008. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Penal. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DE PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. En: HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, México, Ed. Flores Editores y Distribuidor, 2013, p. 29

La Primera Sala de la SCJN estableció en tesis que el interés superior del niño, niña o adolescente “[...] es un principio de rango constitucional implícito en la regulación de los derechos de las personas menores de 18 años previstos en el artículo 4o. constitucional”¹⁸ teniendo el órgano reformador el objetivo de adecuar el marco normativo nacional a los compromisos internacionales en materia de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Así mismo, dicha sala estableció una tesis del ámbito jurisdiccional del interés superior del niño, describiendo el principio del interés superior de niño como un principio que debe orientar la interpretación de cualquier norma jurídica que vaya a ser aplicada a un niño, niña o adolescente en un caso concreto o que vaya a afectar los intereses de una persona de menor edad. De la misma manera, dicta que al realizarse una interpretación debe de ser sistemática, tomando en cuenta los deberes de protección de niños, niñas y adolescentes y los derechos contenidos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección a la niñez. Cuando vayan a tomarse medidas legislativas o administrativas, los órganos deben de ser más cuidadosos para que las medidas que tomen sean proporcionales¹⁹.

La Primera Sala, en tesis estableció que, en relación con los términos de los artículos 4º constitucional, 3º de la Convención sobre los Derechos de los niños, 3º, 4º, 6º y 7º de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el interés superior de niño debe de ser considerado primordial para los tribunales en todas las medidas que tomen y éstos estén involucrados.

En el Examen de los Informes de México, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, encuentra preocupante que en la legislación y en las políticas nacionales no se le preste a este principio, la debida atención, y que la población

¹⁸ Tesis aislada: 1ª. XVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXIII, abril de 2011, p. 310, registro IUS: 162354. En: HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, México, Ed. Flores Editores y Distribuidor, 2013, p. 30

¹⁹ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, marzo de 2012, p. 5. Cfr. Tesis aislada: 1ª XV/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXIII, febrero de 2011, p. 616. Registro IUS: 162807. En: HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, México, Ed. Flores Editores y Distribuidor, 2013, p. 31

tenga una escasa conciencia sobre él, por lo que recomienda a México adoptar medidas para sensibilizar a la población sobre la importancia que tiene su aplicación y que se refleje debidamente en las medidas legislativas y administrativas, como en las relacionadas con la asignación de los recursos públicos²⁰.

Los órganos del Estado están obligados a actuar teniendo en cuenta este principio siempre que haya una persona de menor edad involucrado, ya sea para legislar, actuar judicialmente, interpretar, o en cualquier otra actividad. Éste es tomando en cuenta como derecho y norma de procedimiento para asegurar su uso en todas las instancias donde esté un niño involucrado.

ii. Argentina

Argentina, fue uno de los últimos países en cumplir el compromiso internacional de adecuar su legislación a la CDN, este la ratificó en 1990²¹. Con su ratificación, comenzó a desarrollarse la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia, con sanción en la Ley 26061.

En la Constitución de la Nación Argentina, no se hace mención del principio de interés superior pero si a la CDN. Se le faculta al senado en su art. 75 fracción 22, “aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales [...]”²². En este artículo eleva la CDN a una jerarquía constitucional, siendo complementario de los derechos y garantías, establecidas en la Constitución, y sin poder derogar alguno de sus artículos.

La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061/2005) se sanciona en 2005, a quince años de haber adoptado la CDN, cumpliendo con el compromiso adquirido de reconocer a los menores como sujetos

²⁰ *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del Artículo 44 de la Convención Observaciones Finales: México*, Comité de los Derechos del Niño, 2006, p.9

²¹ Fue ratificada a través de la Ley N°23849, sancionada el 27 de septiembre de 1990. Consultado en: *Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, UNICEF, 2004, p.3

²² *Constitución de la Nación Argentina*, Argentina, 1995, Consultado en: <http://www.ttn.gov.ar/descargas/constitucion.pdf> el día 16 de diciembre de 2015

de derechos. Esta, en su artículo 1º establece como objeto “la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio [...] para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”²³. Los derechos reconocidos por ella están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del ISN. El artículo 2º le da aplicación directa a la CDN, en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto a menores de dieciocho años de edad. Describe en su art. 3 al interés superior como la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la ley, y detalla que debe respetarse:

- a) La condición de sujeto de derecho;
- b) Los derechos de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y tomados en cuenta;
- c) El respeto a su desarrollo personal y de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre sus derechos y garantías, y exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida (lugar donde hayan transcurrido legítimamente la mayor parte de su vida).

Al existir un conflicto entre los derechos de los menores y otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los de los menores.

La CDN fue elevada a rango constitucional, pero persisten legislaciones infraconstitucionales sobre menores infractores que conservan un carácter tutelar, como las leyes 22.803 (Régimen Penal de Menores Infractores), 23.264 y 23.742.

Los delitos de menores son tratados por la ley de Patronato de 1919 y por los

²³ *Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes* (Ley 26.061/2005), República de Argentina, 2005

Códigos desde 1887 y 1821, pero fueron leyes provinciales las primeras en crear tribunales de menores. En Buenos Aires fue en 1938, en Mendoza en 1939, en Santa Fe en 1939 y en Córdoba en 1939.

El Código Procesal Penal de la Nación Argentina, hace mención de los tribunales especializados de menores, cumpliendo con la regulación de la minoridad armoniosamente, más no menciona los principios de la CDN²⁴.

Se han dado diversos proyectos para modificar el sistema de responsabilidad penal juvenil, lo cual hasta la fecha sigue pendiente, ya que sigue vigente la Ley 22.278 sobre “Régimen Penal de la Minoridad” para regular y administrar los delitos cometidos por menores, la cual no se adecua a lo que dicta la CDN para un régimen de responsabilidad penal juvenil.

En el Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, en las observaciones finales hechas a Argentina en 2010 el Comité se muestra preocupado ya que en la Ley No 22278 de 1980 de justicia de menores, el principio del interés superior puede ser utilizado para determinar la privación de libertad por razones de protección. Dicha ley aún no ha sido armonizada con la Convención, y este principio no se toma en cuenta para las decisiones, procedimientos administrativos y judiciales ni en los programas donde hay niños involucrados.

El Comité de los Derechos del Niño insta al Estado a armonizar el sistema de justicia juvenil a la Convención, y a proseguir e intensificar el esfuerzo para que el principio del interés superior “se incorpore debidamente en todas las disposiciones legales, así como en las decisiones judiciales y administrativas y en todos los programas, servicios y políticas que afecten a los niños”²⁵.

De la misma manera insta a Argentina a no utilizar este principio para decidir la privación de la libertad como medio de “protección” para los niños en vez de aumentar sus derechos.

²⁴ CRUZ Y CRUZ Elba, *óp. cit.*, p. 202

²⁵ *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención*, Observaciones finales: Argentina, Comité de los Derechos del Niño, 2010, p. 8

iii. Estados Unidos

En 1899 en Chicago, Illinois se creó el primero tribunal para personas de menor edad, creándose con él el derecho de menores, el cual tenía un enfoque tutelar y proteccionista. Para Robert Mennel “la creación de esta corte juvenil representa una reafirmación y una expansión de la doctrina de *parens patriae*²⁶²⁷. Posteriormente se extendieron en 1901 a Wisconsin y Nueva York, Ohio, en 1902 a Maryland y en 1903 a Colorado. Para 1925 sólo Maine y Wyoming no contaban con una corte de menores. Estas tenían el fin de priorizar la rehabilitación sobre el castigo, para que así los menores se vieran alejados de la vida de criminalidad. La Ley Civil que se basó esta doctrina tuvo tres importantes implicaciones: se disminuyó la responsabilidad a los menores, el bienestar del menor se basó en el interés superior del niño y los procesos se hicieron familiares e informales. El interés superior del niño lo considera como el interés global de la corte juvenil tradicional, de valorar las necesidades de los menores y luego a buscar un bienestar físico, emocional, mental y social para ese menor durante la intervención judicial²⁸. Esta Corte fue vista más como un sistema de bienestar del niño en vez de un sistema judicial, procurando la protección, educación, reforma y regulación de los menores dependientes, abandonados y delincuentes. Para determinar su mejor interés, la corte analizaba su entorno, buscando identificar las causas del comportamiento criminal para dar un diagnóstico adecuado, y así desarrollarle un programa de tratamiento individual. Su importancia era tal que la razón de su remisión se enviaba a segundo plano considerándose simplemente un síntoma sufrido por el menor. El problema principal de estas cortes era la falta del debido proceso, por lo que entre 1960 y 1980 se fueron dando distintos cambios en el sistema de menores, como la inclusión del debido proceso como en el caso de la Suprema Corte *In re Gault* en

²⁶ *Parens patriae*: “parent of the country”. The legal authority of courts to assume parental responsibilities when the natural parents fail to fulfill their duties. (La autoridad legal de las cortes para asumir las responsabilidades parentales cuando estos hay fallado en sus deberes)

²⁷ Mennel Thorns and Thistles, 130. En: W. BURFEIND, James, DAWN JEGLUM, Bartusch, *Juvenile Delinquency An Integrated Approach*, Jones and Bartlett Publishers, United States, 2006, p. 35

²⁸ W. BURFEIND, James, DAWN JEGLUM, Bartusch, *Juvenile Delinquency An Integrated Approach*, Jones and Bartlett Publishers, United States, 2006, p. 37

1967²⁹, la creación de la Juvenile Justice Delinquency Prevention Act (JJDP, 1974) y las iniciativas contemporáneas de castigo y responsabilidad.

La JJDP redefinió el sistema de justicia juvenil, redirigiendo su filosofía legal, la autoridad y los procesos establecidos. Se creó con el fin de proteger a los niños, jóvenes y familias, estableciendo estándares federales para su cuidado y custodia, procurando la seguridad de la comunidad y la prevención de la victimización. Provee un modelo nacional de planeación y asesoría de todos los estados, territorios y el Distrito de Colombia, para aportar fondos para la prevención de la delincuencia, mejorar los programas y prácticas de justicia juvenil y la operación de la Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention³⁰. Se centra en cuatro puntos base:

1. La desinstitucionalización de los Status Offenders³¹
2. La separación de los menores y los adultos en los centros
3. Los acusados y los imputados no deberán tener contacto en cualquier institución en la que puedan tener contacto con delincuentes adultos
4. Reducir el número de delincuentes de grupos minoritarios³².

El principio del interés superior del niño tiene gran trascendencia en el derecho de familia de EEUU, pero el problema que presenta es la gran discrecionalidad del juez, al resolver éste guiándose por sus propios valores y principios.

No cuenta con un modelo uniforme del derecho de familia, ya que cada Estado cuenta con su legislación correspondiente. Sin embargo, la doctrina ha tenido un gran impacto en este principio. Los Estados han establecido estatutos para que se tome en cuenta el interés del menor en cualquier situación que los involucre, sin embargo, para limitar la discrecionalidad del juez se han establecido distintos factores a tomar en cuenta por los juzgadores. En la Uniform Marriage and Divorce

²⁹ *Kent v. United States* (1996), *In re Winship* (1970), *McKeiver v. Pennsylvania* (1971) y *Breed v. Jones* (1975)

³⁰ Consultado en el portal de Coalition for Juvenile Justice (<http://www.juvjustice.org/federal-policy/juvenile-justice-and-delinquency-prevention-act>)

³¹ Los menores que cometen un ilícito que si fuese cometido por un adulto no sería un delito.

³² Consultado en el portal de Coalition for Juvenile Justice: <http://www.juvjustice.org/federal-policy/juvenile-justice-and-delinquency-prevention-act>

Act este principio juega un rol fundamental en la determinación de la custodia (art. 402), ya que esta debe de ser en conformidad con el principio del interés del menor, el cual debe ser tomado en cuenta considerando: los deseos de los padres del niño, los deseos del niño sobre su custodio, la interacción e interrelación del menor con sus padres, sus hermanos o cualquier otra persona que pueda afectar su interés, su adaptación a su hogar, escuela y comunidad y la salud física y mental de todos los individuos implicados. Esta determinación está diseñada para codificar el derecho existente en la mayoría de las jurisdicciones. Estos cinco factores a considerar son los que se encuentran con mayor frecuencia en las apelaciones, más no son limitativas para el juzgador³³.

En los estatutos estatales, algunos estados describen como metas, objetivos y propósitos, que forman el principio del interés superior del niño, los siguientes principios:

- La importancia de la integridad familiar y la preferencia para evitar remover al menor de su hogar. (aprox. 28 estados)
- La salud, seguridad y/o protección del menor. (19 estados)
- La certeza de que al remover a un menor de su hogar, este será cuidado, tratado y asistido en su desarrollo para convertirse en un adulto auto-suficiente. (12 estados)³⁴

En distintos estados se han establecido criterios más específicos a considerar, más no han proveído definiciones ni guías para interpretar el principio. Mientras que los factores varían considerablemente de Estado a Estado; algunos requeridos comúnmente incluyen:

- Los lazos emocionales y relaciones entre los menores y sus padres, hermanos, familia u otros cuidadores. (15 Estados y el Distrito de Colombia)

³³ *Uniform Marriage and Divorce Act*, National Conference Commissioners Uniform State Laws, Estados Unidos, 1973, pp. 53 y 54

³⁴ *Determining the Best Interest of the Child*, Child Welfare Information Gateway, United States, 2012, p. 2

- La capacidad de los padres a proveer un hogar seguro, comida y ropa adecuada y cuidado médico. (9 Estados)
- La necesidad del menor a la salud mental y física. (8 Estados y el DC)
- La salud mental y psicológica de los padres. (8 Estados y DC)
- La presencia de violencia doméstica. (8 estados)³⁵

Al establecer criterios para aportar uniformidad al uso de este principio se avanza en su utilización, sin embargo a la hora de la toma de decisiones no se logra emparejar su uso debido a su amplitud. Su gran discrecionalidad ha llevado a doctrinarios a abandonar este principio y usar estándares más simples como el estándar del cuidado Kelly, 1994. Aún con la implementación de criterios para guiarlo, este queda con un poco de incertidumbre por la falta de ponderación entre ellos.

A pesar de estos problemas, hay más argumentos que apoyen su uso, ya que para cada decisión se considera individualmente el desarrollo del menor y sus necesidades psicológicas. Insta al juzgador a considerar lo que el menor necesita en ese tiempo, su familia y el cambio estructural que tendrá. Este representa una disposición de parte de la corte y de la ley para considerar al menor caso por caso en vez de tomar a los menores como una clase o un grupo homogéneo en el que todos tienen las mismas necesidades y situaciones.

iv. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el Informe sobre el Castigo Corporal y los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que

[...] a partir de la doctrina de la protección integral, sustentada en la misma Convención sobre los Derechos del Niño, por *interés superior del niño* debe entenderse la efectividad de todos y cada uno de sus

³⁵ *Ibíd* p. 3

derechos humanos. En otros términos: todas las decisiones que en la familia, la sociedad, o el Estado afecten a una persona menor de dieciocho años de edad tendrán que tener en cuenta, objetiva e indefectiblemente, la vigencia efectiva de la integralidad de tales derechos³⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dicta que “la expresión ‘interés superior del niño’...implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño³⁷. En Opinión Consultiva, la Corte señaló que el interés superior debe ser entendido respecto del niño, niña o adolescente, como sujeto de derecho para que este pudiese gozar de todos sus derechos y permitir su amplio desenvolvimiento y de sus facultades³⁸.

En el caso de *Bulacio vs. Argentina*, en 2003, la CIDH señala que “[c]uando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda ‘en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades’³⁹40.

En el caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, la CIDH confirmando, completando y sistematizando el interés superior, señala que “[I]a prevalencia del

³⁶ *Informa sobre el Castigo Corporal y de los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, agosto de 2009, p. 9

³⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, marzo de 2012, p. 5. Cfr. Tesis Aislada: 1ª. XV/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXIII, febrero de 2011, p. 616. Registro IUS: 162807. En: HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, México, Ed. Flores Editores y Distribuidor, 2013, p. 31

³⁸ CORTE I.D.H.: *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 59, p. 62.

³⁹ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra nota 4, párr. 56. En: CORTE I.D.H.: *Caso Bulacio vs. Argentina*. Sentencia e 18 de septiembre de 2003, p. 55

⁴⁰ CORTE I.D.H.: *Caso Bulacio vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, par. 134, p. 55

interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”⁴¹.

Para la CIDH este principio se centra en la satisfacción de los derechos humanos de los menores, su sano desarrollo, su participación y valoración dentro de los sistemas jurídicos, siendo esto garantizado por las medidas que el estado deberá legislar y aplicar.

v. España

En la Unión Europea se encuentran dos tipos de ordenamientos jurídicos distintos, el anglosajón y el continental. Para regular el interés superior del menor, los primeros combinan cláusulas generales y criterios normativos, y los segundos utilizan cláusulas generales.

España, como parte de los sistemas continentales contiene pocos criterios que complementen el concepto de dicho interés. En la legislación española se opta por darle la tarea el juez o a la administración de determinar en qué consiste dicho interés, y tratándose de medidas a aplicar; de igual manera las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas y los órganos legislativos deberán delimitarlo en las medidas que deseen aplicar, e inclusive los padres o representantes legales deberán garantizar este principio en la crianza y desarrollo del niño⁴². Aquí los criterios judiciales determinan en qué medida regirá a la hora de la toma de decisiones. Por ello los criterios empleados con base a este

⁴¹ CORTE I.D.H.: *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No 130, par. 134, p. 59; Cfr. CORTE I.D.H.: *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párrfs. 56, 57 y 60. En: AGUILAR CABALLO, Gonzalo, “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios Constitucionales, Año 6, N°1, 2008, pp.223-247, p. 243-244

⁴² RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 n°2, 2012, pp. 89-108, p.94
Convención de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989, art. 8.1.

principio llegan a ser muy diversos, por la importancia que tiene la óptica del juez en estos procesos.

La legislación española cubre de distintas maneras las garantías de la Convención, ya que va nombrándolas a través de diversos instrumentos jurídicos. En la Constitución no se hace especial mención el principio de interés superior del menor, pero en su artículo 39 se les da el goce de la protección otorgada por los acuerdos internacionales para velar por sus derechos; y obliga a los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia⁴³. Este principio, en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil se maneja como principio general, siendo este superior a cualquier otro interés que pudiese concurrir. En la exposición de motivos de esta ley, se define al interés superior como el “[...]principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto administrativas como judiciales[...]”.

La Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya naturaleza es sancionadora-educativa⁴⁴, se rige bajo las directrices del principio del interés del menor, de las garantías del ordenamiento constitucional y de las normas de derecho internacional como la Convención. Esta ley fue modificada a los cinco años de su aprobación por mandato legal, con cual debían de estudiarse sus efectos para mejorarla, y fue así como se creó la Ley Orgánica 8/2006 reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁴⁵. Sufrió ciertas modificaciones en vista del aumento que hubo de los delitos cometidos por menores. Se conservó el interés superior del menor como objetivo de la ley, buscando lograr una mayor proporcionalidad entre la medida sancionadora y la gravedad del delito. Al juez se le confirió la labor de valorar y ponderar el interés superior del menor y la proporcionalidad, de un modo flexible en el que se favoreciera la mejor individualización de la medida, no de realizase esta, se le daría

⁴³ Constitución Española, España, 1978. Publicada en el BOE núm. 311, 29/12/1978, arts. 9, 10 y 15. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

⁴⁴ CUESTA ARZAMENDI, José Luis, BLANCO CORDERO, Isidoro, *Menores Infractores y Sistema Penal*, Instituto Vasco de Criminología, España, 2010, pp. 190-191

⁴⁵ *Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores*. España, 2006.

al interés superior uno valor único y excluyente frente a otros valores constitucionales, por lo que es fundamental su ponderación dentro de procedimiento⁴⁶.

La actuación que ha tenido el Tribunal Constitucional es poco relevante, ya que este no se considera competente por su jurisdicción de amparo, ya que la aplicación del principio corresponde a los órganos judiciales por ser un principio indeterminado. En el recurso de amparo 5258/2000 afirma que “la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a la jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no al Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés”⁴⁷.

En entendimiento de lo resuelto por el Tribunal Constitucional y lo que dicta la ley, la interpretación y valoración de la ponderación del alcance del principio le corresponde a la jurisdicción ordinaria, ya que sería muy complicado para el Tribunal Constitucional revisar las circunstancias de cada caso concreto para resolver sobre el interés superior del menor. Sin embargo, el Tribunal en algunas resoluciones, teniendo que aclarar si existió o no vulneración de los derechos del menor ha utilizado el interés superior del menor para justificar la legitimación de los padres de recurrir al Tribunal para pedir el restablecimiento del derecho. Un ejemplo de esto es la Sentencia 134/1999 del 15 de julio y la Sentencia 197/1991 del 17 de octubre; ambas se refieren al derecho a la intimidad personal y familiar de unos menores.

Algunas sentencias que hacen alusión al sentido que debe de dársele a este principio son: La Sentencia del Tribunal Supremo 1987/1515 del 18 de marzo, en ella “se cuestiona e impugna la adopción de una menor por parte de su madre natural o biológica”⁴⁸ al momento de dictarse dicha sentencia aún no había sido aprobada la Convención de los Derechos del Niño. De ella se concluye que los intereses del menor son los que más merecen protección y que se tiene que hacer un análisis detallado de las circunstancias de cada caso concreto para llegar al cumplimiento de sus intereses. Otra resolución del Supremo Tribunal es la

⁴⁶ CRUZ Y CRUZ, Elba, *óp. cit.*, p. 77

⁴⁷ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *óp. cit.*, p. 98

⁴⁸ *Ídem*

Sentencia 1996/6722 del 17 de septiembre, en la cual unos abuelos reclamaban su derecho a sostener relaciones personales con un menor *in potestae*. El Ministerio Fiscal apoyó la inadmisión del recurso que presentó el padre, el cual dijo que “al no discutirse en el mismo una cuestión jurídica, sino unos hechos cuales son las circunstancias que sean más favorables al menor, cuestiones de hechos a valorar por los Tribunales de instancia y sin acceso a la casación”; el Tribunal Supremo respondió que:

[N]o debe desconocerse el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar [...] se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor [...]⁴⁹.

En esta interpretación, se amplía la aplicación del interés de los órganos judiciales a todos los poderes públicos, a los padres y a los ciudadanos. De igual manera pone al menor como sujeto de derechos que van evolucionando progresivamente.

Algunas sentencias de Audiencias Provinciales cómo la Sentencia JUR 2000/123432 de la Audiencia de Zaragoza del 19 de febrero del 2000, en sus

⁴⁹ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *óp. cit.*, p. 101

fundamentos de derecho intenta concretar el concepto de interés del menor al caso concreto, creando unos indicadores para que el juzgador decida cuál de los familiares es más conveniente para ser tutor de unas menores.

Una segunda sentencia relevante, es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz del JUR 2011/112871 del 15 de junio de 2001, en la cual un padre solicitó la revisión de régimen de visitas a su hija menor de edad. La audiencia confirmó la sentencia, estimando que las medidas establecidas eran las óptimas para la situación de la menor, sometiendo la legislación y la patria potestad a la luz del interés superior de la menor.

