



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

“LA MEDIDA CAUTELAR EN DELITOS COMETIDOS POR MENORES
INFRACTORES”

T E S I S

PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

MARCO MAXIMILIANO PONCE GARCÍA

DIRECTOR DE TESIS

DR. JUAN CARLOS TAPIA ROJAS

CUERNAVACA, MORELOS

SEPTIEMBRE 2021

La medida cautelar en delitos cometidos por menores infractores

INDICE 7

INTRODUCCION

Capítulo Primero

Marco Teórico-Methodológico, de la medida cautelar en delitos cometidos por menores infractores

| | |
|---------------------------|-----------|
| 1.1 Conceptos Elementales | 11 |
| 1.1.1 Derecho | 12 |
| 1.1.2 Derecho penal | 15 |
| 1.1.3 Menor de edad | 21 |
| 1.1.4 Adolescentes | 26 |
| 1.1.5 Prisión preventiva | 32 |
| 1.1.6 Medidas Cautelares | 39 |
| 1.2 Marco Metodológico | 85 |
| 1.3 Marco Axiológico | 93 |
| 1.4 Marco Epistémico | 97 |

Capítulo Segundo

Historia de las de las medidas cautelares en menores infractores

| | |
|------------------|------------|
| 2.1 Introducción | 101 |
|------------------|------------|

| | |
|---|------------|
| 2.1.1. En la época precolombina | 102 |
| 2.1.2. Época Colonial | 108 |
| 2.1.3. México Independiente | 108 |
| 2.1.3.1. Estudio de diversa codificación en materia penal de adolescentes | 112 |

Capítulo Tercero

LEY NACIONAL DEL SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES.

| | |
|--|------------|
| 3.1 Introducción | 119 |
| 3.1.1. El código de Hammurabi | 120 |
| 3.1.2. El principio de Convencionalidad | 120 |
| 3.1.3 La justicia para menores en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos | 144 |
| 3.2 Principales teorías sobre la justicia penal para adolescentes | 150 |
| 3.2.1. La Doctrina Tutelar | 150 |
| 3.2.2. La Doctrina de la Situación Irregular | 151 |
| 3.2.3. La Doctrina de la Protección Integral | 153 |
| 3.3. Reformas Constitucionales | 152 |
| 3.4 Principios del Sistema de Justicia para Adolescentes | 153 |

| | |
|--|------------|
| 3.5. Procedimiento del Sistema de Justicia para Adolescentes | 158 |
| 3.6. Medidas cautelares personales | 162 |
| <hr/> | |
| 3.6.1 Las medidas cautelares para los adolescentes. | 162 |
| | |
| <i>Conclusiones</i> | 165 |
| | |
| <i>Propuestas</i> | 166 |
| | |
| <i>Bibliografía</i> | 178 |
| | |
| | |
| | |
| | |
| <i>Citas Electrónicas</i> | 182 |

INTRODUCCIÓN

Podemos establecer que la investigación jurídica obedece a la necesidad de creación de nuevo conocimiento o en su caso de la búsqueda del perfeccionamiento del ya existente, a fin de otorgar de las mejores herramientas a juzgadores y justiciables en el ámbito jurídico.

A lo largo de la presente investigación, buscare dar una explicación a la visión que defiendo sobre la prisión preventiva en los delitos cometidos por adolescentes, señalando cuales son los apartados en que se requiere un mayor estudio y los casos en los que ha dejado de ser analizada por los encargados de legislar y procurar justicia en el país.

Para lo anterior me permito realizar mi investigación dentro de tres apartados a saber, el primero de ellos denominado marco teórico-metodológico, axiológico y epistémico; el segundo marco histórico; el tercero marco comparativo; y un último apartado denominado marco crítico-constructivo; los que me permito explicar en las siguientes líneas.

En el denominado Marco Teórico-Metodológico, Axiológico y Epistémico, me permito señalar cuáles son los conceptos y doctrinas que serán utilizadas a lo largo de la investigación; esto obedece a que no resulta viable una investigación que sólo sea comprendida por quienes nos encontramos dentro del área a tratar, es decir, los estudiosos de la materia de que se trate; sino que se requiere que dicho material de investigación pueda coadyuvar al conocimiento por parte de

una sociedad no involucrada de manera directa con el tema que se analiza, logrando lo anterior por medio de la integración de los conceptos y teorías, que quizá para quienes tuvimos una formación jurídica resultan ya conocidos, pero para quienes no la tuvieron, son nuevos y por ende desconocidos.

Bajo este tenor de ideas, se elabora el apartado metodológico, dentro del mismo es que se justifican y explican cuáles son los métodos que han sido ocupados en la tesis de grado a fin de lograr que exista una coherencia en su integración, además de que es indispensable tener presente que la metodología resulta imprescindible dentro de cualquier tema de investigación, toda vez que sin ella no se tendría una idea clara de lo que se busca defender o establecer.