Por último analizaremos la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada JUR 2002/128485 del 12 de marzo de 2002, ella resuelve el recurso de apelación de una resolución de un Juez de Primera Instancia de un divorcio con las partes en conflicto; en ella se distinguen “intereses” del menor a “deseos” del menor. Se resuelve que, aún siendo los primeros superiores a los segundos en caso de que sean contrarios, debe de buscarse su armonización.

El Comité de los Derechos del Niño, en el examen del informe presentado por España realizó ciertas observaciones con respecto a su cumplimiento de la Convención. De manera general sobre su legislación concluyó que si bien “[...] acoge con agrado la labor desplegada [...] para armonizar sus legislación con los principios y disposiciones de la Convención”⁵⁰, sin embargo las legislaciones de sus comunidades autónomas difieren de lo establecido en la Convención, no siendo siempre coherente con ella en materias como la protección de los niños en situación de riesgo, descuidados o en régimen de acogimiento familiar, o el trato a niños extranjeros no acompañados. Recomiendan a España a adoptar las medidas necesarias para que la legislación y las normas administrativas de todas sus comunidades autónomas se ajusten del todo a la Convención y a sus Protocolos facultativos.

Sobre el interés superior el Comité se considera complacido por su inclusión en la legislación, así como por ser utilizado por jueces y magistrados en decisiones que

⁵⁰ *Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 44 de la Convención: España*, Comité de los Derechos del Niño, 3 de noviembre de 2010

afecten a los menores, pero encuentra inquietante la falta de uniformidad sobre lo que constituye en sí el interés superior del niño, las diferencias de concepción y aplicación que existen entre las comunidades autónomas, sobre todo tratándose de niños extranjeros no acompañados, en la repatriación y adopción. Con respecto a las inquietudes de la Comisión, esta recomienda la adopción de medidas adecuadas para que este principio oriente todas las medidas y decisiones de los gobiernos central y autónomos, así como las decisiones judiciales y administrativas en los que haya menores involucrados. Así mismo considera pertinente evaluar las consecuencias de las medidas y decisiones adoptadas por los gobiernos para mejorar el uso de este principio.

En el sistema español, las normas no dictan la aplicación e interpretación concisa del interés superior del menor, al contrario lo dejan al arbitrio de los órganos judiciales, los cuales deberán estudiar cada caso concreto, guiándose por criterios de valor y experiencia para llegar a la medida más favorable. En la legislación es visto como el principio inspirador de todas las actuaciones en las que haya algún menor, y el Tribunal profundiza esta consideración, reconociendo la inclusión del juzgador, poderes públicos, incluso padres y ciudadanos, promoviendo las medidas que se le adecúen mejor al menor para ayudar a su formación integral.

vi. Francia

En Francia, el principio de interés superior del menor, es el criterio principal para resolver los asuntos familiares⁵¹. En la actualidad este principio es capaz de alterar el derecho positivo, ya que en salvaguarda de los derechos de los menores los jueces pueden dejar por fuera una ley buscando dicho interés.

Al ratificar la Convención en 1990⁵², esta, como norma internacional ratificada y como principio general, adquirió un valor supra legal en el sistema jurídico francés, contando el artículos 3-1 con aplicación directa otorgada por el Consejo de Estado y

⁵¹ *La notion d'intérêt de l'enfant dans la loi réformant la protection de l'enfance*, Groupe d'appui à la protection de l'enfance, Convention Nationale des Associations de Protection de l'Enfant (CNAPE), Francia, septiembre 2011, p.11

⁵² Ratificada por Francia el 7 de agosto de 1990. Consultado en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=fr

la Corte de Casación.

El Profesor Hugues Fulchiron explica que el interés superior del niño es marcado por la relatividad y por la subjetividad; la relatividad lo marca dentro del espacio y el tiempo, el cual va siendo modificando según la época y la sociedad, según la cultura, los conocimientos, siendo un concepto de la persona, del menor y de la familia. Por su subjetividad lo define como algo individual, de la madre, del padre, del juzgador y del menor, y de manera colectiva es aquella imagen que la sociedad tiene sobre el menor y la que él mismo se crea⁵³.

La ambivalencia de este principio tiene un lado positivo, el cual no permite que se aplique el principio de una manera exacta y mecánica, si no que éste va siendo transformado con el tiempo; el lado negativo es que por su falta de exactitud se presta a un uso subjetivo por parte de los juzgadores, dándole éstos distintas interpretaciones. Así mismo, esto puede causar que se caiga en un árbitro judicial. Dicho principio es definido por la motivación de cada decisión del juez que lleve el asunto, ya que las decisiones pueden variar en función del contexto familiar y personal del menor.

Con su ratificación las leyes se han ido integrando poco a poco en los preceptos convencionales. Entre varias medidas que se han implementado, está la participación de los menores en un juicio, se toman más en cuenta éstos en la toma de decisiones en las cuales se verán afectados, leyes relativas a los derechos de enfermedades, entre otras.

Entre algunos de los artículos que se refieren directamente al concepto de interés en la legislación francesa están:

El Art. L.112-4 CASF (Capítulo II: Política familiar) para el cual el interés del menor toma en cuenta las necesidades fundamentales, físicas, intelectuales, sociales y

⁵³ Cfr. H. Fulchiron, « *Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant* », Gaz. Pal., 08 déc. 2009, n° 342, p. 15. EN: PASCAL, Julie, "Les Perspectives d'Évolution Du Droit de la Filiation en Considération de l'Intérêt Supérieur de l'Enfant. Consultado en línea en: <http://www.lepetitjuriste.fr/wpcontent/uploads/2013/07/MEMOIRE.pdf?aa0226>

afectivas; así como el respeto a sus derechos, el cual debe guiar todas las decisiones que le conciernen⁵⁴.

Para comprender este artículo es necesario conocer la interpretación que se le da a “necesidades fundamentales”, ya que su falta de concretización puede ocasionar una aplicación muy subjetiva. El Profesor Lacharité⁵⁵ explica que el término “*besoins*” (necesidades) puede ser definido ya sea subjetiva u objetivamente. Definiéndose subjetivamente se puede referir a un deseo, unas ganas o a un estado de insatisfacción ocasionado por una necesidad, ya sea afectiva, cognitiva, social, o cualquier otra. De manera objetiva este término se refiere a algo necesario o indispensable para lograr un propósito, como alimentación, higiene, salud, educación, vivienda, cultura, entre otros. A lo largo del tiempo han ido cambiando y seguirán cambiando las necesidades básicas en función de la sociedad⁵⁶. Con este artículo se entiende que en las decisiones relativas al menor, se tiene que buscar cumplir con todas sus necesidades básicas, como parte de interés superior.

La Ordenanza n° 45-174 del 2 de febrero de 1945 relativa a la infancia delincuente, consolidada el 11 de noviembre de 2015 no hace referencia a este principio, ni cómo base para interpretación, sin cumplir la obligación que tiene de transponer este principio en su legislación de menores.

Cuando se trate del presunto autor de un delito o crimen, el interés de un menor será tomado en cuenta para diversas medidas: por ejemplo, la asistencia de un abogado es obligatoria en todas las fases del proceso, será juzgado por magistrados especializados en virtud de textos que le son consagrados con una prioridad al principio de educación antes del represivo que resta de su interés desde el preámbulo de la Constitución de 1946, igual que si las reformas anunciadas deban ser reajustadas por sus elementos.

En la Convención Europea de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales

⁵⁴ Cfr. Traducido del Art. L. 112-4 de de Ley N° 2007-293 del 5 de marzo de 2007 que reforma la protección del menor. Consultada en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000823100&categorieLien=id>

⁵⁵ Profesor titular del Departamento de Psicología de la Universidad de Québec y Director del Centre d'études interdisciplinaires sur le développement de l'enfant et la famille (CEIDEF)/Groupe de recherche et d'intervention en négligence (GRIN).

⁵⁶ Consultado en: *La notion d'intérêt de l'enfance dans la loi réformant la protection de l'enfance*, Groupe d'appui à la protection de l'enfance, septembre 2011

firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por Francia el 3 de mayo de 1974 se conjuga también con la búsqueda del interés de la infancia aplicado por la Corte Europea de Justicia, que un menor puede asir directamente.

En la Observación del Comité hecha a Francia, este reparó que en 2005 la Corte de Casación alineó su jurisprudencia del Consejo del Estado en reconocimiento de la aplicación directa del artículo 3.1 de la Convención⁵⁷, y aprecia así mismo, la integración de este principio en las legislaciones sobre la protección y cuidado de menores, divorcio, sucesión y libertades. Sin embargo, preocupa al Comité la escasez de evaluaciones del impacto que tienen ciertas medidas y decisiones tomadas por el Gobierno sobre el interés superior del menor, sobre las distintas aplicaciones al principio que se le da en la práctica⁵⁸. De la misma manera, nota su falta de aplicación por los órganos legislativos, tanto a nivel municipal como a nivel regional o nacional.

El Comité le solicita al Estado parte tomar todas las medidas apropiadas y adoptar reglas de procedimiento concretas para observar que el principio guíe de manera adecuada todas las acciones y decisiones del Gobierno en todo lo que concierna a disposiciones legales, decisiones judiciales y administrativas, y los proyectos, programas y servicios que tienen un impacto sobre el menor⁵⁹.

En Francia el principio en cuestión tiene aplicación directa mediante su instrumento internacional, y está destinado a guiar todas las decisiones y procesos del menor considerando sus necesidades fundamentales. El problema que presenta es la falta de uniformidad sobre su concepto y la escasa aplicación legislativa.

vii. Unión Europea

En el caso de la Unión Europea, el Derecho de Menores no ha tenido gran avance en su legislación. El Consejo de Europa es el órgano miembro de la UE que ha tenido más desarrollo en la justicia juvenil. La Carta Europea de los Derechos del

⁵⁷ *Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 44 de la Convention*, Observations finales du Comité des droits de l'enfant: France, Comité de Droits de l'Enfant, 22 de junio de 2009, p. 9

⁵⁸ *Ídem*, p. 9-10

⁵⁹ *Ídem*

Niño, en su artículo 15 no menciona el interés, sin embargo aclara que toda decisión familiar, administrativa o judicial refiriéndose al niño tendrá que tener por objeto la defensa y salvaguardia de los intereses del menor⁶⁰.

El CESE (Consejo Económico y Social Europeo) en su dictamen del 15 de marzo de 2006, sobre “La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel del menor en la Unión Europea”, procuró la creación de una estrategia común para la lucha contra la delincuencia juvenil, procurando darle mayor importancia a dicho tema en la Unión Europea. El dictamen establece como base para el tratamiento de la delincuencia juvenil y la justicia de la Unión Europea las siguientes consideraciones:

- Se debe estudiar la situación de los menores infractores y los instrumentos de protección, reeducación y reinserción en la sociedad para evitar la reincidencia.
- Toda acción tendrá que ser realizada con vista en los tres pilares de acción: la prevención, las medidas sancionadoras-educativas y la integración y reinserción social.

En el apartado de causas de la delincuencia juvenil, se establece que “[l]as medidas o respuestas judiciales y de represión deberán, en todo caso, basarse en los principios de legalidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, juicio con todas las garantías, respeto a su vida privada, proporcionalidad y flexibilidad. Tanto el desarrollo del proceso como la elección de la medida y su posterior ejecución habrán de estar inspirados en el principio del interés superior del menor”⁶¹.

En este dictamen se evalúa y regula la justicia penal juvenil en la Unión Europea, incluyendo principios para regirla.

El problema que presenta la regulación en común, es la diferencia de ordenamientos ante los cuales se enfrenta la UE, ya que tienen distintos conceptos de delincuencia

⁶⁰ *Carta Europea de los Derechos del Niño* (DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992)

⁶¹ *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea»*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2006/C 110/13

juvenil, de conductas consideradas como delitos, de sanciones e incluso la franja de edad es distinta.

Concluido el estudio del principio más trascendental de los principios rectores de la Convención, pasaremos al estudio del segundo principio, el de la no discriminación hacia los niños.

III. Principio de la No Discriminación

El principio de la no discriminación está establecido en el artículo 2º de la Convención de los Derechos del niño, establece que:

1. Los Estados Partes 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.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”⁶².

La Convención reafirma el principio general de no discriminación en dos ámbitos distintos: no ser discriminado en función de sus cualidades y las de sus padres, prohibiendo a los Estados discriminar a los niños tanto por su calidad de personas de menor edad, como por las fundadas en las características de sus padres.

El término discriminación viene del latín *discrimino* o *discriminare*, que se refiere a la acción de separar, distinguir o dividir, teniendo un sentido neutro⁶³. En castellano, se le da una acepción negativa, ya que consiste en dar un trato de inferioridad a un individuo o a un grupo por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.

Los individuos o la colectividad reciben un trato desfavorable, que atenta contra sus derechos, colocándolos en una situación desventajosa en relación con otros.

El principio de la no discriminación no significa que vaya a haber un trato igual, ya que en algunos casos por ciertas condiciones, reciben un trato preferencial para

⁶² Convención de los Derechos del Niño, Asamblea General de Naciones Unidas, publicada en el Diario Oficial el viernes 25 de enero de 1991. Consultada en el Portal de la Comisión Nacional de Derechos Humanos

⁶³ Cfr. Guido Gómez de Silva, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*. Vid. Carlos de la Torre Martínez, *El derecho a la no discriminación en México*, p. 5. EN: DE LA ROSA JAIMES, Verónica, “Una aproximación a la noción de igualdad sustancial”, *Derechos Humanos México*, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, N° 3, 2006.

poder ayudarlos por su situación de vulnerabilidad. Este principio, uno de los pilares fundamentales de los tratados internacionales de derechos humanos, ha formando parte de éstos y del derecho interno de los Estados⁶⁴.

La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, confirmó este principio, vinculándolo a la prohibición de la discriminación, señalando que “[l]a no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados”⁶⁵.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 1º establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y en su artículo 2º habla sobre el principio de no discriminación, otorgando los mismos derechos y libertades sin distinguir raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; sin hacer distinción por la condición política, jurídica o internacional del país de cuya jurisdicción dependa. Posteriormente, en el artículo 7 coloca a las personas en un plano de igualdad, dándoles protección legal por igual y contra la discriminación⁶⁶.

En la Observación General Nº 5, cuyo objeto es describir la obligación de los Estados Parte para que éstos adopten las “medidas generales de aplicación”, en su punto número 12, aclara que “[l]a adopción de una perspectiva basada en los derechos del niño, mediante la acción del gobierno, del parlamento y de la judicatura, es necesaria para la aplicación efectiva de toda la Convención, particularmente habida cuenta de los siguientes artículos de la Convención identificados por el Comité como principios generales”⁶⁷. La obligación de la no

⁶⁴ *Los Principios Generales de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y Leyes y Códigos de Infancia*, Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina

⁶⁵ Vid. Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, doc. A/CONF.157/23 12 de julio de 1993, par. 21.EN; AGUILAR CABALLO, Gonzalo, “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios Constitucionales, Año 6, Nº1, 2008, pp.223-247, p. 228, p.233, p. 228

⁶⁶ *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 1948

⁶⁷ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General Nº 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44*, Comité de los Derechos del Niño, p. 5

discriminación “[...] exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales”.⁶⁸ Subraya la importancia de identificar las discriminaciones existentes o potenciales, y en su lucha contra ellas puede exigirse que se modifique la legislación, que haya cambios en la administración, que se modifique la asignación de recursos y se adopten medidas educativas. Al igual, señala “la importancia de tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación”⁶⁹.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2º obliga a sus Estados Parte a comprometerse a respetar y garantizar a todos los individuos en su territorio y sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social⁷⁰.

La Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva en el caso de Namibia en 1973, estableció que “el hecho de establecer e imponer distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones que fundadas únicamente por motivos de raza, color, nacimiento, origen nacional o étnico, constituyen una negación de derechos humanos fundamentales de la persona humana, y es una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta”⁷¹ de Naciones Unidas.

A lo largo de la historia de este principio en el Derecho Internacional, podemos observar cómo va creciendo y la importancia que va adquiriendo. Cada vez se amplía más la lista de motivos de discriminación, abarcando más prohibiciones a ella. Tal es su avance e importancia que le dan los miembros de la comunidad internacional como la CIJ, la CIDH, CEDH, que, por su aplicación general y obligatoria a nivel mundial, es considerada una norma *ius cogens*.

⁶⁸ *Ídem*

⁶⁹ Comité de Derechos Humanos, *Observación general Nº 18 (1989)*, HRI/GEN/1/Rev. 6, págs. 168 y ss. En: Comité de los Derechos del Niño, *Observación General Nº 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, Comité de los Derechos del Niño, p. 5

⁷⁰ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 24 de marzo de 1966

⁷¹ “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council 276” (1970), Nº131, p.57

i. México

La garantía consagrada en la Convención del derecho a la no discriminación, en la LFJA está contenida en la última parte del artículo 4, y lo maneja así mismo con la transversalidad (artículo 4, inciso III), que busca por su parte, otorgarle a los menores la totalidad de los derechos que puede tener por su situación de vulnerabilidad⁷².

En el último párrafo del artículo 1º de la Constitución Mexicana se prohíbe todo tipo de discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas⁷³.

El artículo 1º constitucional, establece dos vertientes a este principio, primero prohíbe la discriminación directa (norma o acto jurídico que promueva un trato distinto y perjudicial en función de tales categorías) y en segundo lugar prohíbe la discriminación indirecta (tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios pero crean consecuencias desiguales y perjudiciales por su impacto diferenciado y desfavorable).

Para la ley, todas las personas nacen libres e iguales en dignidad, por lo que gozan de igualdad en sus derechos humanos, y la autoridad no puede injustificadamente otorgarles un trato distinto.

En México se creó en el 2003 la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, en apego al precepto primero constitucional; en ella se define la discriminación como:

“[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni

⁷² *Ley Federal de Justicia para Adolescentes, óp. cit.*

⁷³ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 2011, consultada el 10/07/2015

proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo; También se entenderá como discriminación la homofobia, misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, segregación racial, antisemitismo, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia”⁷⁴.

Esta ley se encargó de definir la discriminación de una manera muy completa, abarcando bastantes motivos por los cuales se da, y a lo largo del texto contiene medidas y acciones para ser aplicadas por el gobierno para combatirla.

La Segunda Sala en tesis aislada, le da el carácter de garantía individual a este principio, dándole al gobernado el derecho subjetivo público de ser tratado igual que los demás y el deber jurídico a la autoridad de otorgarle el mismo trato a todos los gobernados que estén en las mismas circunstancias⁷⁵.

En el Informe de los Estados Parte del Comité de Naciones Unidas, se expresa la preocupante desigualdad en el país con respecto a los derechos de la Convención, esto como resultado de varios indicadores sociales, como “las tasas de matrícula en los centros docentes y las tasas de conclusión de los estudios, las tasas de mortalidad infantil y el registro de nacimientos, que indican la persistencia de la discriminación contra niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidades, los

⁷⁴ *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, México, publicada el día 20 de marzo de 2014, artículo 1º, fracción III.

⁷⁵ *Cfr. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI*, CXVII/2007, Tesis aislada, Novena Época, Segunda Sala, página 639, registro 171756

niños que viven en zonas rurales y remotas y los niños de grupos económicamente desfavorecidos”⁷⁶.

Por lo que recomienda al país intensificar sus esfuerzos mediante campañas de información para prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se dan contra menores indígenas, con discapacidades, los que habitan en zonas rurales y remotas y aquéllos económicamente desfavorecidos⁷⁷.

México está luchando por cumplir legislativamente con el compromiso de no discriminación, sin embargo, está presente en los menores en condiciones vulnerables, por lo que tiene que agrandar sus esfuerzos para realmente cumplir con este precepto de la Convención y luchar contra la desigualdad en la que viven los menores en el país, no teniendo un igual acceso a sus derechos.

ii. Argentina

En Argentina la discriminación hacia los menores tiene dos bases fundamentales, por un lado las concepciones sociales materializadas en la legislación vigente, en las cuales los menores son vistos como propiedad de los padres y como objeto de protección social y judicial pero no como sujetos de derechos; y por otro lado, la crisis económica y social ubica a un gran número de niños, niñas y adolescentes en condiciones de pobreza e indigencia, sin que tengan acceso a la salud, educación, vivienda, sin tener derecho a una vida digna y a la posibilidad de elaborar un proyecto de vida a futuro⁷⁸.

En el artículo 22 constitucional, enlista distintos tratados internacionales con jerarquía constitucional y entre ellos se encuentran tratados que contienen el principio, como la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y

⁷⁶ *Observaciones finales emitidas por el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas*, respecto al III Informe de México sobre la Niñez, junio de 2006, p.8

⁷⁷ *Ídem*

⁷⁸ *Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación: La Discriminación en Argentina*, Argentina, 1era edición, 2005, p. 79

la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁷⁹.

En 1995 la Ley N°24.515 creó el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, el cual tiene por objeto elaborar políticas nacionales medidas como acciones para luchar contra la discriminación, la xenofobia y el racismo. Entre algunas de estas acciones está el diseño y el impulso de campañas para valorizar la pluralización social y cultural, recibir y centralizar denuncias por estas conductas y brindar asesoría legal para individuos o grupos de víctimas⁸⁰.

En el trabajo de investigación para el Plan Nacional contra la Discriminación se explica de una manera detallada la práctica social discriminatoria, pudiendo ser cualquiera de las siguientes acciones:

- a) crear y/o colaborar en la difusión de estereotipos de cualquier grupo humano por características reales o imaginarias, sean éstas del tipo que fueren, sean éstas positivas o negativas y se vinculen a características innatas o adquiridas;
- b) hostigar, maltratar, aislar, agredir, segregar, excluir y/o marginar a cualquier miembro de un grupo humano del tipo que fuere por su carácter de miembro de dicho grupo;
- c) establecer cualquier distinción legal, económica, laboral, de libertad de movimiento o acceso a determinados ámbitos o en la prestación de servicios sanitarios y/o educativos a un miembro de un grupo humano del tipo que fuere, con el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos o libertades fundamentales⁸¹.

⁷⁹ Constitución de la Nación Argentina, Argentina, 1995, Consultado en: <http://www.ttn.gov.ar/descargas/constitucion.pdf> el día 16 de diciembre de 2015

⁸⁰ Ley N°24.515, República de Argentina, 5 julio de 1995.

⁸¹ Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación: La Discriminación en Argentina, *óp. cit.*, p. 42

Por lo tanto, el análisis define que el problema lo tiene el grupo social que discrimina y no el grupo discriminado, por lo que aquél es el que tiene que modificar su conducta.

Por medio de la Ley N° 23.592 de Actos Discriminatorios, penaliza los actos de intolerancia. En su art.1° dispone que “[q]uien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.” Posteriormente, define que considerará los actos u omisiones discriminatorias por motivos de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. Por medio de su artículo 2° se establece como agravante de un delito los actos de discriminación⁸².

En la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes se menciona el principio en el artículo 28, obligando a la aplicación igualitaria de la ley a todas las niñas, niños y adolescentes, por cualquier motivo tanto personal como de sus padres o representantes legales⁸³.

En el Informe del Comité, se celebra el plan nacional de lucha contra la discriminación y de los programas adoptados para ayudar a los niños indígenas, pero se siente consternado por la persistencia de informes que demuestran la continua discriminación, exclusión social, maltrato físico y psicológico y abuso sexual de los cuales son víctimas estos menores. De igual manera se alarma por las disparidades que afectan a las provincias del noreste y noroeste, la cual puede provocar discriminación. Así mismo encuentra preocupante la estigmatización y discriminación que pueden sufrir los adolescentes que habitan en pobreza en centros urbanos o en situación de calle en el país y los de origen migrante. El Comité invita al Estado a aumentar sus esfuerzos en la lucha contra la discriminación, la exclusión social, el maltrato físico y psicológico y el abuso sexual de menores en grupos vulnerables como lo son los indígenas, y la estigmatización y discriminación

⁸² Ley N° 23.592 Actos Discriminatorios, Argentina, 1988

de la cual son víctimas los adolescentes que viven en la pobreza en centros urbanos o situación de calle y los de origen migrante. Solicita que en el próximo informe se incluya información sobre los programas y medidas aplicadas en relación con la CDN para asegurar el seguimiento de la Declaración y el Programa de Acción de Durban (aprobado en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, en 2001)⁸⁴.

Al igual que México, aun legislando este principio hay problemas ocasionados por la situación desigual en la que muchos menores se encuentran.

iii. Estados Unidos

Históricamente la mayoría de los casos en las cortes de menores han involucrado a hombres, pero el número de mujeres ha aumentado en los últimos años. En Estados Unidos, en promedio en 1 año alrededor del 27% de los menores en procesos judiciales son mujeres.

Sin embargo, 75% de las remisiones de menores infractores a los tribunales de menores son varones. De 1985 al 2000 el incremento fue mayor para las mujeres que para los hombres, aumentando un 58% el índice de criminalidad femenina contra 14% de los varones⁸⁵.

En Florida, el 27.2 % de los menores arrestados por crímenes son de raza negra y estos forman el 51.4% de los menores juzgados como adultos, mientras que los caucásicos son un 28% de los menores arrestados y sólo 24.4% de ellos son juzgados en cortes de adultos. En el estudio realizado por Human Rights Watch se estudió los tipos de delitos por los que habían sido detenidos, y se vio que en el

⁸⁴ *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Argentina, óp. cit., p. 7*

⁸⁵ Puzanchera et al., *Juvenile Court Statistics 2000*, 14) Also noteworthy is that over two thirds (68%) of all delinquency referrals to juvenile courts involve White youth compared to one fourth (28%) that involve blacks. However, a disproportion of delinquent cases involve black youth, given their proportion of the juvenile population (15%). The percent increase in delinquency cases from 1985 to 2000 was greater for blacks (61%) than for whites (36%). (Puzanchera et al., *Juvenile Court Statistics 2000*, 18-19; and Puzanchera et al., *Juvenile Court Statistics 1999*, 15) (BURFEIND, James W, JEG LUM BARTUSCH, Dawn, *Juvenile Delinquency An Integrated Approach*, Jones and Bartlett Publishers, Estados Unidos, 2006, p. 630)

caso de delitos relacionados a la droga el 8.8 de los menores caucásicos habían sido enviados a las cortes de adultos contra un 30.1% de menores negros. Este es causado por gran la discrecionalidad que tienen los juzgadores para decidir la corte en las que deberán de juzgarlos⁸⁶.

Las decisiones en los procesos en muchos sistemas de justicia juvenil no son racialmente neutrales, contrariamente las y los jóvenes pertenecientes a grupos minoritarios tienen más probabilidad de verse involucrados en el sistema. La discriminación puede verse en cualquiera de las etapas de proceso, ya sea directa o indirectamente, en grandes o pequeñas acciones, ambas teniendo grandes consecuencias⁸⁷.

Uno de los puntos base de la JJDP es atender la desproporcionalidad de los menores en confinamiento y requiere a los Estados a dirigir sus esfuerzos para reducir el número de menores de minorías en confinamiento. Para cumplir con este mandato los Estados realizan distintas tareas como recolección de datos, análisis e identificación de problemas, evaluaciones, desarrollo de programas e iniciativas para mejoras en el sistema.

La evidencia apunta que las iniciativas federales realizadas a través de la Oficina de Justicia Juvenil y Prevención de Delincuencia (OJJDP) han influenciado en la disminución de detenciones de menores de minorías⁸⁸.

La enmienda 14^o regula varios aspectos de la ciudadanía y derechos de los ciudadanos, y, la que se utiliza con más frecuencia es la Cláusula sobre Protección Igualitaria, que prohíbe a los Estados denegar a cualquier persona dentro de su jurisdicción, la protección igualitaria de la ley. No permite que algún Estado cree o aplique una ley en la que se limiten los privilegios o inmunidades de ciudadanos, ni

⁸⁶ "Branded por Life", Human Rights Watch, 10/04/14 En: <https://www.hrw.org/report/2014/04/10/branded-life/floridas-prosecution-children-adults-under-its-direct-file-statute>

⁸⁷ Minorities and the Juvenile Justice System, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice, Estados Unidos, 1995

⁸⁸ Hsia, Bridges, and McHale, Disproportionate Minority Confinement; Pope, Lovell, and Hsia, Disporportionate Minority Confinement; Puzzanchera et al., Juvenile Court Statistics 2000; and Sickmund "Juveniles and Corrections" EN: BURFEIND, James W, JEGLUM BARTUSCH, Dawn, *Juvenile Delinquency An Integrated Approach*, Jones and Bartlett Publishers, Estados Unidos, 2006, p. 634

privar de la vida, libertad o propiedad a persona alguna ni negar en su jurisdicción a la protección igualitaria de la ley.

En la Sec. 223 (22) de la JJDPa como plan estatal intenta dirigir los esfuerzos de prevenir y mejorar el sistema para reducir, sin establecer o requerir estándares numéricos o cuotas, el número de miembros de grupos minoritarios que entran en contacto con el sistema de justicia juvenil.

Para luchar contra esta discriminación propagada en el sistema, se tienen que analizar y estudiar las etapas y sus procesos para establecer los criterios de resolución disminuyendo la discrecionalidad de los jueces para evitar tanta disparidad y discriminación en el proceso.

iv. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la Convención Americana de los Derechos Humanos, su primer artículo obliga a los Estados parte a respetar los derechos y libertades de todos los seres humanos sin discriminación alguna que se encuentren en su jurisdicción. En su art. 24 establece que todas las personas por ser iguales ante la ley tienen el mismo derecho, sin discriminación, de protección de la ley.

En la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, proyecta como los dos grandes principios de los derechos humanos el de la no discriminación e igualdad ante la ley, reconociéndose a favor de todas las personas sin diferenciar entre un niño, un adolescente o un adulto. De la CADH⁸⁹ se deduce que la obligatoriedad de estos principios se extiende al derecho interno de sus Estados Parte.

La noción de igualdad viene de la naturaleza del género humano, estando ligada a la dignidad de los mismos, frente a la cual es incompatible una situación que lo catalogue como superior o inferior y ocasione que reciba un trato discriminatorio. Es inadmisibles que existan diferencias en el trato de los seres humanos, sin que

⁸⁹ *Convención Americana de Derechos Humanos*, 1969.

corresponda con su única e idéntica naturaleza⁹⁰.

En la Opinión Consultiva N° 18, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003), la CIDH desarrolló su jurisprudencia sobre discriminación y desigualdad ante la ley, declarando que el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación pertenecen al derecho internacional general, y por tal razón lo consideran *ius cogens*. Dicho precepto, les da un carácter imperativo a todos los Estados de la comunidad internacional, acarreando obligaciones *erga omnes*, generando efectos con respecto a terceros. Al igual, en el caso Acosta Calderón vs. Ecuador se reafirma el carácter de *ius cogens* de este principio⁹¹.

v. España

La Constitución Española en su artículo 1º proclama como uno de los valores superiores del Estado la igualdad, y posteriormente en su segundo precepto la maneja como un principio jurídico. El artículo 14 coloca a los españoles en un plano de igualdad ante la ley, prohibiendo la discriminación y haciendo especial mención de pocos motivos pero abriéndolo a cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁹².

La Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 3 le otorga a los menores los derechos consagrados en la Constitución y Tratados Internacionales, haciendo especial mención a la CDN, sin discriminación, al igual éstos se utilizarán como instrumentos para interpretar dicha ley, sus normas de desarrollo y las demás disposiciones legales relativas a menores⁹³.

⁹⁰ OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, SOLICITADA POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, pp. 17 y 58

⁹¹ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No 18, párr. 101, p. 45
Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, CIDH, Sentencia 24 de junio de 2005, p. 58

⁹² Constitución Española, publicada en el BOE núm. 311, 29/12/1978, arts. 9, 10 y 15. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

⁹³ *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil*, España, BOE núm. 15/1996, de 17 de enero de 1996

En el Código Penal, cometer un delito por motivo de discriminación es considerada una circunstancia agravante de la conducta delictiva⁹⁴.

El Comité celebra la labor llevada a cabo por España para luchar contra la discriminación en su territorio, sobre todo aquella relacionada con los niños de origen romaní, los de trabajadores migrantes, los extranjeros no acompañados y los que tienen alguna discapacidad. El Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010 tiene por objeto garantizar el acceso a la educación a estudiantes migrantes y facilitar su integración al sistema educativo. En el plan la igualdad de trato es uno de los principios rectores bajo los cuales se guía. A pesar de estas medidas, sigue encontrando preocupante los obstáculos a los que se enfrentan los hijos de extranjeros en situación irregular para poder tener acceso a los servicios educativos y de salud. Como recomendación, el Comité pide al Estado parte que continúe vigilando a los menores que se encuentren en las condiciones mencionadas y elabore una estrategia con medidas específicas y objetivos concretos para eliminar todas las formas de discriminación⁹⁵.

Tanto su legislación nacional como la legislación europea procuran fortalecer la igualdad y el principio de la no discriminación, centrándose más que nada a ella desde una perspectiva de género y a la discriminación laboral. En la Ley Orgánica 1/1996 se plantea el principio hacia el derecho de menores. Aquí el problema se basa más en la discriminación a extranjeros más que en las condiciones de desigualdad como en los países de México y Argentina. Por ello la creación del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración, para garantizar que los menores inmigrantes reciban acceso a la educación.

vi. Francia

⁹⁴ *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Jefatura del Estado*, España, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, art. 22 fracción 4

⁹⁵ Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: España, *óp. cit.*

En el Preámbulo de la Constitución de 1946, se proclamó que todo el ser humano, sin distinción de raza, religión ni creencia posee derechos inalienables y sagrados⁹⁶. La Declaración del derechos del hombre y del ciudadano, establece que todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales únicamente pueden estar fundadas por la utilidad común⁹⁷.

El artículo 1º constitucional, al describir la forma de estado de la República Francesa, asegura la igualdad frente a la ley de todos sus ciudadanos, sin importar su origen, raza o religión; respetando todas las creencias⁹⁸.

El Código Penal define la discriminación como toda distinción operada entre las personas físicas en razón de su origen, sexo, situación familiar, embarazo, apariencia física, apellido, de su residencia, de su estado de salud, de sus discapacidades, de sus características genéticas, costumbres, de su orientación o identidad sexual, de su edad, sus opiniones políticas, de sus actividades sindicales, su pertenencia o no pertenencia, verdadera o supuesta, a una etnia, nación, raza o religión determinada. Por cometer dicha discriminación, ya sea contra persona física o moral, es penado por tres años de prisión y 45 000 euros de multa cuando se niegue el suministro de un bien o servicio; se obstruya el ejercicio normal de una actividad económica cualquiera; cuando se niegue contratar, sancionar o despedir a una persona; se subordine el suministro de un bien o un servicio por alguna de las condiciones discriminatorias mencionadas en el artículo descrito previamente; subordinar una oferta de empleo, solicitud de práctica o período de formación en una empresa por alguna de dichas condiciones; o se rehúse a aceptar a una persona en una práctica como lo previsto en el código de la seguridad social. De cometerse este hecho en un lugar público o con fines de prohibir el acceso, las penas suben a cinco años de prisión y a 75 000 euros de multa⁹⁹.

⁹⁶ *Preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946*, consultado en: <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>

⁹⁷ *Declaración de Derechos del Hombre y de Ciudadano del 26 de agosto de 1789*, artículo 1º, consultado en: <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>

⁹⁸ *Constitución del 4 de octubre de 1958* (actualizada en enero de 2015), consultada en: <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution>. Consultado el día 20 de enero de 2016

⁹⁹ *Code Pénal, Livre II: Des crimes et délits contre les personnes, TITRE II: Des atteintes à la personne humaine, Chapitre V: Des atteintes à la dignité de la personne*, Art. 225-1 (Modifié par Loi n°2006-340 du 23 mars 2006 – art.12 JORF 42 marzo 2006) p. 126

Francia, cumpliendo con su compromiso de transponer la Directiva 2000/78/CE¹⁰⁰ promulgó la Ley destinada a luchar contra ciertas formas de discriminación en 2007. Prohíbe todo tipo de discriminación y tiene por objetivo crear un cuadro general para luchar contra la discriminación fundada por la edad, orientación sexual, estado civil, nacimiento, fortuna, convicción religiosa, filosófica o política, la convicción sindical, la lengua, estado de salud actual o futuro, discapacidad, característica física o genética u origen social¹⁰¹.

Entre otras leyes que regulan el principio de igualdad y de no discriminación, está la Ley N°2004-1486 del 30 de diciembre de 2004 relativa a la creación de una asociación de “alta autoridad” de lucha contra la discriminación y la igualdad. Esta está compuesta por once miembros, nombrados por decreto presidencial, los cuales conocerán todas las discriminaciones, directas o indirectas prohibidas por la ley o por un compromiso internacional del cual Francia es parte¹⁰².

En el Informe realizado a Francia por el Comité, este se encuentra complacido con la creación de la Ley N°2004-1486, que tiene competencia para recibir quejas individuales y conducirse por iniciativa propia para remediar los problemas de discriminación fundados sobre origen nacional, discapacidad, salud, edad, sexo, situación de familia y estado civil, actividad sindical, orientación sexual, convicciones religiosas, apariencia física, nombre de familia y características genéticas de un individuo. De igual manera se encuentra satisfecho por las medidas tomadas para establecer la igualdad entre los niños al adoptar la Ordenanza N°2005-759 que suprime las nociones de filiación legítima y natural; y por la Ley N°2006-728 que reforma las sucesiones y las libertades, otorgando igualdad sin importar la filiación del menor.

Así mismo felicita al Estado parte haber prohibido la discriminación por el sexo o la filiación de los hijos en materia de sucesión en Mayotte, su territorio de ultra mar.

¹⁰⁰ Directiva 2000/78/CE del Consejo del 27 de noviembre de 2000 relativa a la creación de un cuadro general a favor de la igualdad de trato en materia de empleo y trabajo, Unión Europea.

¹⁰¹ *Loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination*, Francia, 10 mai 2007- mise à jour a 05-03-14

¹⁰² *Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Francia, 08 de marzo de 2009, Journal Officiel, Lois et Décrets n° 304 du 31/12/2004

El Comité recomienda a Francia continuar manteniendo el rol de las “altas autoridades” en la lucha contra la discriminación y de promoción de la igualdad y promueve la aplicación de la decisión de la Corte de Casación sobre el derecho de las familias no francesas a beneficiarse con prestaciones familiares. Felicita al Estado por incluir en sus programas escolares actividades que buscan luchar contra el racismo, el antisemitismo, xenofobia, sin embargo, encuentra preocupante la persistente discriminación, especialmente dentro del dominio de derechos económicos y sociales, que van al encuentro de principios de programas sociales, de justicia y de no discriminación, y particularmente víctimas de los menores que residen en los departamentos y territorios de ultra mar, los menores solicitantes de asilo o refugio, así como los menores que pertenecen a grupos minoritarios.

De igual manera encuentra preocupante que la Ley N°2003-1119 relativa al control de la inmigración tenga medidas que puedan fomentar la discriminación hacia los menores inmigrantes.

Con el objeto de garantizar una completa protección, el Comité exhorta al Estado Parte a seguir con sus esfuerzos para eliminar las disparidades regionales, tomar medidas para prevenir y combatir la discriminación persistente de la cual son víctimas los menores extranjeros y aquéllos pertenecientes a grupos minoritarios; y crear un clima de progreso social, de justicia y de igualdad. De la misma manera, pide que se tomen las medidas necesarias para vigilar que la discriminación contra todos los menores de todos los sectores sociales tenga medidas efectivas.

Sin embargo, encuentra preocupante la estigmatización de la cual son víctimas los menores en condiciones vulnerables y por la actitud generalmente negativa de la policía hacia los adolescentes.

El Comité recomienda a Francia tomar medidas para remediar la intolerancia y la estigmatización de la que son víctimas los menores, sobre todo los adolescentes, en el seno de la sociedad, sobre todo en los medios y en la escuela y para lograr que la policía adopte una actitud positiva y constructiva con relación a los menores y a los adolescentes.

De igual manera nota que no se da información sobre las medidas y los programas ligados a la Convención que el Estado ha adoptado para darle seguimiento. La

Declaración y Programa de acción adoptados en 2001 en la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia es asociada a la Observación general nº1(2001) sobre los propósitos de la educación. Cumple con las obligaciones impuestas por la UE pero su legislación contra la discriminación es escasa en el tema de menores infractores, siendo muchos de éstos víctimas de estigmatización¹⁰³.

vii. Unión Europea

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se regula la prohibición de la discriminación, estando de igual manera prohibida en el ámbito de aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea¹⁰⁴.

Para el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, se reconoce el goce de los derechos y libertades sin que pueda haber discriminación alguna¹⁰⁵. En la Carta Europea de los Derechos del Niño se protege a los menores de cualquier discriminación en el territorio de la comunidad, tanto por causas personales como de sus padres¹⁰⁶.

Los dos documentos más importantes de la UE para combatir la discriminación son las Directiva 2000/43/CE y la Directiva 2000/78/CE. La primera tiene como propósito estructurar un marco de lucha contra la discriminación racial o étnica para que los Estados miembro les den a sus ciudadanos un trato igualitario, fijando una serie de requisitos mínimos a cumplir por éstos; en ella se toma la igualdad y la no discriminación como derechos universales, debiendo prohibirse la discriminación tanto directa (trato directo entre personas) como indirecta (por una disposición, criterio o práctica). De igual manera, introduce la obligación de proteger de igual manera a las personas jurídicas cuando éstas sean discriminadas por el origen

¹⁰³ *Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 44 de la Convention. Observations finales du Comité des droits de l'enfant: France, óp. cit., pp. 7-8*

¹⁰⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *óp. cit.*

¹⁰⁵ Convenio Europeo de Derechos Humanos, *óp. cit.*

¹⁰⁶ Carta Europea de los Derechos del Niño, *óp. cit.*

racial o étnico de sus miembros¹⁰⁷. La segunda Directiva es sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y tiene por objeto luchar contra la discriminación por motivos religiosos o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual ya que esta puede poner en peligro la realización de los objetivos del TCE (sobre el alto nivel de empleo y protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, etc.). Por ende, deberá prohibirse cualquier forma de discriminación por los motivos mencionados, debiendo proteger a todos los individuos que se encuentren en territorio de la UE¹⁰⁸. Ambas directivas han formado el panorama de la legislación europea sobre discriminación, y debido a su contenido casi idéntico se hace un informe conjunto. En el se informa que los 28 estados miembros las han transpuesto, pero subsisten algunos problemas en su aplicación y ejecución. Las dos especifican el uso de sanciones en caso de darse los supuestos previstos, más no armonizan las sanciones que deberán imponer los estados, sólo sus características: efectivas, proporcionadas y disuasorias; para así garantizar que se puedan incoar acciones judiciales por medio de un procedimiento administrativo o contencioso en caso de incumplimiento¹⁰⁹.

La legislación creada por la UE ha servido como un marco para los Estados miembro en el tema de discriminación, sin embargo, sobre discriminación hecha hacia los menores queda corta, ya que únicamente es tratada en la Carta Europea de los Derechos del Niño.

Pasaremos a estudiar el tercer principio rector, uno de los más fundamentales en derechos humanos a lo largo de la historia, el principio del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo.

IV. Principio del Derecho a la Vida, Supervivencia y Desarrollo

¹⁰⁷ *DIRECTIVA 2000/43/CE DEL CONSEJO* de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, Diario Oficial de las Comunidades Europeas (Número 180 de 19.7.2000)

¹⁰⁸ *Directiva 2000/78/CE del Consejo*, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, Diario Oficial de las Comunidades Europeas (Número: 303, 02.12.2000)

¹⁰⁹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Comisión Europea 17.1.2014

El tercer principio rector es el de derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, establecido en el artículo 6, como un derecho intrínseco a la vida, siendo obligación del Estado garantizar de la mejor manera que pueda la supervivencia y el desarrollo del niño.

Para el profesor Torres del Moral, la vida en sí es más que un derecho, es “el presupuesto o soporte físico de todos los derechos, que sin ella carecerían de sujeto y, por lo tanto de entidad. No puede haber derechos subjetivos sin sujeto”¹¹⁰.

Este principio busca proteger el desarrollo debido a que durante los primeros años de la infancia se forma la “base de la salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes”¹¹¹. De igual manera, busca proteger su vida por la posición de vulnerabilidad en la que se encuentran por la necesidad de cuidados para sobrevivir. El Comité considera como preocupación fundamental la lucha contra la malnutrición y las enfermedades prevenibles, y busca que los Estados adopten “todas las medidas posibles para mejorar la atención perinatal para madres y lactantes, reducir la mortalidad infantil y en la niñez, y crear las condiciones que promuevan el bienestar de todos los niños pequeños durante esta fase esencial de su vida”¹¹².

A lo largo de la vida de los humanos se va desarrollando su personalidad, la cual le da su condición de persona, y por ende su “dignidad como persona”. Es por esto que “el desarrollo de la personalidad no puede tener lugar si no se reconocen y respetan los derechos inviolables inherentes a la persona en razón de su dignidad”¹¹³.

Por ello la importancia de conformar el derecho a la supervivencia y al desarrollo con los derechos a los recursos, aptitudes y contribuciones que necesitan los

¹¹⁰ Torres del Moral, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 4^o. ed., 1998, págs. 289-290. En: Alegre Martínez, Miguel Ángel, “Apuntes sobre el Derecho a la Vida en España: Constitución, Jurisprudencia y Realidad”, *Revista de Derecho Político*, núm. 53, 2002, págs.. 337-358

¹¹¹ *Observación general N° 7, Comité de los Derechos del Niño, Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 20 de septiembre de 2006, párrafo 6. Consultado en el Portal de la Universidad de Minnesota el 17 de junio de 2015

¹¹² *Íbid*

¹¹³ Alegre Martínez, Miguel Ángel, “Apuntes sobre el Derecho a la Vida en España: Constitución, Jurisprudencia y Realidad”, *Revista de Derecho Político*, núm. 53, 2002, págs. 337-358, p. 341

menores tanto para sobrevivir como para lograr un pleno desarrollo. Entre ellos están el derecho a una alimentación adecuada, agua potable, vivienda, educación, salud, tiempo libre, recreación, actividades culturales y el conocimiento sobre sus derechos. No solo conforman el acceso a estos derechos, si no los medios para su cumplimiento¹¹⁴.