Por lo que respecta al apartado axiológico, resulta necesario comprender que los valores humanos, morales y sociales, permiten a cualquier sociedad desarrollarse de manera viable, y en el caso en particular de la presente investigación es imprescindible saber cuáles son los valores que se deben de incluir a fin de que los infractores menores de edad puedan reincorporarse a la sociedad de tal manera que no vuelvan a ser condenados por la omisión o comisión de conductas prohibidas en la legislación.

En lo que atañe a la última parte de este capítulo, encontramos el apartado epistémico, dentro del cual intentare llevar a cabo una reflexión y en su caso la búsqueda de la clave epistémica que me permita profundizar con mayor fuerza en el tema que tratamos; resulta

imprescindible la elaboración del presente apartado, toda vez que será justamente en este punto donde lograremos fortalecer el conocimiento ya existente o en su caso la culminación de nuevas doctrinas que coadyuven al desarrollo de nuestra sociedad.

Ahora bien, en el capítulo segundo denominado Marco histórico, se analiza cual ha sido la evolución que la institución en estudio ha tenido a lo largo del desarrollo mismo de la sociedad humana; esto con la finalidad de comprender de mejor forma el porqué de la actualidad de dicha institución; resaltando que es indispensable conocer la historia de una institución para comprenderla de mejor modo.

Por lo que respecta al capítulo tercero de esta investigación lo denominamos “Marco Comparativo”, se analizará la institución de medidas cautelares; la que abordaremos a lo largo de la investigación desde diversas perspectivas que obedecen a la regulación que en el tema ha sido desarrollada y aplicada en los tratados internacionales con relación al principio de convencionalidad para su funcionamiento dentro de nuestro país; toda vez que, será mediante esta confrontación esto se logran entender fortalezas y debilidades de la forma en que nuestros legisladores han decidido abordar el tema en estudio.

Para finalizar analizo la institución que he tratado a lo largo de la investigación y de esta forma al mismo tiempo busco justificar la existencia de mis conclusiones y en especial de las propuestas que representan la parte final y medular del trabajo de investigación.

De esta forma es como se integra la tesis de investigación que se ha desarrollado con la finalidad de observar cuáles son las debilidades y fortalezas del sistema de prisión preventiva en el caso de los adolescentes; espero que la presente investigación coadyuve con el desarrollo del sistema jurídico penal en el Estado de Morelos, y con esto reintegrar a la sociedad morelense algo de lo que se me ha otorgado con la posibilidad de obtener el grado de Maestro en Derecho con orientación terminal en el Área de Derecho Penal; por esta querida Universidad de Ciencia Jurídicas.

Atento a lo anterior, es que me permito dar inicio a la investigación que pretendo desarrollar, no sin antes mencionar que los conceptos, ideas y comentarios que aquí se realizan son de carácter académico y no son restrictivos, sino de manera enunciativa permitiendo lo anterior las críticas de carácter constructivo.

CAPÍTULO I

Marco Teórico-Metodológico, de la medida cautelar en delitos cometidos por menores infractores

1.1 CONCEPTOS ELEMENTALES

Antes de dar inicio con mi tema de investigación, es pertinente señalar cuáles son los conceptos y teorías que la respaldan, permitiendo de esta manera una mejor comprensión por el lector que guste en realizar la lectura de la misma; resaltando que esta enumeración y listado no es de ningún modo limitativo, sino que es de carácter enunciativo, lo anterior toda vez que especificar cada uno de los conceptos que se utilizan dentro de una investigación conllevaría a que el apartado donde se realiza esta actividad, fuera inacabable, toda vez que son múltiples los conceptos y teorías que se ocupan a lo largo de toda investigación.

Con base en este tenor de ideas, me permito exponer en las siguientes líneas los conceptos que bajo la visión del que la sustenta este trabajo de investigación, resultan indispensable con los mínimos para mejor comprensión del tema; esto bajo la premisa de que no únicamente espero que sea lectura para los que hemos hecho del derecho nuestra forma de vida, sino para la ciudadanía en general.

De esta forma y una vez realizado el comentario anterior me permito dar inicio con la descripción del apartado que he denominado conceptos elementales y que básicamente es donde se encuentran los principales conceptos y teorías de la investigación a desarrollar.

1.1.1. DERECHO

A lo largo de nuestra formación como abogados nos enfrentamos con diversas interrogantes, que lejos de alejarnos del gusto por el derecho, nos desarrollan una curiosidad, que encaminada de la forma correcta, nos permiten desarrollar el conocimiento jurídico y alejarnos de ser simples técnicos aplicadores del derecho y nos permiten de manera paulatina adentrarnos en el mundo de la ciencia jurídica; en el presente apartado me permito desarrollar una respuesta a la que representa quizá la primera interrogante de los estudiosos del derecho, consistente en ¿qué es el derecho?, para lo cual me permitiré exponer algunos conceptos y teorías sobre el mismo a fin de fortalecer el presente trabajo de investigación.