A causa del desprecio a la vida e integridad física y moral de las personas en la Segunda Guerra Mundial, estos derechos se reconocieron en las constituciones de los países con un “máximo nivel constitucional”¹¹⁵. Este principio viene siendo nombrado desde la Declaración de los Derechos Humanos, la cual confiere a todos los individuos el derecho a la vida, libertad y seguridad¹¹⁶.

La Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo, en su Principio 11^o categoriza a la infancia como una prioridad máxima para los Estados y las familias, debiendo tener los menores “[...] un nivel de vida adecuado para su bienestar y al más alto nivel posible de salud y a la educación”¹¹⁷.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) define al desarrollo humano como “[...] la expresión de la libertad de las personas para vivir una vida prolongada, saludable y creativa; perseguir objetivos que ellas mismas consideren valorables; y participar activamente en el desarrollo sostenible y equitativo del planeta que comparten”¹¹⁸.

El Índice de Desarrollo Humano (IDH) fue creado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en 1990 para evaluar el nivel de desarrollo humano en los distintos países del mundo. Su objetivo es “medir el conjunto de capacidades y

¹¹⁴ Derechos de la Niñez, UNICEF, consultado en: <http://www.unicef>

¹¹⁵ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “Sinopsis Artículo 15”, España, 2003. Consultado en la página del Congreso: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinop.org/mexico/spanish/17054.htm> [sis/sinopsis.jsp?art=15&tipo=2](http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinop.org/mexico/spanish/17054.htm)

¹¹⁶ Declaración de los Derechos Humanos, *óp. cit.*

¹¹⁷ *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, Naciones Unidas, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994, p. 12

¹¹⁸ PUNUD, 2010: 3, Una versión preliminar del idh (índice de desarrollo humano) municipal fue elaborada en 2013 con estimaciones de la mortalidad infantil. El presente documento incorpora la información de esta variable como la calcula el Consejo Nacional de Población (conapo). EN: *Índice de Desarrollo Humano Municipal en México: nueva metodología*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en México, 2014, p.13

libertades que tienen los individuos para elegir entre formas de vida alternativas”¹¹⁹.

Para esta medición se toman tres distintas dimensiones básicas:

- 1) Posibilidad de gozar de una vida larga y saludable
- 2) Capacidad de adquirir conocimientos
- 3) Oportunidad de tener recursos que permitan un digno nivel de vida

Siendo calculado a partir de la salud, la educación y el ingreso.

Entre otros artículos de la CDN que contienen el derecho a la supervivencia se encuentran el artículo 8, que obliga a los Estados a respetar el derecho de los menores a preservar su identidad (nacionalidad, nombre y relaciones familiares); el 18, establece el compromiso de los Estados de reconocer las obligaciones comunes de ambos padres a ver por la crianza y el desarrollo del niño; el 24 contiene el derecho a la salud y el 26 les otorga seguridad social. Los preceptos que hablan sobre el desarrollo del menor son primeramente el 3º en su segundo párrafo, el cual compromete a los Estados Parte a asegurar la protección y cuidado del niño para su bienestar, teniendo en cuenta a los padres, tutores u otras personas responsables del niño; el 27 habla sobre el nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; el 28 contiene el derecho a la educación; el 29 contiene objetivos de la educación, entre ellos la búsqueda del pleno desarrollo de la personalidad, las aptitudes y su capacidad¹²⁰.

En la Declaración sobre el derecho al desarrollo, este es considerado un “[...] derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él”¹²¹.

Este derecho está ligado a los demás derechos fundamentales, ya que todos se fundan en la dignidad humana y el derecho al desarrollo y procura crear condiciones

¹¹⁹ *Índice de Desarrollo Humano Municipal en México: nueva metodología*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en México, 2014, p. 13

¹²⁰ *Convención de los Derechos del Niño, óp. cit.*

¹²¹ *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, ONU, 4 de diciembre de 1986

de vida acordes a la dignidad. Por ende, podría ser entendido como “[...] la expresión mínima garantizable de libertad, igualdad, dignidad, justicia, democracia y bienestar, puesto que se vincula con la superación humana tanto en el aspecto moral como material”¹²².

Puede ser visto como derecho subjetivo, siendo dividido en un derecho colectivo e individual. Como colectivo aplica a todos los Estados y los titulares de las entidades colectivas; como individual aplica a todos los individuos sin distinción alguna.

Este derecho busca otorgar a las personas un pleno desenvolvimiento de sus capacidades, respetando su dignidad humana y todos sus derechos¹²³.

Todos los humanos tienen el derecho inalienable a la vida, y el derecho a desarrollarse y sobrevivir dignamente para lograr su bienestar físico y mental. Este busca garantizar desde el aspecto básico a la vida hasta el sano crecimiento del menor en todas las etapas de su vida.

i. México

En México, la Constitución protege la organización y desarrollo de la familia en su artículo 4. En la LFJA regula la importancia de la dignidad humana y el desarrollo de los menores a través del principio del interés superior. En la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes este principio es considerado tanto principio rector como derecho de los menores y le designa un capítulo. Impone a las autoridades del país la obligación de garantizar el desarrollo y prevenir cualquier conducta que atente contra la supervivencia de un menor. De igual forma, tienen el derecho a disfrutar de una vida plena en condiciones acordes a su dignidad y garantizando su desarrollo integral, el derecho a no ser privados de su vida ni ser utilizados en conflictos armados o violentos.

El artículo 14 indica que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a que se preserve su vida, la supervivencia y el desarrollo. De igual manera obliga a las

¹²² CONTRERAS NIETO, Miguel Ángel, *El Derecho al Desarrollo como Derecho Humano*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, México, 2000, p. 49

¹²³ *Ídem*, pp. 49 y 53

autoridades a realizar las acciones que sean necesarias para garantizar el desarrollo y prevenir conductas que atenten contra la supervivencia e investigar y sancionar actos privativos de la vida. En su artículo posterior se señala que niñas, niños y adolescentes deberán disfrutar su vida en condiciones en las que se respete su dignidad y se garantice su desarrollo integral. Bajo ninguna circunstancia deberán de ser privados de la vida, ni ser utilizados en conflictos armados o violentos¹²⁴.

En un Tesis del Tribunal Colegiado de Circuito, interpretando un precepto del Código Civil del Distrito Federal, tratándose de un menor de siete años, advierte que por su “desarrollo normal” se entiende que:

“[...] es aquel que se produce cuando el entorno de éste le permite u otorga la posibilidad, en atención a sus capacidades físicas y mentales, para su preparación a una vida independiente en sociedad, con una percepción de respeto en razón a los derechos que les asisten a los demás; circunstancias que son posibles cuando se garantizan sus derechos a la vida, integridad física y mental, salud, identidad, familia, convivencia con sus padres -en tanto ello no le resulte más perjudicial que benéfico-, socialidad, comprensión en razón a sus aptitudes físicas y mentales, libre expresión de sus ideas dentro del marco de la moral y buenas costumbres, educación, información, desarrollo psicosexual correlativo a su edad, juego y esparcimiento, experiencias estética y artística y las libertades de conciencia y religión; de tal manera que la presunción legal que nos ocupa sólo puede desvirtuarse en el caso en que se acredite la existencia de un peligro inminente de privar al referido menor de alguna de las circunstancias antes descritas”¹²⁵.

¹²⁴ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, *óp. cit.*

¹²⁵ Registro No.160535. Localización: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuentes: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 5, pp. 3624. Tesis. I.3o.C. J/68 (9a.). Jurisprudencia. Materia(s): Civil. MENORES DE SIETE AÑOS. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR SU NORMAL DESARROLLO (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

En el Informe del Comité, este denota su preocupación sobre la falta de información de la situación de los niños desplazados dentro del país debido al conflicto terminado en 1994, ni sobre la inseguridad en algunas zonas del país, en las cuales el derecho a la vida, acceso a la atención sanitaria y educación se puede ver vulnerado. Como recomendación, propone al Estado tomar las medidas necesarias para proteger a los menores desplazados dentro del país y los menores que habitan en estas zonas inseguras¹²⁶.

En la legislación mexicana, es incorporado tanto en su legislación de menores infractores como en su ley de protección a menores pero se queda corto al momento de aplicarlas. Por la trascendencia de este derecho fundamental y su falta de cumplimiento, el país debe urgentemente imponer medidas que busquen proteger a los menores, específicamente los desplazados o los menores en zonas conflictivas del país como lo dice el Informe del Comité. Es un tema fundamental, debido a que en distintas zonas del país hay una grave crisis de derechos humanos y se vulneran diariamente estos derechos a la vida, supervivencia y desarrollo. Como parte de su desarrollo se deben de tomar en cuenta los criterios del Colegiado de Circuito para jurídicamente velar que los menores se desarrollen en un ambiente sano y adecuado.

ii. Argentina

En la Constitución Argentina establece que todos los habitantes tienen derecho a un ambiente sano, apto para el desarrollo humano¹²⁷. La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 3 vincula este principio con el del ISN, ya que debe de respetarse el pleno desarrollo personal de los derechos familiares, sociales y culturales en aras del ISN.

El artículo 8 contiene el derecho a la vida, su disfrute y protección, mientras que el 9 habla sobre el derecho a la dignidad e integridad personal. Posteriormente hay otros artículos que les brindan derechos que lo conforman como el derecho a la

¹²⁶ Informe del Comité, *óp. cit.*, p. 9

¹²⁷ Constitución de la Nación Argentina, *óp. cit.*

identidad, a la salud, a la educación y a la dignidad¹²⁸.

En el Informe del Comité, se elogia a Argentina por haber ratificado el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 2008, más se encuentra consternado por los casos de suicidio y lesiones autoinfligidas de niños privados de libertad, especialmente en el caso de Buenos Aires. Por su parte, aplaude la sentencia de la Corte Suprema de 2005, la cual anula la cadena perpetua para un adolescente, pero encuentra preocupante que 12 niños fueron condenados a cadena perpetua entre 1997 a 2002, 3 sigan cumpliendo esa pena.

El Comité exhorta al Estado a adoptar medidas eficaces para evitar el suicidio en menores privados de libertad así como estudiar las causas de éstos y de las lesiones autoinfligidas. Invita, de igual manera, a abstenerse de condenar a menores cadenas perpetuas o de duración equivalente¹²⁹.

El desarrollo sano se consagra desde la Constitución, y se vincula a los menores en la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ligando el pleno desarrollo personal con el interés superior del menor. La necesidad que tiene Argentina para acatarse más al cumplimiento de estas normas es modificar las penas severas a los menores infractores.

iii. Estados Unidos

Entre los derechos salvaguardados por la quinta enmienda se encuentra el derecho a la vida, libertad o propiedad del individuo sin un debido proceso legal. Menciona el debido proceso legal ya que en algunos estados aún está vigente la pena de muerte. Treinta y dos estados han autorizado la pena capital y la han aplicado a menores de diez y ocho años¹³⁰.

En 2005 la Suprema Corte en el caso *Roper v. Simmons*, 543 (U.S. 2005) abolió la pena de muerte para personas que tuviesen menos de diez y ocho al momento de

¹²⁸ Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, *óp. cit.*

¹²⁹ Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Argentina, *óp. cit.*

¹³⁰ Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice, November 2000, Consultado en: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/184748.pdf>

cometer el acto delictivo, decretando que esta era una medida que iba contra la octava enmienda, por ser un castigo cruel e inusual¹³¹ ¹³².

Las medidas que se impongan en los tribunales de menores tendrán el propósito de promover el sano desarrollo, por eso al momento de resolver se guiarán en el principio del interés superior del menor. Con ellas se busca proveerles un tratamiento, fomentar la responsabilidad en los jóvenes, promover la seguridad pública y evitar la reincidencia.

iv. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la CIDH se alude a este principio en el artículo 4 de la CADH, en la cual se le da a todos los seres humanos el derecho a que su vida sea respetada desde el momento de la concepción. Al respecto, obliga a los Estados a tomar medidas para proteger y preservar el derecho a la vida.

En voto disidente en el caso *Gangaram Panday*, los Jueces Picado Sotela, Aguiar-Aranguren y Cançado Trinidad expresaron que el derecho a la vida y su garantía y respeto no podrían tomarse de un modo restrictivo, ya que no solo se pasa en la prohibición de privar de la vida, si no en las medidas apropiadas para protegerla y preservarla¹³³.

Las Consideraciones hechas por la CIDH sobre el caso indican que, por ser un derecho humano fundamental, todos los demás derechos carecen de sentido sin él. La protección a este principio va más allá de impedir su transgresión, si no el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna¹³⁴.

En 2004, en el caso *Instituto de la Reeducción del Menor vs. Paraguay*, la Corte

¹³¹ Consultado en línea en el portal US LEGAL: <http://deathpenalty.uslegal.com/minors/death-penalty-for-minors/#sthash.R30m1qvv.dpuf>

¹³² U.S. Constitution, consultado en Cornell University Law School: <https://www.law.cornell.edu/>

¹³³ Voto Disidente de los Jueces Picado Sotela, Aguiar-Aranguren y Cançado Trinidad, CIDH., *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam*, Sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C, No 16, párrafo 3

¹³⁴ *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°5: Niños y Niñas*, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, p. 33

Sancionó a este Estado parte por la violación del derecho a la vida e integridad física de 12 internos fallecidos y otros menores que resultaron lesionados. El Estado fallo con su obligación de garantizar sus derechos fundamentales consagrados tanto en su legislación como en la Convención Americana. La Comisión encontró que las condiciones del Instituto no cumplían con los estándares internacionales, se encontraba con sobrepoblación, hacinamiento, insalubridad, falta de infraestructura y de guardas y sin capacitación adecuada¹³⁵.

v. España

En España, es manejado como el derecho a la vida y a la integridad física y moral, bajo el cual los seres humanos deberán tener acceso a vivir y desarrollarse en condiciones dignas y deberán de tener un bienestar físico y mental.

La Constitución Española de 1978 fue la primera en la historia de España en reconocer expresa y específicamente estos derechos. En ella, el principio se vincula en el artículo 10 y 15; el primero establece que el orden político y la paz social están fundamentados por la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás; mientras que, respectivamente, en el segundo precepto se proclama el derecho a la vida desde una doble dimensión, la física y la moral, hablándose del derecho a la vida y a la integridad física y moral, y prohibiendo los tratos degradantes, inhumanos y la pena de muerte.

La regulación de estos principios fundamentales en la constitución, tiene como finalidad “[...] hacer posible que la vida humana se desarrolle de modo conforme a esa dignidad que se encuentra inseparablemente unida a la propia condición de la persona (personalidad)”¹³⁶.

Es importante relacionar el derecho a la vida con el derecho a la dignidad de la

¹³⁵ Vid. CORTE I.D.H.: Caso “Instituto de reeducación del menor” v/s Paraguay, Sentencia del 2 de septiembre de 2004. En: AGUILAR CABALLO, Gonzalo “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios Constitucionales, Año 6, N°1, 2008, pp.223-247

¹³⁶ Alegre Martínez, Miguel Ángel, *óp. cit.*, p. 344

persona y al desarrollo de su personalidad, ya que estos son la base de la protección de su vida, desarrollo y supervivencia. En el artículo 10.1 pueden distinguirse dos dimensiones de la personalidad; una en sentido estático, ligado a la dignidad, cuenta con dignidad debido a la existencia de su personalidad; y la segunda desde una dimensión dinámica, durante toda la vida la personalidad se va realizando, desarrollando, y perfeccionando, y en esta dimensión la dignidad es una constante invariable en ella, por ello la importancia de proteger tanto la dignidad como el sano desarrollo en el derecho a la vida¹³⁷.

En la Ley Orgánica 4/1994, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores (Vigente hasta el 13 de enero de 2001) describía que ciertas medidas podrían ser reducidas a instancia del representante legal del menor o del Ministerio fiscal con base en los informes presentados que emitiesen sobre su cumplimiento y desarrollo.

Al momento de imponer y mantener las penas, se toma en cuenta el desarrollo de los menores, como índice de su rehabilitación¹³⁸.

En la Ley Orgánica 5/2000, se enumeran los derechos de los menores internados, entre ellos el derecho al respeto a su personalidad, a que se preserve su dignidad, el derecho a que la entidad pública de la que dependa vele por su vida, integridad física y salud, sin que puedan ser sometidos a malos tratos o degradantes de palabra u obra, ni ser objeto de rigor arbitrario o innecesario para aplicar las normas¹³⁹.

No se cuenta en la legislación española con un concepto que defina qué es la vida, pero el Tribunal Constitucional define la vida humana como “[...] un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y

¹³⁷ *Ídem*, p. 342

¹³⁸ *Ley Orgánica 4/1994, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores* (Vigente hasta el 13 de enero de 2001), BOE núm. 140 de 11 de junio de 1992.

¹³⁹ *Ley Orgánica 5/2000, óp. cit.*

privado del sujeto vital”¹⁴⁰.

La jurisprudencia le da a este principio un soporte existencial sobre cualquier otro derecho, dándole prioridad y un carácter absoluto. No puede verse limitado por un pronunciamiento judicial ni por pena prohibida por el ordenamiento jurídico; por otro lado, la administración penitenciaria cuenta con una función activa en el cuidado de la vida, integridad corporal y la salud de las personas privadas de la libertad que se encuentran bajo su cuidado¹⁴¹.

Los ciudadanos se ven protegidos frente a las actuaciones de los poderes públicos que afecten su vida o su integridad, por medio del amparo y el Tribunal Constitucional. Se le da el deber al legislador y a los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida e integridad sin requerirse la voluntad de los titulares de este derecho¹⁴².

En la legislación de menores este principio es de suma importancia a la hora de asignársele medidas correccionales a los menores, para propiciar y estudiar cómo éste va desarrollándose. Su vida debe de ser protegida en el procedimiento, sin que puedan darle malos tratos o penas no establecidas en los ordenamientos. Es poco lo que se habla en las leyes sobre este principio, y en la jurisprudencia se ha resuelto con un enfoque sobre todo en las discusiones sobre aborto y eutanasia.

vi. Francia

En el preámbulo de la Constitución de 1946 se reafirman y proclaman los derechos, libertades y principios constitucionales, reconociendo los derechos inalienables y “sagrados” de todas las personas. Del preámbulo de la decisión nº 94-343-344 se deduce que la salvaguarda de la dignidad de la persona humana contra toda forma de esclavitud y degradación tiene así mismo valor constitucional¹⁴³. De igual manera, garantiza al individuo y su familia, por parte del Estado, las condiciones

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, 11 de abril, España, pg. 23

¹⁴¹ Supremo Tribunal Constitucional, Sentencia 48/1996 del 25 de marzo, España

¹⁴² Supremo Tribunal Constitucional, Sentencia 120/1990 del 27 de junio, España

¹⁴³ *Decisión n° 94-343-344 DC*, 27 de julio de 1994, JOFR nº174 del 19 de julio de 1994, Francia, p.11024

necesarias para su desarrollo, como la protección a la salud, seguridad material, descanso y ocio.

En Francia, si los menores que cometen un crimen tienen capacidad de discernimiento, son penalmente responsables y su responsabilidad es relativa a su edad. Los educadores de la protección judicial de la juventud, intervienen en el seguimiento de ciertas medidas, sanciones educativas o penas. Mientras que el Procurador de la República puede decidir una medida alternativa al enjuiciamiento para un menor. Éstas tienen como propósito proteger, asistir, vigilar y educar al menor y pueden ser revisadas en cualquier momento. Algunas de ellas son: la amonestación, el retorno a padres, tutores o la persona que lo cuida, la advertencia, la libertad bajo vigilancia, el internamiento, someterlo a la protección judicial, la medida de ayudar o reparación, la actividad del día, la dispensa de la medida y el aplazamiento de la medida. En ellas se promueve el sano desarrollo del menor por medio de las sanciones educativas¹⁴⁴.

En el Código Civil se asegura la primacía de la persona, prohibiendo todo atentado a la dignidad de esta y la garantía al respeto del ser humano desde el comienzo de su vida¹⁴⁵. En el Código de Acción Social y de Familias se procura dar un apoyo material, educativo y psicológico a todos los menores cuya salud, seguridad o moral estén en peligro, o su educación, desarrollo físico, afectivo, intelectual y social se encuentren comprometidos¹⁴⁶.

El tribunal de menores, el tribunal correccional para menores y la Cour d'assises¹⁴⁷ pronunciarán, según el caso, las medidas de protección, asistencia, vigilancia y educación que consideren apropiadas. En el momento de imponer las penas deben de investigar la rehabilitación educativa y moral del menor¹⁴⁸.

El Comité felicita la creación de un grupo de trabajo que elaboró un nuevo instrumento de evaluación para la prevención de suicidios de menores, pero se

¹⁴⁴ *Les mesures, les sanctions éducatives et les peines*, Ministère de la Justice, 10 janvier 2011, <http://www.justice.gouv.fr/justice-des-mineurs-10042/presentation-10043/les-mesures-les-sanctions-educatives-et-les-peines-21653.html>

¹⁴⁵ *Code Civil*, France, *óp. cit.*

¹⁴⁶ *LOI n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance*, Francia, JORF n°55 del 6 de marzo de 2007, p. 4215, texto n°7

¹⁴⁷ En Francia, es el Tribunal Penal

¹⁴⁸ *Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante*, Francia, 2016

encuentra consternado por los fallecimientos de menores en detención en 2008, así como por la fuerte incidencia de comportamientos automutilatorios en los menores. El Comité como recomendación exige al Estado parte utilizar todos los recursos disponibles para proteger el derecho del menor a la vida, y especialmente controlar las medidas de prevención. El Estado parte debe, de la misma manera utilizar los resultados de los exámenes realizados para mejorar las medidas de prevención¹⁴⁹. La legislación francesa enfatiza la importancia de las sentencias a dictaminar, las cuales buscan las medidas más sanas para lograr una verdadera rehabilitación y un desarrollo integral.

vii. Unión Europea

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se le da un carácter inviolable a la dignidad humana, debiendo ser respetada y protegida y, como parte del derecho a la vida de todas las personas, prohíbe la pena de muerte y su ejecución¹⁵⁰. La Carta Europea de los Derechos del Niño contiene el derecho a la vida perteneciente a todos los niños, los cuales si no pueden ser protegidos por los padres o tutores, deberán ser protegidos por los Estados. Así mismo impondrán garantías para su protección y cuidados necesarios, así como recursos mínimos dignos, y en caso de que su familia o cuidadores no puedan darle los cuidados necesarios, los poderes públicos habrán de hacerlo directamente¹⁵¹.

La única exclusión intencional que tiene el Convenio Europeo de Derechos Humanos a este principio, es la ejecución de una condena a pena capital impuesta por un delito establecido en la ley. No se considera infligida en infracción una muerte cuando sea consecuencia del uso de la fuerza absolutamente necesario: en legítima defensa, detención de una persona conforme a derecho o impedir la evasión de un preso o para reprimir una revuelta o insurrección apegado a derecho¹⁵².

En cuestiones de violación del derecho a la vida, la Corte Europea tiene influencia

¹⁴⁹ *Examen des Rapports Soumis par les États Parties en Application de l'Article 44 de la Convention, Observations finales du Comité des droits de l'enfant: France, óp. cit., p.9*

¹⁵⁰ *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Unión Europea, 2000*

¹⁵¹ *Carta Europea de los Derechos del Niño, Parlamento Europeo, óp. cit.*

¹⁵² *Convenio Europeo de Derechos Humanos, Unión Europea, 2010*

sobre otros organismos, como sobre la Corte Interamericana; en tres temas diversos:

- 1.- La “no protección del embrión humano”
- 2.- La violación del derecho a la vida por poner en grave riesgo la vida
- 3.- La “acción positiva”, consistente en la obligación del Estado a garantizar la protección del derecho a la vida por medio de acciones positivas, que comprenden:

a) La “acción positiva” de manera específica: cuando por el uso de la fuerza se prive la vida de un individuo, en este caso el Estado debe de realizar una “investigación oficial efectiva”, para cerciorarse de que ésta se realizó en el marco de la legalidad¹⁵³.

b) La “acción por prevención”: son medidas preventivas aplicadas por los Estados, como las disposiciones penales efectivas para disuadir a las personas de cometer delitos, buscando prevenir, suprimir y castigar el incumplimiento de estas leyes. Comprende de igual manera de medidas que se deben tomar en ciertas circunstancias, para proteger a un individuo o grupo de individuos cuya vida esté en riesgo por los actos de otros individuos.

c) La “acción procesal”: el Estado está obligado a realizar una investigación oficial efectiva para ver que el uso de la fuerza letal por parte de las autoridades haya sido legítimo.

d) La explicación satisfactoria y convincente: se debe de dar una explicación satisfactoria y convincente respecto de la privación de la vida que se

¹⁵³ Cfr. Eur. Court H.R. , Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom, supra nota 131, para. 105; Eur. Court H.R. , Case of Çiçekv. Turkey , supra nota 131, para. 148; Eur. Court HR ,McCann and Others v. the United Kingdom, supra nota 131, para. 161; Eur. Court H.R. ,Kayav. Turkey, supra nota 131, párr. 105. EN: ISLAS COLÍN, Alfredo, “Influencia de la Corte Europea de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Perfiles de las Ciencias Sociales, Año 2, No. 3, Julio-Diciembre

realizó.

e) La “acción positiva” para protección de grupos vulnerables radica en que se deben de promover medidas necesarias y razonables protegiendo los derechos de las personas vulnerables¹⁵⁴.

Como parte del respeto al derecho a la vida, se maneja de igual manera el respeto a su dignidad humana, debiendo ser una respetada y protegida. La única excepción fijada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, es en el caso de la pena capital siempre y cuando la ley lo establezca de esa manera y no tomará una muerte como infligida en infracción cuando sea consecuencia de una fuerza completamente necesaria, como la legítima defensa, la detención de una persona o impedir su evasión, o para reprimir una revuelta apegándose el derecho. La Corte Europea ha ido fijando pautas internacionalmente sobre el uso y aplicación de este principio, sobre todo tratándose de la no protección al embrión humano, a la violación del derecho a la vida por ponerla en grave riesgo y en acciones positivas.

IV. Derecho a la Participación

El último de los principios es el derecho a la participación. Este se traduce en el derecho a la libertad de expresión y a ser escuchado. Se encuentra en el artículo 12 de la Convención, fijando la obligación a los Estados Parte de garantizarle “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar

2014, México, UJAT, pp.118-119

¹⁵⁴ ISLAS COLÍN, Alfredo, “Influencia de la Corte Europea de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Perfiles de las Ciencias Sociales, Año 2, No. 3, Julio-Diciembre

su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”¹⁵⁵. Para lograr esta garantía, “se dará en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño”¹⁵⁶, ya sea de manera directa o por medio de representante u órgano apropiado.

La Participación puede “...ser definida como el hecho de formar parte, colaborar, cooperar, contribuir, asociarse o intervenir”¹⁵⁷. Así mismo, se define como la “[c]apacidad real, efectiva del individuo o de un grupo de tomar decisiones sobre asuntos que directa o indirectamente afectan sus actividades en la sociedad y, específicamente dentro del ambiente en que se desenvuelve”¹⁵⁸.

Las niñas y los niños tienen derecho a expresarse libremente, y sobre todo, a expresar su opinión en cuestiones en las que se afecte su vida social, económica, religiosa, cultural y política. En su derecho de participar, tienen derecho a emitir sus opiniones, a que se les escuche, a la información y a la libertad de asociación. Eso promueve la realización de todos sus derechos y una preparación para desempeñar una función activa en sociedad¹⁵⁹.

Este principio como derecho humano, se encuentra en la Declaración de los Derechos Humanos, ya que toda persona, en plena igualdad tiene derecho a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal en el examen de cualquier acusación penal en su contra¹⁶⁰.

Este principio tiene pocos precedentes dentro de los tratados de derechos humanos, ya que apunta a la condición jurídica y social del menor, el cual carece de plena autonomía pero es sujeto de derechos¹⁶¹. Con este principio, el menor es un

2014, México, UJAT, pp.119-121

¹⁵⁵ Convención de los Derechos del Niño, Publicada el 25 de enero de 1991 en el Diario Oficial de la Federación

¹⁵⁸ *Íbid*

¹⁵⁷ LOSOVIZ, Lucía, “Niñez Trabajadora: su Participación Protagónica en los Movimientos de NATS”, Derecho a la Participación Infantil de los Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Riesgo, Save the Children, España, 2006, p. 41

¹⁵⁸ ALLAN DALE, Richard, Participación Infanto-Juvenil: un reto social. OPS/OMS, octubre 1999. En: Derecho a la Participación de Niños, Niñas y Adolescentes. Guía práctica para su aplicación, UNICEF, República Dominicana, 2006, p. 14

¹⁵⁹ Consultado en Portal de la UNICEF: <http://www.unicef.org/mexico/spanish/17054.htm>

¹⁶⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, *óp. cit.*

¹⁶¹ *Observación General N° 12 (2009)*, Comité de los Derechos del Niño, 20 de julio de 2009, p. 5

participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos. Su importancia radica en la intervención que tiene para llegar a una solución conveniente para él.

En la Declaración de Cuenca (2004) se describe como un derecho que se alcanza a través de un proceso de construcción y lucha individual y colectiva que busca garantizar que la opinión y expresión de los niños, adolescentes y adultos, sin discriminación alguna, aporten a la toma de decisiones en todos los ámbitos¹⁶².

En el Plan Perú, se detalla la participación infantil y adolescente como “[...] un derecho inherente a la persona y a su condición ciudadana y es un proceso que posibilita que los niños, niñas y adolescentes se empoderen, jueguen un rol en la definición de rumbos de acción en espacios propios y colectivos de la sociedad, opinen libremente y de manera informada, tomen decisiones individuales, colectivas, asuman compromisos, generen propuestas alternativas en los aspectos de su interés, convirtiéndose en protagonistas de su propio desarrollo, el de sus familias, de sus comunidades y nación”¹⁶³.

El Comité hace notar que en la mayoría de sociedades del mundo se obstaculiza el cumplimiento de este derecho, por múltiples prácticas y actitudes anticuadas, y por barreras políticas y económicas. Los menores que más problema tienen a la hora de reconocérseles este derecho son las y los niños pequeños, y aquellos en condiciones desfavorecidas y de marginación¹⁶⁴.

La aplicación del artículo 12 exige que se apliquen cinco medidas a la hora de observarse este derecho:

1.- Preparación: el menor debe de estar plenamente informado sobre su derecho a expresarse, a adoptar decisiones y el efecto que tendrían sus decisiones; debe de saber que puede comunicarse directamente o por medio de un representante, se le deberán explicar las consecuencias y cómo se llevará a cabo el proceso.

¹⁶² La Participación de Niños, Niñas y Adolescentes en las Américas, OEA, Mayo 2010, p. 30

¹⁶³ *Ídem*

¹⁶⁴ *Ídem*

¹⁶⁷ Observación N°12, *óp. cit.*, p.6

2.- Audiencia: el contexto debe ser propicio, inspirar confianza para que el menor se sienta seguro. La persona que escuchará deberá ser un adulto que intervenga en los asuntos que afecten al niño (maestro, cuidador, trabajador social), un encargado de adoptar decisiones en una institución (director, administrador o juez) o un especialista. Se llevará a cabo de forma conversacional y en condiciones de confidencialidad.

3.- Evaluación de la capacidad del niño: se deberá hacer un análisis en cada caso para estudiar la capacidad del niño de formarse un juicio propio; si tiene la capacidad de hacerlo de manera razonable e independiente, sus opiniones se tomarán como factor destacado en la resolución.

4.- Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño): el encargado debe de informarle al menor el resultado y explicar la manera en que sus opiniones se tomarán en cuenta.

5.- Quejas, vías de recurso y desagravio: la legislación deberá ofrecer procedimientos de denuncia y vías de recurso por si su derecho de participación es violado o pasado por alto. Si se viola durante el proceso judicial u administrativo, el menor debe de tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia.

Los Estados tienen la obligación de incluir en sus legislaciones mecanismos que les den acceso a recibir información sobre su derecho y la consideración otorgada a su opinión y apoyo en caso de que sea necesario.

En el caso de los menores infractores, estos tienen derecho a ser escuchado en todas las etapas del procedimiento, desde la etapa prejudicial, debiendo ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez instructor; al igual en las etapas de sentencia y resolución y en la aplicación de las medidas impuestas. En el caso de que se opte por una medida extrajudicial, este debe de dar su consentimiento libre

y voluntario y obtener asesoría y asesoramiento sobre la medida a aplicarse. Habrá de informársele sobre los posibles cargos y medidas que se tomarán.

Los procesos deben de ser transparentes e informativos, voluntarios, respetuosos, pertinentes, adaptados a los niños, incluyentes, apoyados en la formación, seguros y atentos al riesgo y responsables.

Algunas consecuencias positivas de la participación son¹⁶⁸

- La mejora de capacidades y potencialidades personales
- Autonomía
- Creatividad
- Experimentación
- Capacidad de razonamiento y elección
- Aprendizaje de los errores
- Se configura una mayor personalidad, fomentando su sentido crítico
- Incrementan las relaciones personales y el intercambio de ideas
- Obtiene un aprendizaje más sólido
- Se desarrollan sus capacidades para escuchar, negociar y elegir alternativas
- Aprende valores democráticos, de participación y libertad
- Permite asumir un papel activo en sus comunidades y naciones
- Prepara a los menores para participar en la sociedad

Algunas consecuencias negativas de la no-participación serían:

- Dependencia del niño al adulto para tomar decisiones
- Poca iniciativa
- Pasividad, comodidad y conformismo
- Falta de respuesta en situaciones críticas
- Falta de sentido crítico
- Inseguridad y baja estima personal

¹⁶⁸ MARTÍN, David, “La Importancia de la Participación Infantil en los Derechos de la Infancia”, Derecho a la Participación Infantil de los Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Riesgo, Save the Children, España, 2006, p. 34

- Reduce la creatividad y la imaginación si las actividades son dirigidas¹⁶⁹

En la Observación General 14 se lanzan el ISN y el derecho que tiene a ser escuchado, ya que la evaluación de interés superior debe incluir el respeto del derecho del niño a ser escuchado y que se tome en cuenta su opinión¹⁷⁰.

La escalera de la participación, comenzada por Roger Hart y adaptada por Barbara Franklin (Save the Children Suecia), analiza las formas en las que los menores participan y las ordena según los niveles de participación y orienta sus estrategias. El nivel de participación de los menores dependerá del desarrollo de sus facultades.

Los modelos no participativos son:

0. Es el auténtico modelo de la no participación, no se consideran ni se les da apoyo, son completamente ignorados.
1. Los adultos mandan: estos toman todas las decisiones, los menores solo reciben órdenes.
2. Los adultos mandan de forma bondadosa: los adultos deciden pero justifican sus decisiones y dan explicaciones.

Modelos de participación:

3. Manipulación: los adultos deciden que hacer y le preguntan a los niños pero con la idea ya planteada.
4. Decoración: los adultos deciden y los niños tienen un papel para reforzar la causa que defienden los adultos.

¹⁶⁹ *Ídem*

¹⁷⁰ Observación General 14, *óp. cit.*, pp. 11-12

5. **Formulismo o simbolismo:** los menores solo deciden sobre aspectos poco importantes.

Modelos participativos:

6. **Invitación:** Los menores son invitados a dar sus ideas y los adultos decidirán basándose en sus opiniones.
7. **Consulta:** los adultos consultan a los menores y toman muy en cuenta sus opiniones y teniéndolas en cuenta deciden.
8. **Decisión conjunta:** en un plano de igualdad, ambos deciden.
9. **Los niños dirigen, los adultos ayudan:** los niños tienen el papel dirigente para decidir con ayuda de los adultos. En este nivel están los proyectos de participación infantil.
10. **Los niños al frente:** los menores son los que deciden y los adultos sólo participan si los niños lo solicitan¹⁷¹.

No sólo para incluir a los menores a la vida en sociedad, sino por los beneficios personales que trae para ellos, es tan importante el respeto a este principio. Gracias a el se puede llegar a mejores soluciones con base a las opiniones que éstos den sobre la controversia presentada; cuya participación deberá hacerse estando el menor preparado e informado, en un ambiente de confianza, contando con el derecho a que se le informe de qué manera habrá de ser tomando en consideración.

¹⁷¹ GÓMEZ, Alejandro Benito, "La Participación Infantil en los Programas de Educación no Formal", 2006, En: GONZÁLEZ JUÁREZ, Raquel (coord.), El Derecho a la Participación Infantil de los Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Riesgo, Save the Children, España, 2006

i. México

En la LFJA se les da a los menores el derecho a ser informados de las razones en caso de que sea detenido, juzgado o si se le impone una medida; la persona que atribuya la conducta tipificada como delito; las consecuencias de dicha conducta; los derechos y garantías que tiene durante todo el proceso; el derecho de defensa jurídica gratuita y todo lo que sea relevante respecto de su sujeción al Sistema Federal de Justicia para Adolescentes. Los padres, tutores o los que ejerzan la patria potestad tienen el derecho de participar en las actuaciones y brindarles asistencia general¹⁷².

Los adolescentes y adultos jóvenes sujetos a las medidas contenidas en la ley tienen derecho a conocer el objetivo de la medida impuesta, el contenido del programa individualizado de ejecución y lo que el menor tiene que hacer para su cumplimiento; debe de ser informado desde el principio el contenido del programa individualizado que se impuso, las disposiciones de las normas y reglamentos que regulan sus derechos, prerrogativas, beneficios y obligaciones; el régimen del centro de internamiento y sus medidas disciplinarias y el procedimiento de su aplicación e impugnación.

En la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes entre los principios para garantizar la protección de menores se encuentra la promoción de la participación, con la cual deberán de tomar en cuenta su opinión, aspectos culturales, éticos, afectivos, educativos y de salud, en todos los asuntos que les competan según su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez. Ulteriormente lo enuncia como principio rector y como derecho de los menores.

En el capítulo décimo quinto procede a detallar más sobre este principio, le da la responsabilidad a las autoridades federales, estatales y municipales de, respetando sus competencias, disponer e implementar los mecanismos para garantizar la participación permanente y activa de niñas, niños y adolescentes en las decisiones que se tomen en ámbitos familiares, escolares, sociales, comunitarios o cualquier otro en el que se desarrollen. De igual manera tienen el derecho a participar en los

¹⁷² Ley Federal de Justicia para Adolescentes, *óp. cit.*

procesos judiciales y de procuración de justicia donde se estén decidiendo asuntos que les afecten. Las instancias gubernamentales deberán informar de qué manera se valoró y tomó en cuenta su solicitud.

La jurisprudencia de la SCJN resolvió conforme al artículo 4º constitucional y el 12 de la CDN, dictaminando que en cumplimiento del interés superior del menor, debe de respetarse el derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que puedan afectarle y aludan a determinaciones de su ámbito cotidiano. Aun siendo una situación en la que el menor no esté preparado para manifestarse por falta de madurez o desconocimiento se debe de respetar su opinión, siempre teniendo en cuenta su situación particular y su sano desarrollo¹⁷³. Aquí la SCJN le dio aún más fuerza a la aplicación de este principio al dictar que aún no teniendo la madurez suficiente o desconocimiento, debía atenderse su opinión.

En tesis, la SCJN determinó que dicho precepto de la Convención, establece un lineamiento general para que los Estados miembros consideren las opiniones el menor en todos los asuntos relacionados a él, siendo esto una una formalidad que debe de existir en todo proceso, y los Estados en su legislación nacional deberán establecer la forma y término en los que se garantizará ese derecho, como es el caso del artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal que insta que debe de oírse a los menores independientemente de su edad¹⁷⁴.

En el Informe del Comité, se aplauden los esfuerzos realizados por el Estado para promover y asegurar el ejercicio del derecho del niño a expresar sus opiniones y participar activamente en los diversos sectores de la sociedad como los períodos de sesiones celebrados en 2003 y 2005 por el Parlamento de los Niños y la Consulta Infantil y Juvenil. A pesar de estas acciones se encuentra consternado por las actitudes tradicionales que limitan este derecho y por la escasa posibilidad que tienen de participar y expresarse en la toma de decisiones que los incumben, sobre todo en escuelas y comunidades. Para mejorar su cumplimiento le recomienda las

¹⁷³ 1a. CVIII/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, marzo de 2015, p. 1099

1a. XLV/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1399

¹⁷⁴ I.9o.C.158 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXIX, abril de 2009, p. 1927.

siguientes medidas a México:

a) Intensificar sus esfuerzos para promover, dentro de la familia, en las escuelas y en otras instituciones, el respeto a las opiniones de los niños, en especial de las niñas, y facilitar su participación en todos los asuntos que los afecten;

b) Enmendar los códigos de procedimientos civiles para asegurar que los niños sean escuchados en las actuaciones judiciales que los vinculen;

c) Reforzar las campañas nacionales de sensibilización para cambiar las actitudes tradicionales que limitan el derecho de participación de los niños;

d) Examinar periódicamente hasta qué punto los niños participan en la formulación y evaluación de leyes y políticas que les atañen, tanto en el plano nacional como en el local, y evalúe en qué medida se tienen en cuenta las opiniones de los niños, incluso su repercusión en las políticas y los programas pertinentes¹⁷⁵.

México transpone en la LFJA de manera detallada el respeto a este derecho en el caso de menores infractores, especificando las etapas del proceso en las cuales deberá de respetarse y apegarse a él. El problema se presenta a la hora de tomar en consideración las opiniones de los menores, sobre todo de aquél gran porcentaje de ellos que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad.

ii. Argentina

¹⁷⁵ Informe Comité...*op. cit.*, p. 9

La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes le da aplicación obligatoria a la CDN y especifica su derecho a ser oído y atendido cualquiera que sea la forma en que se manifieste en todos los aspectos. Ulteriormente, dictamina que debe de respetarse este derecho como parte de su interés superior. Por su derecho a opinar y ser escuchados, tienen derecho a participar y expresar sus opiniones en los asuntos que les conciernan y en los que tengan interés; que se tomen en cuenta sus opiniones conforme a su madurez y desarrollo; extendiéndose a todas las esferas en las que éstos se desenvuelvan, como el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo¹⁷⁶.

En el Informe, el Comité celebra la inclusión de este derecho en la Ley N° 26061 (Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y de Adolescentes). No obstante, le preocupa que se condicione la audiencia a la petición del niño, ya que puede generar discriminación y contradicciones en la práctica, y a la falta de procedimientos formales para garantizar la participación de los niños en los aspectos que le conciernan y por la impresión de los menores de que su voz no es escuchada debidamente. Teniendo en cuenta la Observación general N°12, propone como recomendación que se busque respetar el derecho a la audiencia en todas las actuaciones en las que un menor esté involucrado, aún sin que este lo solicite. Promueve la difusión de este derecho entre padres, maestros, funcionarios públicos, jueces, abogados, periodistas y los propios menores para aumentar su participación.

Recordemos su falta de regulación sobre menores infractores, por lo que estudiando la ley que protege a la infancia encontramos este principio, incluyéndolo en todos los procedimientos en los que se involucre al menor.

iii. Estados Unidos

Actualmente, el artículo 12 de la CDN no obliga a Estados Unidos, primeramente por no ser parte y en segundo lugar porque, a diferencia del interés superior del

¹⁷⁶ Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, *óp. cit.*

menor, el derecho a la participación no forma parte del derecho consuetudinario internacional.

En 1967 en el caso *In re Gault*, se estableció que los menores tienen los mismos derechos al debido proceso que los adultos que han cometido una conducta tipificada como delito. Entre estos derechos está el derecho a la notificación de los cargos en su contra, el derecho a ser escuchado en el juicio, a tener un representante y sus derechos en contra de la autoincriminación, como se establece en la 5ª enmienda. Así mismo, los menores tienen derecho a ser escuchados en las decisiones sobre custodia y en los divorcios, ya sea directamente o a través de un representante o testigo experto¹⁷⁷.

En los procesos los menores deben de tener un representante, no necesariamente abogado si no que puede ser un *guardian ad litem*. Su participación no tiene un carácter autoritario, si no más consultivo¹⁷⁸.

En Estados Unidos de América, se tiene poco compromiso a la inclusión de la participación de los menores en el ámbito público. Se han realizado pocas iniciativas de implementar políticas públicas que promuevan la participación del menor. En la Regla 17 de las Reglas Federales del Proceso Civil se le da la opción a aquellos menores o personas sin capacidad que no tengan un representante, puedan demandar por medio de un “*next friend*” o un *guardian ad litem*. La Corte debe asignar un guardan o emitir otra orden apropiada para proteger al menor o al incapaz no representado en la acción civil¹⁷⁹.

Existe una diversidad de modelos de representación en las legislaciones del país, de ellos, cuatro parecen apegarse completamente al artículo 12 de la CDN (siendo un aproximado de 39 jurisdicciones)¹⁸⁰. Las distintas jurisdicciones parecen estar divididas entre dos puntos de vista, aquéllas que se apegan a el Acta de Prevención de Abusos y Tratamiento de Menores (Child Abuse Prevention and Treatment Act

¹⁷⁷ Uniform Marriage and Divorce Act, *óp. cit.*, pp. 56 y 57

¹⁷⁸ DAVIDSON, Howard A, “The Child’s Right to be Heard and Represented in Judicial Proceedings”, *Pepperdine Law Review*, Volume 18, Article 3, 1991, pp. 258-259.