En primer término resulta pertinente exponer que la palabra derecho tiene varias definiciones, toda vez que lo podemos utilizar de muy diferentes formas, ya sea como nombre calificativo, descriptivo o como simple sustantivo; para lo anterior es necesario que tengamos presente el objeto a definir, es decir, que es lo que tratamos de exponer con dicho vocablo, para ello me permito citar las palabras de Montesquieu, quien exponía que el derecho es: “[...] *es la razón humana en cuanto ella gobierna todos los pueblos de la tierra [...]*”; sin embargo es de resaltar que esta definición obedece a una perspectiva eminentemente filosófica, por lo cual de poco aporte resulta para el mundo jurídico.

En este tenor de ideas, resulta viable señalar que los juristas Carlos Aubry y Carlos Rau, señalan que derecho es: “[...] *el conjunto de los preceptos o reglas de conducta por cuyas observación es permitido obligar al hombre por una coerción exterior o física*”.

Ahora bien, es importante tener presente que “Derecho” es para todos los que hemos decidido dedicar nuestra vida al mundo jurídico la palabra que nos interesa conocer al momento de iniciar la carrera, y por ello al leer el presente apartado podría venir a la mente aquella descripción en la que el maestro García Máynez exponía, y que a la letra dice:

1.-El derecho formalmente válido (visión dogmática) es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que en un determinado país y una cierta época la autoridad política considera obligatorias.

2.- Derecho intrínsecamente válido (visión filosófica) es la regulación bilateral justa de la vida de una comunidad en un momento dado.

3.- Derecho positivo (visión sociológica) es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que efectivamente rigen la vida de una comunidad en cierto momento de la historia.¹

En este tenor de ideas, es de resaltar que el maestro Máynez nos expone tres diversas perspectivas de lo que podemos entender por el

1

http://books.google.com.mx/books?id=iUXn7w2q8kUC&pg=PA23&dq=definici%C3%B3n+de+derecho&hl=es&sa=X&ei=dILMUZCaJ4_G9gSJpoBI&ved=0CD4Q6AEwAw#v=onepage&q=definici%C3%B3n%20de%20derecho&f=false, consultada el 27 de junio a las 10:00 hrs.

vocablo derecho, cada una de ellas con un sentido común, consistente en la capacidad del derecho de regular las conductas que se presentan dentro de una sociedad determinada; pero de igual forma cada una de las visiones ofrece una perspectiva diversa, esto es, en el primer caso (visión dogmática) se observa claramente la existencia de la bilateralidad, algo imprescindible en el mundo jurídico; en el segundo caso (visión filosófica) se ocupa el vocablo justo, mismo que resulta con un carácter subjetivo dentro del campo jurídico, toda vez que el término “justicia”, ha dado origen a innumerables discusiones en el campo doctrinario del derecho; por último (visión sociológica) incluye el término “efectivamente”, entendiendo que esto hace la diferencia con el resto de las normas, ya que las emanadas de procesos legislativos y toda aquellas que encuentren su origen en el mundo jurídico, tiene carácter de obligatoriedad, con relación a los sujetos a los que van dirigidas.

Para concluir este punto, resulta importante establecer que el Maestro Máynez y si bien es cierto, señala tres perspectivas del vocablo “derecho”, también es cierto que encuentra un punto de encuentro bajo la premisa de su aplicación dentro de una sociedad a fin de resguardar las reglas de conducta a seguir dentro de la misma; permitiéndome señalar que aunque suena lógico y por lo estudiosos del derecho conocido la regulación de esa conducta obedece únicamente en aspectos externos del ser humano.

Por lo anterior, resulta viable señalar, que el derecho obedece a todas aquellas reglas con carácter de obligatorias, tendientes a regular la conducta externa del ser humano y que son acatadas por una sociedad

en un lugar y tiempo determinados; y que debido a ello se encuentran en constante evolución y desarrollo en búsqueda del bien común.

1.1.2. DERECHO PENAL

Una vez que se ha llevado a cabo la definición de lo que podemos entender como “derecho”; es necesario que nos adentremos en una de sus aéreas de estudio, denominada “derecho penal”, debido a que será dentro de esta área jurídica, donde desenvolveremos el tema central de la presente investigación; para lo cual me permite citar algunos autores que han tratado la materia.

En primer término es de establecer que podemos comprender al derecho penal como el conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas²; en esta definición podemos observar que se utiliza el término delito para establecer una conducta que va en contra de lo establecido dentro del mundo jurídico de una sociedad, y su consecuencia lógica en la que entran las penas y las medidas de seguridad.