¹⁷⁹ *Federal Rules of Civil Procedure*, Estados Unidos de América, 1 de Diciembre de 2014. Consultado en la página de la Corte: <http://www.uscourts.gov/file/rules-civil-procedure>

¹⁸⁰ KOH PETERS, Jean, “How Children Are Heard in Child Protective Proceedings, in the United States and Around the World in 2005: Survey Findings, Initial Observations, and Areas for Further Study”, 2006, Faculty Scholarship Series, Paper 2146

(CAPTA)), que promueve un sistema de protección por medio de un *guardia ad litem*¹⁸¹, que estará encargado de proteger los intereses de los menores. Por el otro lado están aquellas jurisdicciones que promueven la representación por medio de abogados.

A partir de CAPTA los estados comenzaron a proveer algún tipo de representación para los menores a manera de protección. En algunas jurisdicciones estatales se necesita a un representante que abogue por el ISN, pudiendo ser un abogado o un voluntario y este deberá expresar las opiniones del niño y si sus opiniones sobre su interés superior no coinciden con las del representante, la corte puede señalarle a un abogado para que resguarde las opiniones del menor. En otras el representante del interés superior debe de expresar los intereses pero no está previsto el señalamiento de un abogado en caso de que el encargado de buscar el mejor interés no coincida con las opiniones del menor. Hay legislaciones en las que no se tiene prevista la expresión de las opiniones del menor por medio del representante, pero la Corte tiene la facultad de señalar a un abogado para que defienda las opiniones del menor. Por último, hay legislaciones en las que no se prevé este derecho.

Este país no se encuentra obligado a cumplir con este derecho, ya que aparte de que Estados Unidos no es parte, no es considerado como parte del derecho internacional consuetudinario por dicho país¹⁸².

Más de la mitad de las jurisdicciones requieren que el representante del menor exprese o abogue las opiniones del menor ante la corte. Una minoría de jurisdicciones no contiene dicho requisito, por lo que no se apegan al artículo 12. La problemática que presenta el sistema de representación, es que en algunos casos el representante se centra en expresar los intereses del menor y en nombre del ISN los guardianes *ad litem* tienen un amplio poder sobre el proceso, y ocasiona que los menores tengan menor empoderamiento en los procesos en los que están involucrados y su bienestar puede verse en juego.

¹⁸¹ Un abogado o un representante especial nombrado por la Corte (o ambos) para obtener de primera mano y en claro entendimiento la situación y necesidades del menor para hacer recomendaciones a la corte sobre el ISN.

¹⁸² KOH PETERS, Jean, *óp. cit.*

Es de fundamental importancia que los abogados comprendan este principio como un derecho humano fundamental, y actúen en vista de las opiniones que este exprese.

iv. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la CADH la única referencia a este principio se encuentra en el artículo 8 como parte de las garantías judiciales que tiene toda persona a ser oída en la sustanciación de cualquier acusación penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

La Corte en Sentencia, dictaminó que el artículo 8.1 de la CADH deberá ser interpretado a la luz del artículo 12 de la CDN, el cual tiene el objeto de que la intervención del menor se ajuste a sus condiciones y no en perjuicio de su interés genuino. El Comité, con el fin de determinar los alcances de los términos de dicho precepto realizó las siguientes especificaciones: 1) el niño es capaz de expresar sus propias opiniones; 2) no es necesario que el menor tenga un conocimiento exhaustivo de los aspectos que lo afectan, si no tener la comprensión suficiente de formarse su propio juicio; 3) este tiene el derecho de escoger si quiere o no hacer uso de su derecho a ser escuchado, y si lo hace puede expresarse sin presión; 4) el menor y sus padres o tutores deben de ser informados sobre los asuntos, opciones y posibles decisiones que se adoptaran y sus consecuencias; 5) se evaluará la capacidad del niño para tener adecuadamente en mente sus opiniones; 5) la madurez de los niños se medirá a partir de su capacidad para expresar sus opiniones razonable e independientemente¹⁸³.

El derecho no solo consiste en ser escuchado, si no en ser tomado en cuenta en relación con su madurez. Se deberá hacer un examen caso por caso para ver el grado de participación. En las decisiones judiciales sobre la custodia, separación y divorcio es de suma importancia incluir este derecho por los que habrán de adoptar las decisiones.

¹⁸³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, supra nota 218, párrafos 74, 20, 21, 25, 28 y 30 En: *Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012.

v. España

El artículo 48 de la Constitución Española habla sobre la participación juvenil, la cual será promovida por los poderes públicos en condiciones de libertad y eficacia, incluyendo a la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.

En el artículo 9 de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, se regula el derecho del de los niños a ser oídos, no sólo en el ámbito familiar si no el cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que estén implicados y se vaya a llegar a una decisión que afecte su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales la participación del menor deberá ser conforme a su situación y desarrollo evolutivo, cuidando salvaguardar su intimidad. De ser necesario se designará una persona para que lo represente e inclusive cuando vaya contra e interés del menor, su opinión podrá ser conocida a través de los representantes del menor siempre y cuando sus intereses no se contrapongan con los del menor, o podrá darse a través de personas que por su profesión o relación puedan transmitir objetivamente la opinión del menor.

En materia familiar, este principio lo encontramos en el precepto 91.6 del Código Civil, el cual estipula que se velará este derecho en los casos de guarda y custodia, cuando los menores cuenten con suficiente juicio y cuando se estime necesario o a petición del Fiscal, partes, miembros de equipo o por el propio menor¹⁸⁴.

En el mismo sentido, el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se estima que si el procedimiento fuese contencioso y se estime necesario o a petición del fiscal, partes o miembros, se escuchará a los menores o incapacitados si tuviesen el juicio necesario, y sobre todo a los mayores de doce años¹⁸⁵.

En el Informe el Comité de los Derechos del Niño celebra el reconocimiento del derecho a ser escuchado y el derecho a la participación en su legislación, más le preocupa que en algunos casos sea necesario recurrir a tribunales superiores para

¹⁸⁴ *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*, España, «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889 (Última modificación: 6 de octubre de 2015). Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BO E-A-1889-4763-consolidado.pdf>

¹⁸⁵ *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, España, «BOE» núm. 08/01/2000. Consultado en: <https://www.boe.es/bu scar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

que se reconozca el derecho de un menor a comparecer ante un tribunal sin sus tutores legales, sobre todo en procedimientos judiciales y administrativos en los que le involucren. Como recomendación, el Comité propone al Estado proseguir e intensificar su labor para la aplicación de este derecho y promover el respeto por las opiniones del niño a cualquier edad en cualquier procedimiento. También recomienda promover la participación del niño, facilitar su ejercicio y velar por la utilización de las opiniones.

Basándose en parámetros internacionales y nacionales, la normativa española a partir de la Ley 4/2015, está adaptada a los parámetros en el tema de la escucha al menor víctima o testigo, teniendo este el derecho a expresarse libremente, debe de estar informado, la audiencia será en un entorno “amigable” y sus opiniones deberán ser tomadas en cuenta¹⁸⁶.

La Constitución engloba la participación de los jóvenes y la Ley de Protección Jurídica del menor delimita el derecho a participar en los asuntos que le conciernan, el cual es ignorado en unos casos, por lo que se tienen que resolver en tribunales superiores.

vi. Francia

En la Ordenanza relativa a la infancia delincuente se establece que el Tribunal de menores decidirá después de haber escuchado al menor, a los testigos, padres, tutores o guardianes, el ministerio público y el defensor; y, para complementar su información para tomar la decisión, podrá escuchar a los coautores o cómplices mayores. El presidente del tribunal puede dispensar la comparecencia del menor en la audiencia protegiendo su interés, y en esos casos será representado por un abogado, padre, madre o tutor¹⁸⁷.

El artículo 388-1 del Código Civil francés establece que en todo procedimiento que concierna a un menor capaz de discernir, puede, sin perjuicio de las disposiciones de su intervención o consentimiento, ser oído por el juez o, si su interés lo manda,

¹⁸⁶ BECERRIL, Soledad, *Estudio sobre La Escucha del Menor, Víctima o Testigo*, Defensor del Pueblo, España, 2015, p. 57

¹⁸⁷ *Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante*, Francia, artículo 13

por la persona designada por el juez para este caso.

Dicha audiencia es de derecho cuando el menor la solicita, y en caso de que este se negase a ser escuchado, el juez evaluará los fundamentos de la negativa. Puede ser entendido solo, con un abogado o persona de su elección, y si dicha elección el juez no la considera acorde al interés superior del menor, puede proceder a designar a otra persona.

El juez deberá asegurarse de que el menor sea informado de su derecho a ser escuchado y asistido por un abogado¹⁸⁸. El Comité se encuentra satisfecho por las modificaciones introducidas por la Ley nº 2007-293 de 5 de marzo de 2007, que reconoce el derecho del menor a ser escuchado en todo procedimiento relativo a la patria potestad, la sucesión, la tutela y la adopción. Sin embargo, reitera su preocupación por el hecho de que para poder ejercer ese derecho el menor debe solicitarlo, lo cual podría conducir a discriminaciones e incoherencias en la práctica. Por otro lado, felicita la existencia de un Parlamento de menores, pero lamenta que sus recomendaciones sean rara vez tomadas en consideración.

El Comité, tomando en cuenta el artículo 12 de la Convención, y las recomendaciones previas realizadas en 2006, pide asegurar que el derecho del menor a ser escuchado sea ampliamente conocido por los padres, maestros, directores, administración pública, magistrados, poder judicial; por ellos mismos y por la sociedad en general para aumentar las posibilidades de participación efectiva de los menores incluso en medios de comunicación. Insta el Estado a tomar duramente en consideración las opiniones y recomendaciones del Parlamento de los niños en el marco de las reformas jurídicas que tienen efecto directo sobre los menores y de promover las iniciativas que buscan crear dichas instituciones a nivel departamental y municipal.

En la Ordenanza relativa a los menores infractores se dispone que se escuchará a los menores para tomar una decisión pero no le da al principio la importancia que debería de tener, ya que el menor debe tener acceso al derecho aún sin solicitarlo y en todo momento del procedimiento sin importar su carácter, no limitado a la

¹⁸⁸ *Código Civil*, Francia, 16 de Marzo de 2016, Artículo 388-1 (Modificado por la Ley nº2007 -308 del 5 de marzo de 2007

mediación y asuntos familiares como en el país en estudio.

vii. Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea contiene entre otros derechos, el de las personas menores de a expresar libremente su opinión y a que esta sea tomada en cuenta en relación con los asuntos que le afecten, según su edad y madurez.

La Carta Europea de los Derechos Humanos, insta que toda decisión familiar, administrativa o judicial en la que se involucre al niño deberá tener como prioridad la defensa y salvaguarda de sus intereses. Si no hay un riesgo para el menor, este deberá ser oído desde el momento en el que su madurez y edad lo permitan en toda la decisión que lo involucre, sobre todo en aquellas en las que los procedimientos y decisiones impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, determinación de la guardia y custodia, la designación de su tutor legal, entrega en adopción o colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. En estos procesos el ministerio fiscal o equivalente tendrá la función primordial de salvaguardar los derechos e intereses del niño.

En las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (2005/20) se enlista como principio de alcance general el derecho a la participación, el cual tendrá sujeción al derecho procesal nacional, otorgándole a todo menor el derecho a expresar libremente y en sus propias palabras sus creencias, opiniones y pareceres sobre cualquier asunto y que sus aportaciones a los asuntos que les afecten sean tomadas en consideración según sus aptitudes, edad, madurez y evolución de su capacidad. En su capítulo VIII se puntualiza en qué consiste el derecho de los menores víctimas o testigos de un delito a ser oídos y a expresar sus opiniones y preocupaciones.

En la directriz se cubre la participación de éstos menores víctimas o testigos pero no sobre aquéllos que se vean involucrados en la participación de ilícitos y cómo debe de formar parte de su proceso este derecho.

II. Análisis bibliográfico del Sistema Jurídico de Menores Infractores Mexicano

Cada país tiene un distinto modelo para ya sea corregir o sancionar a sus menores infractores. En algunos países se utiliza un modelo garantista, que busca sobretodo proteger y educar a los menores para que logren una debida reinserción a la sociedad; y en otros un modelo más sancionador, que busca la reparación del daño a la sociedad por la comisión de un hecho delictivo.

En México el sistema de justicia para menores ha ido cambiando, antes de regularse el derecho penal de menores, se les juzgaba como si fuesen adultos, aplicándoseles una pena atenuada por ser menores. El Código Penal de 1871 fijaba las bases para definir la responsabilidad de los menores, basándose en la edad y el discernimiento; los menores de nueve años quedaban exentos de

responsabilidad, para los menores entre nueve y catorce años se tendría que hacer un dictamen pericial para poder aclarar si tienen discernimiento, y de los catorce a los dieciocho tendrían discernimiento ante la ley y se presumiría plena en su contra. En México, en 1923 en San Luis Potosí se creó el primer Tribunal para Menores, lo cual imitó el Distrito Federal en 1926. En 1965 se creó la primera regulación constitucional, de la cual nació el concepto de “menor infractor” y nació la obligación para los Estados y para la Federación de crear instituciones especiales para el tratamiento a los menores.

El Código Penal de 1929 le daba el carácter de socialmente responsable al menor, y lo sujetaba al tratamiento educativo a cargo del Tribunal para Menores. A partir de 1931 se buscó realizar una política tutelar y educativa¹⁸⁹.

En 1973, en el marco del Primer Congreso Nacional sobre el régimen jurídico del menor, se creó una iniciativa de ley que creaba el Consejo Tutelar para Menores Infractores en el Distrito Federal y Territorios Federales, haciendo crecer el Derecho de Menores. Con dicha ley se crearon organismos especializados, y al sistema se le daría un enfoque más tutelar y preventivo, no punitivo¹⁹⁰.

Con el desarrollo que se fue dando, se dio la Doctrina de la situación irregular, con la cual el menor era considerado el sujeto pasivo de la intervención jurídica en lugar de sujeto de pleno derecho en busca de la reinserción social. Con esta doctrina se presentaron varios problemas, entre ellos la falta de las garantías procesales por ser un proceso administrativo, no había distinción entre menor que infringía las leyes penales y aquellos considerados en estado de riesgo a infringirlas.

En 1989, con la proclamación de Convención de los Derechos de los Niños, se desarrolló un modelo de protección integral, consistente en distintos principios que pugnaban por dar protección suficiente a los menores de edad al enfrentarse a un procedimiento; entre estos principios están el de vulnerabilidad social, derecho a ser tratado con humanidad y dignidad, de la aplicación de la norma más favorable, entre

¹⁸⁹ BLANCO ESCANDÓN, Celia, “Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores” (en línea) EN: N. González Martín (coordinador). *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho Comparado. Temas Diversos*, Tomo II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p.106

¹⁹⁰ *Ibid*, pp. 107-111

otros¹⁹¹. En 1985 se crearon las Reglas de Beijing como recomendaciones para los sistemas de justicia de menores de edad en los países miembros de la ONU; siendo éstas un conjunto de reglas mínimas para la administración de justicia de los menores. En 1990 México ratificó la Convención de los Derechos del Niño, siendo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991. Con base en este compromiso internacional hecho por México, se modificaron algunas leyes. El 24 de diciembre de 1991 se publicó la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, quedando abrogada la ley que creaba el Consejo Tutelar para Menores Infractores¹⁹². Con la creación de esta ley no se cumplió de manera completa los compromisos adquiridos pero hubo avances en la materia, tales como la delimitación de la edad, la certeza jurídica, la apelación y la oportunidad de tener libertad provisional. El 29 de mayo de 2000 fue publicada la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, dándole un particular interés a la protección de los derechos fundamentales de los menores.

México asume, con la reforma del 12 de diciembre del 2005, al modificar el artículo 18 párrafo cuatro, que¹⁹⁴

“la Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan

¹⁹¹ El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña, Publicaciones de la CNDH, México, 1996, pp. 19-56. En: CRUZ Y CRUZ, Elba, *óp. cit.*, p. 83

¹⁹² CRUZ Y CRUZ, Elba, *óp. cit.*, pp.84-87

¹⁹⁴ HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, México, Ed. Flores Editores y Distribuidor, 2013, p. XXI

realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a la asistencia social”¹⁹⁵.

En la Ley Federal para Justicia para Adolescentes, se distinguen catorce principios rectores en su artículo 4, y a lo largo de la Ley se distinguen otros. Esta no sigue la metodología del derecho comprado, incluyendo más principios rectores y en forma desordenada.

Artículo 4. Son principios rectores del Sistema, en forma enunciativa, más no limitativa, los siguientes:

- I. Interés Superior del Niño
- II. Presunción de Inocencia¹⁹⁶: Se sustenta en la consideración elemental de que toda persona tiene derecho a ser estimada como no responsable de la conducta que se le atribuye en tanto no se le pruebe lo contrario, según lo establece la Constitución¹⁹⁷;

Este principio está contenido en el artículo 20 constitucional, apartado B fracción primera, el cual establece que toda persona imputada tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no sea declarada su responsabilidad por medio de una sentencia.

La doctrina a la luz de Tratados Internacionales define que la presunción de inocencia “[...] subsiste hasta que exista una sentencia que declare la responsabilidad del encausado”¹⁹⁸.

¹⁹⁵ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, óp. cit.*

¹⁹⁶ Subrayado por la autora.

¹⁹⁷ Ley Federal de Justicia para Adolescentes, *óp. cit.*

¹⁹⁸ HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Debido proceso en el sistema acusatorio*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2011. EN: HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, México, Ed. Flores Editor es y Distribuidor, 2013, p. 32

En México, este principio consiste en que el juzgador, al momento de dictar el auto de término constitucional, sólo puede señalar la presencia de suficientes condiciones para iniciar el proceso pero no puede confirmar que se cometió el delito. Para alcanzar la verdad buscada, se tiene que llegar a ella mediante un proceso en el cual se otorga la garantía de defensa para que ambas partes puedan refutar las pruebas. Hasta el momento anterior a que se dicte sentencia, el inculcado se considera inocente¹⁹⁹. Esto quiere decir que mientras no se dicte una sentencia en la que se demuestre la culpabilidad del imputado, este será considerado inocente.

Francisco J. D'Albora define este principio como “aquél conforme al cual la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer al acusador”²⁰⁰.

Ferrajoli establece que “[s]i la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena”²⁰¹.

El principio de jurisdiccionalidad exige que para la existencia de culpa tiene que haber un juicio, y no puede haber juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y refutación, y condiciona la presunción de inocencia del imputado a prueba en contrario sancionada por una sentencia definitiva condenatoria.

La culpa debe ser demostrada, no la inocencia, y la prueba de dicha culpa se presume desde un principio formando el objeto del juicio.

Los derechos de los ciudadanos están amenazados tanto por los delitos, como por las penas arbitrarias, por eso la presunción de inocencia no solo es una garantía de libertad y verdad, sino también de seguridad o defensa social por parte del Estado,

¹⁹⁹ Cfr. Registro No. 166039. Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, noviembre de 2009. p. 400. Tesis: 1ª. CCIII/2009. Tesis Aislada. Materia(s): Penal. ACREDITACION DEL CUERPO DEL DELITO Y DEL DELITO EN SI. SUS DIFERENCIAS. EN: HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes...*, óp. cit., p.33

²⁰⁰ *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, óp. Cit.

²⁰¹ FERRAJOLI, LUIGI, Derecho y Razón, España, Ed. Trotta, 1995, pg. 549.

para antes de imponer una pena, hacerlo con estudio previo del índice de criminalidad del sujeto.

Este principio es tomado del Derecho Natural, ya que establece que nadie puede ser castigado sin haber tenido un proceso en su contra apegado a las leyes procesales. La Segunda Sala del Más Alto Tribunal del País, resuelve aplicando el criterio de que este principio en materia penal impone al acusador la obligación de presentar la prueba y que este es un derecho fundamental establecido en la Constitución, ya que no solo es parte del debido proceso, si no que al ser aplicado garantiza que se protejan otros derechos como la libertad, la dignidad humana, entre otros, que podrían ser vulnerados por las actuaciones penales o disciplinarias irregulares. A los imputados se les debe de dar el derecho a ser considerados y tratados como inocentes mientras no haya sentencia que diga lo contrario.

La Convención Americana establece en su art. 8.2 que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”²⁰².

La Corte Interamericana en el Caso Suárez Rosero vs. Ecuador estima que este principio es una garantía judicial, que afirma la inocencia de una persona hasta que su culpabilidad sea demostrada. Del mencionado artículo de la Convención surge para los Estados la obligación de “[...] no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”²⁰³.

También aparece en otros instrumentos internacionales, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9.3, que declara que la prisión preventiva no debe de ser una regla general, ya que sería una violación para el principio de presunción de inocencia por privar de la libertad de un individuo cuya responsabilidad criminal no ha sido probada²⁰⁴.

²⁰² Convención Americana de Derechos Humanos, *óp. cit.*

²⁰³ Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, noviembre de 1997.

²⁰⁴ *Ídem*

- III. Transversalidad²⁰⁵: Establece que en la interpretación y aplicación de la ley, se tomará en cuenta la totalidad de los derechos que concurren en el adolescente, ya sea por ser indígena, mujer, con capacidades diferentes, trabajador, o cualquier otra condición que resulte contingente en el momento en el que sucedieron los hechos imputados o aquél en el que se aplica el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en cualquiera de sus fases, de conformidad con lo que establecen la Constitución y las leyes²⁰⁶;

Este principio implica la aplicación de un sistema garantista en el que se le darán a los menores la protección de la totalidad de derechos que concurren, por ser indígena, mujer, tener capacidades diferentes o cualquier otra. La ley debe aplicarse e interpretarse tomando los derechos que tienen por las mencionadas condiciones. Esta garantía busca lograr la igualdad para las personas que están en alguna condición de vulnerabilidad.

- IV. Certeza jurídica²⁰⁷: Determina que las conductas atribuidas a los adolescentes deben encontrarse previstas en las leyes federales²⁰⁸;

Si se va a llevar a cabo un proceso criminal a un menor, debe de ser por una conducta tipificada en las leyes federales como delito. La certeza jurídica les brinda a los ciudadanos la seguridad jurídica de que las autoridades no podrán actuar de manera arbitraria, necesitando tener una disposición aplicable al caso concreto para poder hacerlo.

²⁰⁵ Subrayado por la autora.

²⁰⁶ *Ley Federal de Justicia para Adolescentes, óp. cit.*

²⁰⁷ Subrayado por la autora.

²⁰⁸ *Ley Federal de Justicia para Adolescentes, óp. cit.*

- V. Mínima intervención²⁰⁹: Consiste en la adopción de medidas para tratar a los adolescentes o adultos jóvenes sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido de que se respetarán plenamente sus derechos humanos y garantías legales. En los casos en que sea inevitable que se sujeten a un procedimiento judicial y se proceda a imponer las medidas que se prevén en esta Ley, se procurará que los adolescentes o adultos jóvenes sean expuestos lo menos posible y sólo de ser necesario, a ambientes hostiles, cuando deban comparecer frente a autoridades o deban estar en los lugares de detención²¹⁰;

El artículo 18 constitucional establece que el objeto del proceso penal es esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. En el caso de los menores se buscará darle un aspecto garantista hacia el menor en el proceso.