En este tenor de ideas, podemos mencionar que el Derecho Penal es una parte del Derecho Público, protege las garantías individuales a través de la imposición de penas a quiénes realizan actos u omiten

2

<http://books.google.com.mx/books?id=rj8oUtmLEL0C&pg=PA15&dq=definici%C3%B3n+de+derecho+penal&hl=es&sa=X&ei=s13MUcjKBPkI9AT8oYCABA&ved=0CC0Q6AEwAA#v=onepage&q=definici%C3%B3n%20de%20derecho%20penal&f=false>, consultada el 27 de junio de 2013 a las 8:30 hrs.

acciones establecidas en la ley. Utiliza conceptos como delito, pena, medidas de seguridad para determinar su acto de competencia.

Ahora bien, podemos comprender de acuerdo a lo anterior que un delito es una acción u omisión que realizan los sujetos en perjuicio de otros.

Los códigos penales agrupan a los delitos de acuerdo con el bien jurídico que ofenden, por ejemplo:

La vida = homicidio

El robo= patrimonio

La libertad= secuestro

La familia = bigamia

Los códigos civiles y las instituciones públicas en esta materia dictan medidas de seguridad para corregir la conducta, fomentando en diversas ocasiones la rehabilitación y reincorporación de un delincuente nuevamente a la vida social.

Con base en lo anterior resulta viable comprender que el fin del Derecho Penal corresponde a la protección de bienes jurídicos fundamentales; es decir, de un bien del grupo o del individuo, dictando el Estado las normas que considera convenientes para tal efecto.

En este tenor de ideas es viable además comprender que el Derecho Penal se divide en derecho penal subjetivo y objetivo, debiendo entenderse por el primero la facultad del Estado para determinar los

delitos, las penas y las medidas de seguridad; mientras que en el segundo de los casos, esta rama jurídica correspondiendo al segundo el concepto de Derecho Penal como ordenamiento jurídico.³

Atendiendo al párrafo que antecede me permito realizar algunos comentarios sobre la división a la que se hace mención:

Derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo

Como el resto de las disciplinas jurídicas (civil, laboral, fiscal, administrativo, etc.), el derecho penal se compone de dos elementos, un elemento subjetivo y otro elemento objetivo, los cuales a continuación con apoyo de los comentarios emitidos por algunos autores intentaré desentrañar.

En primer término podemos mencionar que en su sentido objetivo el maestro Cuello Calón, describe al derecho penal objetivo en los siguientes términos:

“[...] conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados.”⁴

Bajo esta premisa podemos comprender que en su sentido objetivo, el derecho penal engloba todos los presupuestos jurídicos, que han sido

³ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, p. 19, Porrúa, México 1994.

⁴ Cuello Calón Eugenio, *Derecho Penal, tomo I*, México, Bosch, 1956, p. 8.

considerados por el legislador como las posibles faltas a cometer por lo particulares, descritas de manera clara y concisa (principio elemental en derecho penal); cuya finalidad radica en que no sea cometida por los gobernados, y en caso de cometer esta actividad reciban la penalidad correspondiente.

Ahora bien para Edmundo Mezger, el derecho penal objetivo es definido como:

“El conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica.”⁵

Es comprensible que de acuerdo a lo expuesto dentro de las dos definiciones a que se hace referencia con anterioridad, el derecho penal objetivo corresponde a todas aquellas bases jurídicas de las cuales obtendremos como resultado la integración de las sanciones, asociando el crimen o delito correspondiente con el hecho y la pena con la inevitable consecuencia; es decir, será el objeto de estudio propio de la ciencia penal, conductas que serán sancionadas debido a que interfieren de manera directa con el orden social.

Ahora bien una vez que he tratado de explicar de manera sencilla el derecho penal desde el punto de vista objetivo, es cuestión inevitable el definir que debemos entender por derecho penal subjetivo (el cual debe

⁵ García López Miguel Ángel, *Tratado de derecho penal*, tomo I, México, s/e, 1946, p. 27 y 28.

estar relacionado de manera directa con el *ius puniendo* ó derecho a castigar), en concordancia del pensamiento de Miguel Ángel García López, quien nos menciona en su obra Tratado de derecho penal⁶:

“Podemos definir que propiamente el derecho penal subjetivo, consiste en la facultad del Estado de conminar a la realización del delito con penas, y, en su caso, imponerlas y ejecutarlas.”

De la definición anterior se desprende de manera lógica que el derecho penal subjetivo, será esa facultad punitiva y coercitiva del Estado, para castigar aquellas conductas que sean consideradas como dañinas para el bien común.

Ahora bien, podemos citar las palabras expresadas por el maestro Cuello Calón, quien al exponer que el derecho penal subjetivo, debe ser entendido como:

“El derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar, las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad.”⁷

En efecto, y para mejor comprensión del tema que venimos comentado podemos denominar al derecho penal subjetivo o sustantivo como al conjunto de facultades del Estado, que son emanadas de normas, y determinan en que hechos o actos propios del ser humano corresponde la imposición de las penas.

⁶ *Ídem*, p. 40.

⁷ Cuello Calón Eugenio, *op. cit.*, p. 8.

*Para Eusebio Gómez el derecho penal sustantivo concreta la noción de delito y determina sus consecuencias.*⁸

Es de esta manera como debemos tener presente entonces que el derecho penal objetivo, es todo el conjunto de normas que contendrán las teorías sobre las cuales se deben regir los actos exteriores del ser humano y sus consecuencias jurídicas. Refiriéndose con esto a que el derecho penal objetivo, es ese conjunto de normas en las que se encuentran consagradas las hipótesis, es decir, todos los actos o hechos propios de las personas, que merecen ser castigados cuando son llevadas cabo de acuerdo a la descripción realizada en esta norma.

Es importante tener presente que la aplicación de las sanciones marcadas dentro de las normas, no deben ni pueden ser impuestas por las personas de forma arbitraria, ni muchos menos al capricho del juzgador, es de aquí que nace la necesidad de crear una reglamentación que ordene la forma sistemática y ordenada en la que se deben llevar a cabo, siendo de este modo donde tienen su origen y razón de ser el derecho penal subjetivo o sustantivo, o como se le conoce con mayor frecuencia derecho procesal penal.

Como podemos establecer del párrafo precedente, será de este modo como el derecho penal adjetivo y el derecho penal sustantivo coexisten,

⁸ García López Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 83.

como lo menciona el maestro Cuenca Dardón al referir en las siguientes palabras:

“Sin uno, el otro pierde razón de ser sin el derecho procesal las disposiciones normativas se convierten inmediatamente en letra muerta, porque no hay posibilidad de que los particulares puedan excitar la maquinaria judicial (o administrativa) correspondiente para exigir el respeto de sus derechos; en tanto que sin derecho sustantivo, tampoco tiene razón de ser el derecho procesal, se convierte en un formalismo absolutamente hueco.”⁹

Es de este modo como encontramos las razones de existencia del derecho penal; por una parte la teoría acerca de aquellos actos que pueden menoscabar los derechos del resto de la sociedad y por el otro la capacidad del Estado para castigar, es decir, para llevar a la realidad social las penas a que hace mención la parte objetiva del derecho penal.

1.1.3.MENOR DE EDAD

En el presente apartado tratare de explicar el concepto de “menor de edad”, mismo que resulta de suma importancia dentro del presente trabajo de investigación; toda vez que es justamente el tema central de la investigación que me he dedicado a desarrollar con la finalidad de obtener el grado de maestro en derecho.

⁹ Cuenca Dardón Carlos, *Manual de derecho procesal penal mexicano*, México, s/e, 1998, p.13.

Para lo anterior, me serviré de algunas concepciones que nos pueden ayudar a comprender a que nos referimos cuando hablamos de un menor de edad. Para lo cual me permito hacer referencia a las siguientes premisas:

El concepto de menores es relativo, pues algo siempre es menor con relación a algo mayor. El número uno es menor que el dos, pero sin embargo el cero es menor que el uno. El menor de los hijos de un matrimonio, con respecto a sus hijos mayores, puede dejar de serlo si nace otro hermano. Menor alude a algo más pequeño o más chico en tamaño, peso, edad, cantidad o calidad. En este último sentido podemos decir que los zapatos de María son de menor calidad que los de Juana.

Jurídicamente los menores son aquellos seres humanos que aún no han alcanzado la mayoría de edad que varía en los diversos países entre los 18 y los 21 años. Están sometidos al régimen de la patria potestad (están bajo la autoridad de sus padres, que deben mantenerlos protegerlos y educarlos) y si carecieran de padres por haber estos fallecido o hubieran perdido ese derecho por causas legales, se les nombra un tutor, para encargarse de sus personas y bienes.

Estos menores de edad están sometidos, en caso de delinquir a tribunales especiales de menores, siendo imputables penalmente a edades que varían en las legislaciones del mundo entre los 10 y

los 16 años, y están protegidos hasta los 18 años por los Derechos del Niño, tratado de la ONU, para la protección de la infancia, que ha sido ratificado por casi todos los países.

Corrupción de menores es un delito del cual los menores de 18 años son víctimas o sujetos pasivos de los mayores, o por lo menos de menores imputables que los hacen tomar intervención en prácticas sexuales anormales, lo que acontece solo por la poca edad del niño, cometiéndose el delito aun cuando el menor prestara su consentimiento. Si éste es forzado, la pena del delito se agrava.¹⁰

Se llamará menor de edad a todos aquellos individuos que todavía no han alcanzado la edad adulta o de mayoría de edad.