Para que menor de edad sea acusado de haber cometido un delito, tiene que ser mayor de doce años y menor de dieciocho, y en caso de que a un menor de doce años se le atribuya haber cometido o un delito o participado en un hecho establecido en la ley como delito, sólo podrá ser sujeto a asistencia social, tal como lo dice el artículo 18 constitucional. Para el proceso, las autoridades deben tomar en cuenta el principio de inocencia establecido en el artículo 20 constitucional, así mismo deben de tomar en cuenta el 18, que establece el interés superior, y por ende el menor se ve como una “víctima” de la sociedad, ya que por falta de condiciones apropiadas, el menor cometió un acto delictivo. Muchas veces la falta del cumplimiento de sus garantías individuales, como vivienda digna, educación, inestabilidad familiar, entre otros problemas a los que el menor se puede ver enfrentado, ocasionan que éste delinca, por eso apegándose a los preceptos constitucionales 1º, 3º, 18 y 25, el proceso debe de plantearse por objetivo “rescatar” al menor de la situación en la que está y que lo hace propenso a delinquir. Para

²⁰⁹ Subrayado por la autora.

²¹⁰ *Ley Federal de Justicia para Adolescentes, óp. cit.*

lograr esto, se aplican medidas reeducadoras, rehabilitadoras y resocializadoras para buscar integrarlo de nuevo a la sociedad.

Con este principio, se busca que el menor reciba un tratamiento lo menos punitivo posible, otorgándole preferencia a un tratamiento que busque la reintegración a la sociedad. Busca lograr evitar los procesos penales a toda costa, colocando a estos como última instancia. Las medidas que se tomen, buscarán educar al menor para que este no vuelva a delinquir, en lugar de sancionarlo sin ayudar a esta reintegración.

El Pleno de la SCJN al interpretar el principio de mínima intervención lo separa en tres vertientes:

- i. Alternatividad: este se basa en el art. 40.3 inciso *b)* de la CDN, el cual busca evitar cuando sea posible y más benéfico, los procedimientos judiciales. Cuando el menor delinque por haber sido vulnerado en sus derechos económicos, sociales y culturales, deberá recibir medidas educativas.
- ii. Internación como medida más grave: sólo habrá de recurrirse al internamiento cuando el menor háyase cometido una conducta antisocial grave.
- iii. Breve término de la medida de internamiento, debe de ser internado por el tiempo más breve que se pueda, el indispensable para lograr su rehabilitación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso *Kimel vs. Argentina*, decreta que el poder punitivo únicamente debe de ejercerse cuando sea necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de ataques graves que los dañen

o pongan en peligro. El Estado debe de reservar los procedimientos judiciales para las conductas que lesionen de manera grave los bienes jurídicos fundamentales²¹¹.

- VI. Subsidiariedad²¹²: Establece que previo al sometimiento del adolescente o adulto joven al Sistema Federal de Justicia para Adolescentes, deberá privilegiarse la aplicación de medidas preventivas o alternativas²¹³;

Con este apartado, se busca que las penas se apliquen como última medida cuando las preventivas o alternativas no hayan sido suficientes, debiendo aplicar previamente recursos no penales.

Para lograr la resocialización, el delincuente debe de tomar conciencia de las consecuencias de la comisión del acto delictivo, y considerar a la víctima.

El Estado debe de actuar subsidiariamente; con el apoyo de instancias que no son las relacionadas directamente. Este principio hace referencia “al papel de ayuda que cada entidad superior ha de desempeñar respecto a las inferiores, siempre y cuando éstas no sean capaces de cumplir con sus obligaciones, cubrir sus necesidades, etc. La aplicación extrema y más típica de este principio tiene lugar entre el Estado y los ciudadanos (o las entidades sociales que éstos forman): el primero debe ayudar y coordinar a los segundos, pero no suplantarlos, a menos que se trate de una circunstancia realmente excepcional”²¹⁴.

Con la reforma del 2008, se reguló el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias en el artículo 17, y esto da oportunidad a que las partes resuelvan sus conflictos aun siendo éstos de índole penal. Algunos de los métodos alternativos a utilizar son la mediación, conciliación, transacción y acuerdos consensuales.

²¹¹ Cfr. Caso Kimel vs. Argentina, Corte Interamericana de los Derechos Humanos, 2 de mayo de 2008, párrafos 76 y 77.

²¹² Subrayado de la autora.

²¹³ *Ley Federal de Justicia para Adolescentes, óp. cit.*

²¹⁴ MARTINEL GIFRÉ, Francisco, “Principio de Subsidiariedad”, en Gran Enciclopedia Rialp, Madrid, 1975, Tomo XXI, p. 707 EN: HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, México, Ed. Flores Editores y Distribuidor, 2013, p. 32

Cuando se trate de materia penal, su aplicación será regulada, deberá ser reparado el daño y dependiendo del caso, puede requerir supervisión judicial.

- VII. Especialización²¹⁵: Se refiere a que desde el inicio del proceso, todas las actuaciones y diligencias estarán a cargo de órganos especializados en materia de justicia para adolescentes²¹⁶;

La participación de los adultos y de los niños en un proceso judicial es muy distinta, ya que la infancia tiene características estructurales muy distintas, como la etapa de desarrollo en la que se encuentran. “No considerar estas características y hacer los ajustes que corresponda en virtud de ellas no sólo impide que la participación de la infancia sea idónea, sino que además genera una victimización secundaria a la sufrida y por la cual se encuentra en un juzgado”²¹⁷. Por estas diferencias, y para que su derechos de acceso a la justicia y participación no se vean mermados, a los menores se les tiene que dar un trato diferenciado, siendo este un trato especializado a ellos, para realmente garantizar su igualdad al acceso a la justicia y su participación en el proceso.

El art. 18 constitucional establece que la operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Esto indica, que todos los involucrados en este proceso deben de contar con la especialización, los oficiales de policía, agentes del Ministerio Público, jueces, magistrados, integrantes de las Salas Penales, magistrados de los Tribunales de Apelación, jueces de Distrito, magistrados de Circuito y Ministros de la Corte.

El Pleno de la SCJN, siguiendo los usos de la Constitución y de los instrumentos internacionales relacionados a derechos de los menores, le dan al término

²¹⁵ Subrayado de la autora.

²¹⁶ *Ley Federal de Justicia para Adolescentes, óp. cit.*

²¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, segunda edición, 2014, p. 10-11. Consultado en: http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/protocolo_infancia_2da_version.pdf

“especialización” su utilización en el artículo 18 de la Carta Magna se puede entender de distintas maneras: primero, en relación con la especialización orgánica, en segundo con la asignación de competencias, y el tercer aspecto el perfil del funcionario. El principal aspecto que se busca es el del perfil del funcionario, ya que con la reforma se busca la protección integral de la familia²¹⁸.

El sistema de justicia juvenil ha sido reconocido por el Pleno como un sistema especial, que aún cuenta con características del sistema penal. No es suficiente que una autoridad sea competente penalmente para intervenir en este sistema de justicia, sino que tiene que contar con el otorgamiento de la autoridad de características específicas para intervenir en el sistema de justicia juvenil.

VIII. Inmediatez y celeridad procesal²¹⁹: Garantiza que los procesos en los que están involucrados adolescentes y adultos jóvenes, se realicen sin demora y con la menor duración posible²²⁰;

La intermediación es el “principio característico de la oralidad de acuerdo con el cual la comunicación entre el juez y las partes en el proceso debe ser directa, sin interferencia alguna que dificulte su conocimiento recíproco”.

El principio de celeridad “garantiza que los procesos en los que están involucrados menores de edad se realicen sin demora y con la menor duración posible. La duda que plantea es que tan funcional puede ser esta característica en un proceso juvenil, ya que para lograr reeducar y restaurar, se necesita un proceso distinto en cada menor, dependiendo de su persona.

²¹⁸ Cfr. Sistema Integral De Justicia Para Adolescentes. El Término “Especializaos” Utilizado El En Artículo 18 De La Constitución Se Refiere Al Perfil Del Funcionario Y A La Competencia Legal Expresa Del Órgano Perteneciente A Este Sistema. Tesis Jurisprudencial N°. 63/2008. Acción de

²¹⁹ Subrayado de la autora.

²²⁰ *Ley Federal de Justicia para Adolescentes, óp. cit.*

- IX. Flexibilidad²²¹: Consiste en que la autoridad tiene la posibilidad de suspender el proceso en cualquier momento en beneficio del adolescente o adulto joven²²²;

Con esta garantía, si la autoridad lo considera conveniente puede suspender el proceso en beneficio del menor, con la finalidad de cuidar el interés superior del niño.

- X. Protección integral de los derechos del adolescente y adulto joven²²³: Señala que en todo momento las autoridades del Sistema deberán respetar y garantizar la protección de los derechos del adolescente y adulto joven sujetos al mismo²²⁴;

Las bases de la Doctrina de Protección Integral son: “el niño como sujeto de derechos, el derecho a la protección especial, y el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral”²²⁵. Por desarrollo integral la doctrina se refiere a un desarrollo no solo físico, si no mental, moral, espiritual y social.

En el art. 18 constitucional establece que el proceso en materia de justicia para adolescentes deberá respetar la garantía del debido proceso legal y la independencia de las autoridades que realicen la remisión y aquella que imponga las medidas.

Desde el comienzo del proceso y en todo momento deberán ser respetados el conjunto de las garantías de los menores, tanto los que sean parte como de aquellos que estén vinculados.

²²¹ Subrayado de la autora.

²²² *Ley Federal de Justicia para Adolescentes, óp. cit.*

²²³ Subrayado de la autora.

²²⁴ *Ley Federal de Justicia para Adolescentes, óp. cit.*

²²⁵ O'DONNELL, Daniel. “La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes...” EN: Anuario del XIX Congreso Panamericano del Niño, México, octubre de 2014, p. 120-121

XI. Reintegración social y familiar del adolescente o adulto joven²²⁶:

Consiste en que las medidas que se tomen al sancionar a un adolescente o adulto joven deben estar dirigidas a reintegrarlo lo antes posible al núcleo familiar y social en el que se desarrollaba, en consecuencia, la duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad competente sin excluir la posibilidad de que el adolescente o adulto joven sea puesto en libertad antes de ese tiempo, cuando se decida como último recurso su internamiento. Asimismo debe promoverse en el adolescente o adulto joven su sentido de responsabilidad e infundirle actitudes y conocimientos que le ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembro de la sociedad;²²⁷

La Constitución en su art. 18 establece que el sistema penitenciario deberá ser organizado sobre la base del respeto a los derechos humanos, y por medio del trabajo, la capacitación, la educación, la salud y el deporte se buscará lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad procurando que no vuelva a delinquir. Esto le da al Estado la obligación de brindarles a los convictos los medios necesarios para capacitarse, desarrollar un trabajo y recibir educación. Como pena podrán aplicarse medidas de orientación, protección y tratamiento, dependiendo del caso, siempre atendiendo a la protección integral y el interés superior del menor. Para García Ramírez el concepto de readaptación “acredita la idea de que el ser humano es susceptible de progreso, cambio y perfeccionamiento; puede corregir, reorientar y mejorar su conducta”²²⁸, y así se considera que puede lograr una sana reinserción en la sociedad.

²²⁶ Subrayado de la autora.

²²⁷ *Ley Federal de Justicia para Adolescentes*, óp. cit.

²²⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Los personajes del cautiverio. Prisiones, prisioneros y custodios”. Secretaría de Gobernación, México, 1996- Citado por RIVERA MONTES DE OCA, Luis, *Juez de Ejecución de Penas*, Ed. Porrúa, 2ª. ed., 2008, p. 26. EN: HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, México, Ed. Flores Editores y Distribuidor, 2013, p. 47

- XII. Justicia restaurativa²²⁹: Comprende a la víctima u ofendido, al adolescente o adulto joven y a la comunidad con el objetivo de buscar soluciones a las consecuencias del conflicto generado por la conducta prevista como delito, con el fin de promover la reparación del daño, la conciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido colectivo de seguridad²³⁰;

“La justicia restaurativa es un sistema a través del cual las partes que sea han visto involucradas (o poseen un interés en particular) en un delito, deciden de forma colectiva cómo lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”¹⁶⁵²³¹. Gordon Basemore y Lode Walgrave la definen como “toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito”¹⁶⁶²³². En este proceso entra la víctima, el responsable, las familias y la sociedad. En él, el castigo se sustituye por la aceptación de la comisión de los hechos delictivos y por la búsqueda de una manera para reparar los daños causados, y para lograrlo, se necesita una participación tanto del ofensor como de la víctima, y de ser el caso de terceros interesados. Con este proceso se busca rehabilitar a las víctimas, al infractor y a la sociedad para lograr una reparación, con el uso del sistema de “3 r’s”:

- a) Responsabilidad por parte del ofensor: el imputado tiene que aceptar su responsabilidad y responder por ella

- b) Restauración de la víctima: esta debe de ser reparada por el daño sufrido

²²⁹ Subrayado de la autora.

²³⁰ *Ley Federal de Justicia para Adolescentes, óp. cit.*

²³¹ Marshall, Tony, Restorative Justice, Nueva York, Overview, 1999, p. 17. EN: DIAZ MADRIGAL, Ivonne Nohemí, *La mediación en el sistema de justicia penal: Justicia Restaurativa en México y España*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, p. 25

²³² Bazemore, Gordon y Walgrave, Lode, Restorative Juvenile Justice, Missouri, Willow Tree, 1999, p. 49. EN: DIAZ MADRIGAL, Ivonne Nohemí, *La mediación en el sistema de justicia penal: Justicia Restaurativa en México y España*, Ed. IJ UNAM, México, 2013, p. 25

- c) Reintegración del infractor: necesita rehabilitarse para retomar su lugar en la comunidad

Los métodos a utilizar para lograrlo son la mediación, conciliación, celebración de conversaciones y reuniones para decidir la condena.

La ONU define el programa de justicia restaurativa como aquél “[...] que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos”²³³, considerando el proceso restaurativo como “[...] todo proceso en el que la víctima, el delincuente, y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador”²³⁴. Los procesos que enlista como restaurativos, son la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas. El resultado de dicho proceso, lo entiende como “resultado restaurativo”, y pueden ser aquellos que vayan encaminados a atender las necesidades y responsabilidades tanto individuales como colectivas de las partes, y a lograr la reintegración de ambas partes a la colectividad.

- XIII. Proporcionalidad²³⁵: Establece que al momento de determinarse las medidas que habrán de imponerse a los adolescentes o adultos jóvenes, deberán aplicarse aquéllas que sean acordes con la reintegración social y familiar de los mismos, lo que se logrará a través del establecimiento de medidas de distinta naturaleza cuya imposición y ejecución debe ser por el tiempo más breve que proceda para alcanzar el fin pretendido²³⁶;

²³³ Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal, “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”, Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas, Nueva York 2007, p. 135

²³⁴ *Ídem*

²³⁵ Subrayado de la autora.

²³⁶ *Ley Federal de Justicia para Adolescentes*, óp. cit.

Tal como lo establece el artículo 18, las medidas deberán ser proporcionales al hecho cometido y deben de tender a la reintegración social y familiar del adolescente y al desarrollo de su persona y sus capacidades. Sólo se internarán los menores como medida extrema por la comisión de un delito y por el tiempo más breve que sea posible y únicamente a mayores de catorce años.

Para lograr una proporcionalidad en las medidas a imponer, se tiene que hacer un juicio de ponderación para ver la vulneración que tuvieron los derechos y justificar la medida, para ver si la limitante que habrá de imponerse a los derechos es equilibrada al beneficio que se obtendrá para la comunidad. Por lo tanto, se tienen que estudiar las ventajas que tendrá esta medida, y las desventajas que ocasionará en el ejercicio de sus derechos; entre más grave sea la afectación que hubo a los derechos fundamentales, deberá ser más estricta la medida. En esta evaluación que habrá de hacerse, primero se identificarán los derechos, valores y principios que fueron vulnerados, luego se les dará una valoración considerando las circunstancias del caso como condición social, situación familiar, daño causado o cualquier otro factor que tenga repercusión en el individuo; para seleccionar la medida, deberá tomarse el criterio que “cuando mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios o derechos mayor debe ser la importancia del cumplimiento de su contrario”²³⁶.

El Pleno de la SCJN, en jurisprudencia sobre sobre equidad tributaria asentó que las consecuencias jurídicas resultantes de la ley deben ser “adecuadas y proporcionales” para conseguir un trato equitativo, logrando con la medida que se adopte, lograr el fin que se pretendió en la ley²³⁷.

La SCJN indicó que dicho principio tiene tres perspectivas:

- i) Proporcionalidad en la punibilidad de las conductas: la cual señala el legislador que para los delitos contenidos en las normas que son

²³⁶ BRAGE OAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Dykinson S.L, 2004, p.383 EN: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El Uso del Postulado de Proporcionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Libertad de Expresión”, Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales, Año 9, N°1, 2011.

²³⁷ EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, t. I, constitucional, tesis 198, p. 240.

aplicables a los menores; esta se observa ya que cada conducta tipificada como delito tiene su pena.

- ii) Proporcionalidad en la determinación de la medida: en ella se tomarán en cuenta las condiciones internas del sujeto, las externas de su conducta, tomando en cuenta el bien jurídico protegido y la consecuencia que tuvo su conducta, sin que encarne un sacrificio desproporcionado de los derechos de los que los vulneraron. Aquí el juez va a fijar la pena teniendo como límite aquél establecido por el legislador como pena mínima y pena máxima.
- iii) Proporcionalidad en la ejecución: deberá ser proporcional la medida desde que se establece y a todo lo largo de su ejecución, siendo posible una adecuación de ella para que se ajuste a las circunstancias del menor²³⁸.

Los Estados están obligados a cumplir con el sistema normativo de derechos humanos, el cual contiene la posibilidad de imposibilitar justificadamente el derecho de un individuo al goce y ejercicio de algunos derechos sin que represente una responsabilidad para el Estado. Para que ocurra esta limitante de derechos debe de estar legitimada.

La Corte Interamericana, en el caso Kímel contra Argentina (2008), hablando de la libertad de expresión, establece que para que con la restricción de derechos se tenga una satisfacción de derechos, se tiene que hacer una pre-ponderación, analizando: "i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la

²³⁸ Cfr. Registro N° 168778. Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXVIII, septiembre de 2008, p.614. Tesis: P./J. 77/2008. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Penal. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Consultado en: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/168/168778.pdf>

importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.”¹⁶⁷²³⁹

Las restricciones al ejercicio y/o goce de los derechos debe de justificarse “según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho [...] y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado[...]. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”²⁴⁰.

Para lograr una proporcionalidad se tiene que hacer el análisis individual del caso, siempre buscando que la medida impuesta sea proporcional al delito cometido, buscando como fin la reintegración y el desarrollo de sus personas y capacidades.

XIV. Inmediación²⁴¹: Establece que las audiencias en el procedimiento deberán ser presididas por el Juez o Magistrado para Adolescentes, sin que en modo alguno pueda delegarse esta función²⁴².

No solo los jueces tienen que estar presentes, sino también las partes que deban intervenir, por lo que deriva que con inmediación se da a entender la presencia de las partes en las audiencias. En ella hay un “[...] contacto directo y personal del juez con el proceso”²⁴³. Este principio viene del sistema oral, en el cual es importante que el juzgador perciba directamente las pruebas y lo que las partes tengan que decir, tiene que haber una participación directa. En la audiencia se van a desahogar

²³⁹ Corte I.D.H., *Caso Kímel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 84

²⁴⁰ *Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, *supra* nota 44, párr. 46; *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párrs. 121 y 123; *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 12, párr. 85, y *Caso Claude Reyes y otros*, *supra* nota 44, párr. 91. En: Corte I.D.H., *Caso Kímel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 83

²⁴¹ Subrayado de la autora.

²⁴² *Ley Federal de Justicia para Adolescentes*, *óp. cit.*

²⁴³ MIGUEL Y ALONSO, CARLOS DE. “El principio de la inmediación dentro del sistema formal de la oralidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 24, Septiembre – Diciembre 1975

las pruebas, por lo que es de suma importancia la presencia de juez en ellas, para que este las perciba y pueda tener un conocimiento más completo para poder dictar sentencia.

Los derechos y garantías reconocidos en esta Ley, se aplicarán a todos los sujetos de la misma, sin discriminación alguna por razones de origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social o de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o por cualquier otro motivo análogo ya sea propio o de sus padres, familiares u otras personas responsables o que los tengan bajo su cuidado²⁴⁴.

Esta ley positiviza los derechos y garantías que la Convención de los Derechos del Niño brinda a los menores, e incluye garantías del debido proceso, buscando una protección integral de los menores a través de la aplicación de las garantías consagradas en la Convención y de las garantías del debido proceso del Derecho Penal Mexicano.

El interés superior del niño lo maneja claramente en la primera fracción del artículo, procurando maximizar los derechos de los adolescentes y restringir los efectos negativos de las sanciones.

El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo lo maneja a través de la protección integral de los derechos de los adolescentes y adultos, con la finalidad de proteger integralmente a los menores, tanto en su desarrollo mental como físico. De igual manera, la reintegración social y familiar (4.10), que busca la reintegración del menor a la comunidad para ayudarlo a desarrollar sus posibilidades como miembro de la sociedad. Por último, la justicia restaurativa también se basa en este derecho al desarrollo del menor, evitando que este sea intervenido.

En el artículo 40 de la Convención insta a los Estados miembros a tratar a los menores que se presume que cometieron un delito, con respeto a su dignidad y valor, respetando los derechos humanos y libertades fundamentales. En este

²⁴⁴ *Ley Federal de Justicia para Adolescentes, óp. cit.*

artículo se describen las garantías procesales que deberán ser acatadas durante los procesos a los que sea sujeto el menor.

Divide dichas garantías en dos partes, primera le da la obligación a los Estados Parte de garantizar una certeza jurídica para poder acusar o declarar culpable a un menor; dicha certeza se encuentra en la legislación mexicana, en la LFJA en el artículo 4º, inciso IV. El segundo apartado da las garantías de presunción de inocencia, el derecho que tiene a ser informado tanto el menor como sus representantes y el acceso a asistencia jurídica; la inmediatez y celeridad procesal, igualdad de condiciones en el proceso, tendrá derecho a interrogar y a hacer que se interrogue a testigos; a que un órgano competente, independiente e imparcial resuelva su caso si se considera que en efecto infringió una ley penal; asistencia de intérprete en caso de ser necesario; el respeto a su vida privada. En la legislación mexicana, se toman como principios rectores múltiples garantías procesales como: la presunción de inocencia, certeza jurídica, mínima intervención, subsidiariedad, especialización, inmediatez y celeridad procesal, flexibilidad, proporcionalidad e inmediatez.

Actualmente el Sistema Penal Acusatorio tiene como objetivos “determinar la verdad real, procesal o histórica; determinar la existencia de un hecho típico, identificar al autor de ese hecho ilícito, resolver el conflicto”¹⁹³, buscar la reparación del daño a favor de la víctima, llevar el proceso conforme a los principios del debido proceso (respetando los principios y derechos procesales), procurando la celeridad mediante la aplicación de criterios de oportunidad y de formas alternativas de terminación del proceso; facilitando la abreviación del procedimiento y favoreciendo la oralidad con los principios de publicidad, contradicción, inmediatez, concentración y continuidad.