Generalmente, la minoría de edad abarca toda la infancia y casi toda la adolescencia o parte de esta etapa, tal determinación dependerá estrictamente de lo que estipule la legislación del lugar del planeta en cuestión, aunque la mayoría de los países occidentales establecen que se es menor de edad hasta los 18 o 20 años, pasados estos se considerará al individuo mayor de edad y como tal deberá cumplir determinadas obligaciones que antes le eran ajenas, justamente por no ser considerado un adulto.

¹⁰ <http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/menores>, consultada el 28 de junio de 2013 a las 8:50 hrs.

Básicamente, la minoría de edad se establece para indicar la falta de madurez que todavía presenta un individuo para llevar a cabo determinadas acciones o actividades en su vida, tales como trabajar, casarse, vivir solo, entre otras y que resultan propias de la edad adulta y asimismo para eximirlo de la responsabilidad de aquellos actos que no se le pueden imputar por su falta de capacidad.

Entonces, esta situación traerá aparejado una serie de límites a los derechos y a las responsabilidades de la persona. Para evitar que el menor de edad realice actividades o tome decisiones para las cuales todavía no se encuentra preparado, o en su defecto, para que un adulto no abuse de los beneficios que a veces la ley depara a los menores de edad es que la ley establece limitaciones en cuanto a capacidades, derechos y obligaciones de acuerdo a la edad que observe el individuo.

De acuerdo a lo que establecen la mayoría de las legislaciones un menor de edad no podrá ser encarcelado por la comisión de un delito, de haber alguna contravención a alguna norma de parte de un menor este será llevado a un instituto pero no cumplirá prisión efectiva. De todas maneras, hay algunas excepciones en las cuales de acuerdo a la edad y al delito cometido, el menor es plausible de ser condenado.

Está probado que un chico antes de cumplir los 18 años no presenta una total madurez para trabajar, casarse o llevar adelante

un hogar, hasta esa edad, lo ideal para que el desarrollo de ese individuo sea conforme y positivo es que se encuentre en la escuela estudiando, con tiempo para poder divertirse con sus amigos y viviendo en familia con sus padres o en su defecto con aquellos adultos mayores que sean sus responsables.

Pero claro, a veces, no todas las realidades resultan ser así y algunos niños/as antes de llegar a la mayoría de edad que establece la ley de su país se encuentran trabajando para subsistir o para ayudar a sus familias.

Los gobiernos, sobre quienes cae la responsabilidad directa de esta situación, deberían, a través de diferentes políticas, conseguir que cada vez sean menos los niños que antes de la mayoría de edad tengan que trabajar como consecuencia de la necesidad.¹¹

En este tenor de ideas, es viable establecer que podemos comprender que para efectos de la ley será menor de edad aquel individuo que no ha alcanzado la edad jurídicamente viable para ser responsable de sus actos; esto es sujeto de obligaciones, sin menoscabo de los derechos que el Estado imponga en su favor.

De igual forma, resulta pertinente tener presente que los menores encuentran un nivel de protección magnificado dentro de la mayoría de las legislaciones existentes en todos los Estados que sean

¹¹ <http://www.definicionabc.com/derecho/menor-de-edad.php> consultada el 28 de junio de 2013 a las 9:00 hrs.

considerados democráticos dentro de la sociedad a la que pertenecemos; esto debido a que son sujetos que no cuentan con la capacidad emocional de decidir en muchas ocasiones sobre su propio actuar, lo que los hace vulnerables de las influencias externas a las que se encuentran expuestos y que los pueden orillar a realizar actos que sean considerados por las diversas legislaciones como contrarias al orden jurídico.

Ahora bien, debemos considerar que la falta de imputabilidad sobre el actuar de los menores, ha permitido a diversas organizaciones delincuenciales a utilizarlos como elemento esencial en la comisión de diversas conductas antijurídicas, toda vez que éstos al cometer el actuar penado por la ley, no son susceptibles de las mismas penalidades a las que se haría acreedor un mayor de edad (considerado así por la ley); por lo que resulta viable la presente investigación, ya que de no tratar de manera adecuada a los menores que infringen la ley penal, más que una rehabilitación para su intromisión de nueva cuenta en la sociedad, sólo estaríamos creando “escuelas” del crimen.

1.1.4.ADOLESCENTES

Ahora bien, una vez que hemos definido el concepto de menor de edad, procedemos a establecer que debemos entender como adolescentes; bajo la idea de que en términos generales, son aquellos sujetos que no cuentan con la capacidad jurídica de decidir sobre sus acciones, por lo que son susceptibles de manipulación, lo que permite su utilización para cometer actos penados por las leyes penales; en atención a lo anterior

y a fin de fortalecer la metodología propia de todo trabajo de investigación, me permito citar las siguientes consideraciones:

Previamente a aventurarnos a definir, apoyados en la dogmática, lo que debe entenderse por un “menor infractor”, consideramos de trascendental relevancia hacer un breve estudio de la evolución que ha tenido esta noción a lo largo de la historia jurídica, tanto en el mundo como en nuestro país. Ello, con el fin de aclarar, de inicio, el camino para el estudio de la actual legislación de la materia, y determinar no sólo la naturaleza y el contenido del polémico ‘derecho de menores’, sino emitir, en la medida de lo posible, una valoración sobre ésta con miras a su mejoramiento futuro.

A nadie escapa que las ideas con relación a la significación del derecho penal y sus fines, han mutado notoriamente a lo largo de los siglos. “Las respuestas han oscilado entre las justificaciones retribucionistas absolutas que justifican la aplicación de una pena, en atención a la pretendida disolución del mal producido por el delito por el correspondiente de la pena, y las justificaciones de orden utilitarista, que atienden no al fin de la pena como legítimo en sí mismo, sino a fines extra punitivos asociados a ella.

“En la modernidad no cabe duda de que el utilitarismo es una de las principales fuentes de justificación del derecho penal, sin embargo, en su versión fuerte, las justificaciones utilitaristas de la pena también pueden conducir a la extralimitación de la intervención punitiva del Estado so pretexto de garantizar el

bienestar de la mayoría no desviada.” En la actualidad, se acepta una doble finalidad del derecho penal, “permite concluir que éste cumple también importantes funciones como herramienta de minimización de la violencia hacia los destinatarios de sus normas, cuando las personas caen en el supuesto de infracción a la ley penal.”¹²

En este tenor de ideas, es de hacer notar que la función punitiva del Estado ha conllevado a la creación de diversos tipos penales, así como a otorgar diversas atribuciones a los particulares que llevan a cabo la conductas denominadas por la ley penal como reprochables ante una sociedad establecida bajo los parámetros del derecho.

Es de hacer notar que dentro de estas figuras jurídicas creadas dentro del derecho penal, no se podían excluir aquellos cuya edad los hacían excluirse de la sanción, debido a no contar con éste requisito para ser juzgados ante los tribunales comunes; lo cual, conllevó a la necesidad de establecer un orden particular, para este tipo de individuos, dando origen de este modo a lo que hoy denominamos, “adolescentes”.

En este tenor de ideas y para mayor abundamiento del comentario anterior, resulta citar lo siguiente:

Estamos conscientes de que a diferencia de los adultos, quienes tienen mayores posibilidades de conducirse por libre albedrío, los

¹² <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt17.pdf> consultada el 28 de junio de 2013 a las 10:00 hrs.

menores por su inmadurez e inexperiencia, lógicas en quien está todavía en proceso formativo, son mucho más susceptibles a factores externos y opera en ellos, cuando supuestamente cometen ilícitos, un claro determinismo; de tal suerte, que la base del tratamiento para los adolescentes debe ser la educación¹³, como bien dice María Montessori¹⁴:

“Para educar al niño de manera distinta, para salvarlo de los conflictos que ponen en peligro su vida síquica, es necesario en primer lugar un paso fundamental, esencialísimo, del cual dependen todo el éxito: y es el de modificar el adulto. Éste hace todo cuanto puede y como él dice, ya ama al niño hasta el sacrificio, confesando que se encuentra frente a lo insuperable. Necesariamente ha de recurrir al más allá, a más de todo cuanto es conocido, voluntario y consiente”

En este tenor de ideas, es de hacer notar que la denominación de “menor infractor”, obedece a las características del sistema jurídico al que pertenece y más todavía al aspecto jurídico que dentro del sistema que se trata de aplicar; por lo cual, me permito realizar la siguiente cita:

Difícil es todavía afirmar lo que debe entenderse por “menor infractor”. Jurídicamente, el menor carece de capacidad de ejercicio; misma que adquirirá en el caso de la legislación mexicana, a los 18 años, convirtiéndose asimismo en imputable, y

¹³ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt17.pdf>, consultada el 2 de julio de 2013 a las 8:20 hrs.

¹⁴ Montessori, María, *El niño. El secreto de la infancia*, 2ª edición, Diana, México, 2000, p. 37

por tanto, en agente de la comisión de ilícitos. Es por ello que hasta antes de adquirir la mayoría de edad, la doctrina moderna coincide en señalar que el menor no puede considerarse como sujeto activo de un delito; así, aunque su conducta se adecue a alguno de los tipos señalados en la legislación sustantiva, no está justificada la intervención del aparato punitivo estatal en su contra. Se afirma entonces, que el menor de edad, por su condición, queda fuera del derecho penal. Su conducta (cuyo carácter ilícito no es afectado por su minoría de edad), motiva la movilización de instrumentos jurídicos muy distintos de los aplicados a los delincuentes adultos, los cuales, forman parte del llamado derecho de menores.