¹⁹³ *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, México, Ed. Flores Editores y Distribuidor, 2013, p. 36

VII. Cuadro comparativo

País	Interés superior del niño	No discriminación	Derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo	Derecho a la participación
México	<ul style="list-style-type: none"> - Ley Federal de Justicia para Adolescentes (art. 4.1) - Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (art. 6.1, 14) 	<ul style="list-style-type: none"> - Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (arts. 6.4, 13.6, 39-42) - Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 1º) - Ley Federal de Justicia para Adolescentes (art. 4) - Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación art. 1.3 	<ul style="list-style-type: none"> - Ley Federal de Justicia para Adolescentes (art. 4.X, 4.XI, 4.XII, 15) - Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 4) - Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (arts. 6, 13.1, 14, 15, 16, 43-45) 	<ul style="list-style-type: none"> - Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (art. 6.7, 13.15, 71-74) - Ley Federal de Justicia para Adolescentes (art. 10 inciso IX y X)
Argentina	<ul style="list-style-type: none"> - Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (art. 1, 3) 	<ul style="list-style-type: none"> - Constitución de la Nación Argentina (art. 22) - Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y 	<ul style="list-style-type: none"> - Constitución de la Nación Argentina (art. 41) - Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (art. 3, 8, 9) 	<ul style="list-style-type: none"> - Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (art. 2, 3b, 24)

		Adolescentes (art. 28, 66) - Ley N° 23.592 (art. 1)		
España	- Ley Orgánica 1/1996 (art. 2)	- Constitución Española (art. 1, 2, 14) - Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (art. 3)	- Constitución Española (art. 10, 15) - Ley Orgánica 5/2000 art. 56	- Constitución Española (art. 48) - Ley Orgánica 1/1996 (art. 9)
Francia	- Ley N° 2007-293 del 5 de marzo de 2007 que reforma la protección del menor (Art. L.112-4 CASF)	- Constitución de la República Francesa (art. 1)	- Preámbulo de la Constitución de 1946	- Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante (art. 13)
Unión Europea	- Carta Europea de los Derechos del Niño (art. 15) - Dictamen: La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel del menor en la Unión Europea (Comité Económico y Social Europeo)	- Directiva 2000/43/CE - Directiva 2000/78/CE	- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 1, 2, 3) - Carta Europea de los Derechos del Niño (art. 9) Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 2)	- Carta de los Derechos Fundamentales (art. 24) - Carta Europea de los Derechos Humanos (art. 15)

Convención Americana de Derechos Humanos	<ul style="list-style-type: none"> - Caso Bulacio vs. Argentina, Yean - Caso Bosico vs. República Dominicana 	<ul style="list-style-type: none"> - Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1, 24) 	<ul style="list-style-type: none"> - Convención Americana de Derechos Humanos (art.4) 	<ul style="list-style-type: none"> - Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.1)
EEUU	<ul style="list-style-type: none"> - 14º enmienda - Sección 22º Juvenile Justice DPA 	<ul style="list-style-type: none"> - Uniform Marriage and Divorce Act (art. 402) 	<ul style="list-style-type: none"> - 8º enmienda 	<ul style="list-style-type: none"> - 5º enmienda

VII. Conclusiones

Con este análisis se concluye que, efectivamente, los países miembros de la Convención logran una mejor transposición de los principios rectores y derechos de la Convención de los Derechos del Niño a sus sistemas jurídicos que en este caso el país que no es parte -Estados Unidos-.

En general, en los estados donde la Convención fue ratificada, se transpuso el principio aunque fuese una vez, por ejemplo, en México los principios en cuestión fueron tomados en las leyes de niños, adolescentes y adultos como los principales derechos otorgados por dicha ley o su protección como un objetivo; siendo este país el que mejor logra cumplir con este compromiso internacional. En el caso de España, Francia y las dos instancias internacionales, también se logra cumplir con esta tarea, en algunos casos de una manera no muy satisfactoria, ya que aún les falta mucho por incluir en sus legislaciones, debido a que en algunos no se alcanzan a proteger plenamente las garantías consagradas en los principios rectores, sobre todo tratándose de aquéllas que versen sobre menores infractores. En Argentina hay un gran atraso en el cumplimiento por la falta de creación de una ley de para estos menores de edad en conflicto con la ley, ya que sigue rigiendo este tema bajo un viejo régimen. Tratándose de las legislaciones de menores infractores, es muy escasa la integración de los principios rectores por parte de estos países, siendo México uno de los pocos que no sólo los traspone, sino complementa con principios de la doctrina de la protección integral.

El enfoque de Estados Unidos como no miembro es muy notorio con el principio de la no discriminación, ya que su falta de legislación y delimitación del tema deja a muchas personas de menor edad pertenecientes a de minorías en vulnerabilidad frente al sistema de justicia adolescente.

De igual manera, al formar parte de la Convención, los países miembros se obligan a permitir que organismos interesados en su cumplimiento -como lo es el Comité de

los Derechos del Niño- mediante exámenes y observaciones, vigile cómo van acatando su cumplimiento y rinda informes y de sugerencias para que así logren mejorar.

En el caso de Estados Unidos, recordando que no es un país miembro, en algunos casos incluye en su sistema jurídico derechos protegidos por la Convención, como el principio superior de la niñez, pero en algunos falta puntualizar más en el sentido de este instrumento internacional, ya que por ejemplo, en el caso del principio a la no discriminación, no regula suficiente el procedimiento y las garantías para proteger a los niños en condiciones de vulnerabilidad, existiendo una gran diferencia en los procedimientos, sentencias y penas impuestas a personas menores de edad pertenecientes a minorías; y en el caso del principio a la vida, fue prohibida recientemente la pena de muerte para éstos.

En el caso del interés superior del niño, el cual forma parte del derecho internacional consuetudinario -debido a las costumbres generalizadas y compartidas colectivamente, y a la creencia de obligatoriedad generalizada en la comunidad internacional- obligando de esa forma a todos los países, para pasar posteriormente a ser incluido en las legislaciones de todos estos Estados, incluyendo Estados Unidos de Norteamérica, dotándolo de esa forma de fuerza normativa en el ámbito de estos países.

En México se cumple con la obligación de incluirlo en la legislación nacional, tanto en el ámbito constitucional como en el federal y local (estados). Sin embargo, como se hace notar en los exámenes del Comité de los Derechos de los Niños, al momento de su cumplimiento y realización de políticas públicas, es donde no se apega a su compromiso de hacer efectivo lo ordenado por la Convención.

En Argentina se menciona en la ley de protección a menores pero su sistema de menores infractores no ha sido modernizado, por lo que no se ha armonizado a la Convención, incumpliendo con la garantía establecida al ratificar la CDN.

En Estados Unidos el problema se presenta con la gran discrecionalidad de los jueces al utilizarlo para resolver los asuntos en los que se involucran personas de menor edad, porque al dejarlo tanto al arbitrio judicial no se puede una uniformidad

en su aplicación, sino una aplicación viciada dependiendo del sistema de creencias de cada juzgador.

En España y Francia lo acogen en su legislación de una forma clara pero no muy concreta, a pesar del poco avance del derecho de menores infractores que tiene la UE.

De igual manera, México incluye en diversas leyes, y lo incluye incluso en la ley de adolescentes infractores, el principio de la no discriminación pero los índices de desigualdad en nuestro país, como ya vimos, dan cuenta de la ineficacia de la legislación para garantizarlo.

Caso parecido el de Argentina, el cual lo incluye en su legislación pero el Comité de los Derechos de los Niños evidencia muestras persistentes de discriminación.

La Unión Europea, España y Francia legislan ampliamente sobre estos principios, sobre todo en temas de igualdad de sexo y discriminación laboral, más no lo mencionan en las leyes de personas de menor edad en conflicto con la ley. En España si se incluye en su legislación de protección de personas de menor edad pero en Francia no.

En Estados Unidos sus índices de discriminación son muy altos en el sistema juvenil, ya que la mayoría de los menores juzgados como adultos son de raza negra o hispana, a pesar de los estándares establecidos para los procesos.

La CIDH considera estos dos principios como *ius cogens*, generando la obligación para todos los estados a acatar su cumplimiento.

El derecho a la vida, supervivencia y desarrollo se ve como el derecho fundamental para la existencia del resto de derechos en sí. Todos los estados lo incluyen en sus normativas y lo ven como el bien mayor a proteger en sus sistemas jurídicos. Por desgracia en algunos casos cómo el mexicano, no logra garantizarlo a pesar de tenerlo regulado.

Por último el derecho a la participación le da al niño el derecho de ser escuchado y tomado en cuenta, lo cual es esencial para su desarrollo como ser social. Por desgracia en algunos de los sistemas se condiciona a que el menor lo pida o a ser expresado por medio de un representante, cómo en Argentina y Estados Unidos. La CIDH lo establece como una garantía judicial, y México en cumplimiento legislativo

lo incluye en el procedimiento para los menores infractores, lo cual no se incluye en las legislaciones de éstos en el resto de los estados en estudio.

El hecho de que se cumpla con incluir estas garantías para las personas de menor edad es un gran avance, ya que les va otorgando estos derechos para mejorar su calidad de vida, desarrollo y protegerlo en las situaciones conflictivas en las que puedan llegar a encontrarse.

VIII. Bibliografía

- 1a. CVIII/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, marzo de 2015, p. 1099
- 1a. XLV/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1399
- AGUILAR CAVALLO, GONZALO, "El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, 2008, pp. 223-247, Centro de Estudios Constitucionales de la Chile.
- Alegre Martínez, Miguel Ángel, "Apuntes sobre el Derecho a la Vida en España: Constitución, Jurisprudencia y Realidad", Revista de Derecho Político, núm. 53, 2002, págs.. 337-358, 344
- ALLAN DALE, Richard, Participación Infanto-Juvenil: un reto social. OPS/OMS, octubre 1999. En: Derecho a la Participación de Niños, Niñas y Adolescentes. Guía práctica para su aplicación, UNICEF, República Dominicana, 2006, p. 14
- Anuario del XIX Congreso Panamericano del Niño, México, octubre de 2014, p. 120-121
- BECERRIL, Soledad, *Estudio sobre La Escucha del Menor, Víctima o Testigo*, Defensor del Pueblo, España, 2015, p. 57
- BURFEIND, James W, JEGLUM BARTUSCH, Dawn, *Juvenile Delinquency An Integrated Approach*, Jones and Bartlett Publishers, Estados Unidos, 2006, p. 630, 634
- Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012.
- Caso Gangaram Panday Vs. Surinam*, Sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C, No 16, párrafo 3
- Caso Kimel vs. Argentina, Corte Interamericana de los Derechos Humanos, 2 de mayo de 2008, párrafos 76 y 77.
- Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, noviembre de 1997.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Unión Europea, 2000
- Carta Europea de los Derechos del Niño* (DOCE n° C 241, de 21 de Septiembre de 1992)
- Code Pénal, Livre II: Des crimes et délits contre les personnes, TITRE II: Des atteintes à la personne humaine*, Chapitre V: Des atteintes à la dignité de la personne, Art. 225-1 (Modifié par Loi n°2006-340 du 23 mars 2006 – art.12 JORF 42 marzo 2006) p. 126
- Código Civil*, Francia, 16 de Marzo de 2016, Artículo 388-1 (Modificado por la Ley n°2007 - 308 del 5 de marzo de 2007
- Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44*, Comité de los Derechos del Niño, p. 5
- Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No 18, párr. 101, p. 45
- Constitución de la Nación Argentina*, Argentina, 1995
- Constitución del 4 de octubre de 1958* (actualizada en enero de 2015), consultada en: <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution>. Consultado el día 20 de enero de 2016
- Convención de los Derechos del Niño, publicada en el Diario Oficial el viernes 25 de enero de 1991. Consultada en el Portal de la Comisión Nacional de Derechos Humanos

Convención de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989, art. 8.1.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, Unión Europea, 2010

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2011

CONTRERAS NIETO, Miguel Ángel, *El Derecho al Desarrollo como Derecho Humano*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, México, 2000, p. 49

Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.

CORTE I.D.H.: *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 59, p. 62.

CORTE I.D.H.: Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia e 18 de septiembre de 2003, p. 55

CRUZ Y CRUZ, *Los Menores de Edad Infractores de la Ley Penal*, (Capítulo I: Concepto de Menor Infractor) Ed. Porrúa, México, 2010, p. 11, 77, 202

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°5: Niños y Niñas, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, p. 33

CUESTA ARZAMENDI, José Luis, BLANCO CORDERO, Isidoro, *Menores Infractores y Sistema Penal*, Instituto Vasco de Criminología, España, 2010, pp. 190-191

DAVIDSON, Howard A, "The Child's Right to be Heard and Represented in Judicial Proceedings", *Pepperdine Law Review*, Volume 18, Article 3, 1991, pp. 258-259.

DE LA ROSA JAIMES, Verónica, "Una aproximación a la noción de igualdad sustancial", *Derechos Humanos México*, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, N° 3, 2006.

Decisión n° 94-343-344 DC, 27 de julio de 1994, JOFR n°174 del 19 de julio de 1994, Francia, p.11024

Declaración sobre el derecho al desarrollo, ONU, 4 de diciembre de 1986

Determining the Best Interest of the Child, Child Welfare Information Gateway, United States, 2012, p. 2

Declaración de Derechos del Hombre y de Ciudadano del 26 de agosto de 1789, artículo 1º, consultado en: <http://www.assembleenationale.fr/connaissance/constitution.asp>

Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, UNICEF, 2004, p.3

DIAZ MADRIGAL, Ivonne Nohemí, *La mediación en el sistema de justicia penal: Justicia Restaurativa en México y España*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, p. 25

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea», Diario Oficial de la Unión Europea, 2006/C 110/13

DIRECTIVA 2000/43/CE DEL CONSEJO de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, Diario Oficial de las Comunidades Europeas (Número 180 de 19.7.2000)

Directiva 2000/78/CE del Consejo del 27 de noviembre de 2000 relativa a la creación de un cuadro general a favor de la igualdad de trato en materia de empleo y trabajo, Unión Europea.

EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, t. I, constitucional, tesis 198, p. 240.

Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Argentina, Comité de los Derechos del Niño, 2010, p. 8

Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 44 de la Convención: España, Comité de los Derechos del Niño, 3 de noviembre de 2010

Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 44 de la Convention, Observations finales du Comité des droits de l'enfant: France, Comité de Droits de l'Enfant, 22 de junio de 2009, p. 9

Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del Artículo 44 de la Convención Observaciones Finales: México, Comité de los Derechos del Niño, 2006, p.9

Federal Rules of Civil Procedure, Estados Unidos de América, 1 de Diciembre de 2014. Consultado en la página de la Corte: <http://www.uscourts.gov/file/rules-civil-procedure>

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, España, Ed. Trotta, 1995, pg. 549

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, "Sinopsis Artículo 15", España, 2003. Consultado en la página del Congreso: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinop.org/mexico/spanish/17054.htm>

sis/sinopsis.jsp?art=15&tipo=2

HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, México, Ed. Flores Editores y Distribuidor, 2013, p. 29

GONZÁLEZ JUÁREZ, Raquel (coord.), *El Derecho a la Participación Infantil de los Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Riesgo*, Save the Children, España, 2006

PASCAL, Julie, "Les Perspectives d'Évolution Du Droit de la Filiation en Considération de l'Intérêt Supérieur de l'Enfant. Consultado en línea en:

<http://www.lepetitjuriste.fr/wpcontent/uploads/2013/07/MEMOIRE.pdf?aa0226>

Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación: La Discriminación en Argentina, Argentina, 1era edición, 2005, p. 79

HIDALGO MURILLO, JOSE DANIEL, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes: Comentada a la luz del sistema acusatorio (Capítulo I)*, Ed. Flores Editor y Distribuidor, México, 2013

IBARROLA, Laura, *La Convención de los Derechos del Niño*, Definición de la Convención, Consultado en el portal de: Humanium, el día 12 de junio de 2015,

<http://www.humanium.org/es/convencion-definicion/>

Índice de Desarrollo Humano Municipal en México: nueva metodología, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en México, 2014, p.13

Informa sobre el Castigo Corporal y de los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, agosto de 2009, p. 9

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Comisión Europea 17.1.2014

Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, Naciones Unidas, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994, p. 12

ISLAS COLÍN, Alfredo, "Influencia de la Corte Europea de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Año 2, No. 3, Julio-Diciembre

KOH PETERS, Jean, "How Children Are Heard in Child Protective Proceedings, in the United States and Around the World in 2005: Survey Findings, Initial Observations, and Areas for Further Study", 2006, Faculty Scholarship Series, Paper 2146

La notion d'intérêt de l'enfant dans la loi réformant la protection de l'enfance, Groupe d'appui à la protection de l'enfance, Convention Nationale des Associations de Protection de l'Enfant (CNAPE), Francia, septiembre 2011, p.11

"Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council 276" (1970), N°131, p.57

Les mesures, les sanctions éducatives et les peines, Ministère de la Justice, 10 janvier 2011, <http://www.justice.gouv.fr/justice-des-mineurs-10042/presentation-10043/les-mesures-les-sanctions-educatives-et-les-peines-21653.html>

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil, España, BOE núm. 15/1996, de 17 de enero de 1996

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, España, «BOE» núm. 08/01/2000. Consultado en: https://www.boe.es/bu_scar/act.php?id=BOE-A-2000-323

Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061/2005), República de Argentina, 2005

Ley Federal de Justicia para Adolescentes, México, 24 de diciembre de 2014, Consultada en el portal de los Diputados.

Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio, México, Ed. Flores Editores y Distribuidor, 2013, p. 36

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, México, publicada el día 20 de marzo de 2014, artículo 1º, fracción III.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, México, 2014

Ley N° 23.592 Actos Discriminatorios, Argentina, 1988

Ley N°24.515, República de Argentina, 5 julio de 1995.

Ley N° 2007-293 del 5 de marzo de 2007, Francia.

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, México, publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 2016.

Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores. España, 2006.

Ley Orgánica 4/1994, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores (Vigente hasta el 13 de enero de 2001), BOE núm. 140 de 11 de junio de 1992.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Jefatura del Estado, España, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, art. 22 fracción 4

LOI n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, Francia, JORF n°55 del 6 de marzo de 2007, p. 4215, texto n°7

Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, Francia, 08 de marzo de 2009, Journal Officiel, Lois et Décrets n° 304 du 31/12/2004

Loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, Francia, 10 mai 2007- mise à jour a 05-03-14

Los Principios Generales de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y Leyes y Códigos de Infancia, Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina

LOSOVIZ, Lucía, "Niñez Trabajadora: su Participación Protagónica en los Movimientos de NATS", Derecho a la Participación Infantil de los Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Riesgo, Save the Children, España, 2006, p. 41

MARTÍN, David, "La Importancia de la Participación Infantil en los Derechos de la Infancia", Derecho a la Participación Infantil de los Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Riesgo, Save the Children, España, 2006, p. 34

Mennel Thorns and Thistles, 130. En: W. BURFEIND, James, DAWN JEG LUM, Bartusch, *Juvenile Delinquency An Integrated Approach*, Jones and Bartlett Publishers, United States, 2006, p. 35

MIGUEL Y ALONSO, CARLOS DE. "El principio de la intermediación dentro del sistema formal de la oralidad", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 24, Septiembre – Diciembre 1975

N. González Martín (coordinador). *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho Comparado. Temas Diversos*, Tomo II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p.106

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El Uso del Postulado de Proporcionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Libertad de Expresión", Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales, Año 9, N°1, 2011.

Observación general N° 7, Comité de los Derechos del Niño, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 20 de septiembre de 2006, párrafo 6. Consultado en el Portal de la Universidad de Minnesota el 17 de junio de 2015

Observación general N° 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 61 EN: *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, Convención sobre los Derechos del Niño, 19 de mayo de 2013, párr. 4

Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), Convención sobre los Derechos del Niño, 19 de mayo de 2013, párr. 3

Observación General N° 12 (2009), Comité de los Derechos del Niño, 20 de julio de 2009, p. 5

Observaciones finales emitidas por el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, respecto al III Informe de México sobre la Niñez, junio de 2006, p.8

Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice, November 2000, Consultado en: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/184748.pdf>

OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, SOLICITADA POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición Jurídica y Derechos*

Humanos del Niño, pp. 17 y 58

Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, Fracia, artículo 13
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 24 de marzo de 1966

Preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946, consultado en:

<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 n°2, 2012, pp. 89-108, p.94, 98, 101

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, España, «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889 (Última modificación: 6 de octubre de 2015). Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BO E-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal, "Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal", Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas, Nueva York 2007, p. 135

Registro No.160535. Localización: Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuentes: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 5, pp. 3624. Tesis. I.3o.C. J/68 (9a.). Jurisprudencia. Materia(s): Civil. MENORES DE SIETE AÑOS. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR SU NORMAL DESARROLLO (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Registro No. 166039. Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, noviembre de 2009. p. 400. Tesis: 1ª. CCIII/2009. Tesis Aislada. Materia(s): Penal. ACREDITACION DEL CUERPO DEL DELITO Y DEL DELITO EN SI. SUS DIFERENCIAS. EN: HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes...óp. cit.*, p.33

Registro N° 168778. Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXVIII, septiembre de 2008, p.614. Tesis: P./J. 77/2008. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Penal. SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Consultado en: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/D>

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, CXVI/2007, Tesis aislada, Novena Época, Segunda Sala, página 639, registro 171756

Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, 11 de abril, España, pg. 23

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes, marzo de 2012, p. 5. Cfr. Tesis aislada: 1ª XV/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXIII, febrero de 2011, p. 616. Registro IUS: 162807. En: HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, México, Ed. Flores Editores y Distribuidor, 2013, p. 31

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, marzo de 2012, p. 5. Cfr. Tesis Aislada: 1ª. XV/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXIII, febrero de 2011, p. 616. Registro IUS: 162807. En: HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, México, Ed. Flores Editores y Distribuidor, 2013, p. 31

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, segunda edición, 2014, p. 10-11. Consultado

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, segunda edición, 2014, p. 10-11. Consultado en: [colo_infancia_2da_version.pdf](http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/protocolo_infancia_2da_version.pdf)
http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/protocolo_infancia_2da_version.pdf

Supremo Tribunal Constitucional, Sentencia 48/1996 del 25 de marzo, España

Supremo Tribunal Constitucional, Sentencia 120/1990 del 27 de junio, España

Tesis aislada: 1ª. XVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXIII, abril de 2011, p. 310, registro IUS: 162354. En: HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, Comentada a la luz del sistema acusatorio*, México, Ed. Flores Editores y Distribuidor, 2013, p. 30

U.S. Constitution, consultado en Cornell University Law School:
<https://www.law.cornell.edu/>

US LEGAL: <http://deathpenalty.uslegal.com/minors/death-penalty-for-Uniform-Marriage-and-Divorce-Act>, National Conference Commissioners Uniform State Laws, Estados Unidos, 1973, pp. 53 y 54

W. BURFEIND, James, DAWN JEGLUM, Bartusch, *Juvenile Delinquency An Integrated Approach*, Jones and Bartlett Publishers, United States, 2006, p. 37