La diversidad de denominaciones deriva de las diferentes perspectivas existentes respecto del asunto que nos ocupa. “Delincuencia juvenil, por un lado; inconducta, desviación, inadaptación, para sociabilidad, marginación, rebeldía por el otro, constituyen verdaderos agrupamientos de componentes de los sectores que se disputan la primacía en este aspecto de la problemática mineral.”

En este contexto, la edad es un factor de gran importancia en el ámbito del Derecho Penal; se dice que el hombre puede ser considerado responsable de sus actos, cuando es capaz de distinguir el bien del mal, y como la edad penal imprime carácter al desenvolvimiento no sólo físico, sino intelectual y moral del individuo, de ahí su significación en el campo del Derecho Penal. Sobre este punto, el penalista mexicano Eduardo López Betancourt

afirma: “Las disposiciones contenidas en los textos legales penales como los Códigos sólo se aplican a los mayores de 18 años. Los menores de edad están sujetos a reglas distintas, por ello cuando un menor de edad comete un ilícito se le somete a un sistema exclusivo para jóvenes infractores”.

Hemos de aludir a la delimitación de los básicos conceptos de imputabilidad e inimputabilidad.

Para que pueda ser culpable un sujeto, se exige con prioridad que sea imputable, es decir, que en la realización de su conducta típica intervienen el conocimiento y la voluntad de cometer un acto ilícito descrito por la ley penal. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer. La imputabilidad es la capacidad de obrar, de realizar actos referidos al Derecho punitivo, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. En pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer, en el campo del Derecho Penal.

En nuestra opinión, adolescentes, son aquellas personas, menores de 18 años que realizan conductas tipificadas como delitos por las leyes penales vigentes, no siendo aplicable al caso del menor, la noción de la “pena”, como consecuencia del acto ilícito, por no poderse acreditar su conducta antijurídica como delito, surge la

*necesidad de someterles a un régimen especial de atención, el cual debe buscar protegerlos, tutelarlos.*¹⁵

En conclusión podemos establecer que será menor infractor aquel, que como se menciona en el párrafo anterior, infringe alguna norma de carácter penal, pero que no ha cumplido con las características que se establecen dentro de la legislación para ser sujeto de obligaciones ante su actuar frente al Estado.

1.1.5. PRISIÓN PREVENTIVA

Una vez analizados los conceptos anteriores, ha llegado el momento de realizar una reseña de lo que debemos entender por prisión preventiva a fin de abundar más en el panorama de la presente investigación; para lo cual podemos entender que prisión preventiva corresponde a:

Medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial que entiende en el asunto, a efectos de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia.

Como esta precaución es contraria en cierto modo al principio de que toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario, su adopción requiere determinadas condiciones de apreciación conjunta, sin las cuales la medida resultaría ilegal.

¹⁵ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt17.pdf>, consultada el 2 de julio de 2013 a las 8:30 hrs.

Son ellas que la existencia del delito esté justificada cuando menos por semiplena prueba; que el detenido se le haya tomado declaración indagatoria o se haya negado a prestarla, habiéndoselo además impuesto de la causa de su prisión; que haya indicios suficientes para creer al imputado responsable del hecho. El juez podrá decretar la libertad provisional del encausado en los casos y en la forma que la ley determine.¹⁶

Como es de observarse la principal función de la prisión preventiva obedece a la posibilidad del Estado para ejercer su facultad de coercibilidad de las sanciones, hacia las conductas que infrinjan el orden social; toda vez que de no contar con esta posibilidad, el justiciable podría sustraerse de los órganos del Estado que se encargan de la función en comento.

Es menester señalar, que la visión a la que debemos hacer énfasis en este apartado, obedece a una perspectiva eminente en vigencia de los derechos humanos de los justiciables; recordando que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala sobre este respecto lo siguiente:

Artículo 8. Garantías Judiciales

¹⁶ OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. 27°, Eliasta, Buenos Aires, 2000, p. 797

1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. *Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Como es de observarse el principio de presunción de inocencia no es una enunciación dentro de nuestras legislaciones internas, toda vez que de bajo un estricto control de convencionalidad se permite establecer que es obligación de los juzgadores mexicanos el preservar la integridad de este derecho humanos, durante los procesos de carácter penal, por lo que la prisión preventiva representa una afectación directa e inminente a este principio.

En este tenor de ideas, me permito citar el siguiente comentario editado en el año 2011 dentro de la página electrónica de Crónica, que indica lo siguiente:

La prisión preventiva es una pena anticipada. Es la afectación de la libertad de una persona antes de que se declare su culpabilidad y a pesar de que goza del derecho humano a la presunción de inocencia.

Como se demuestra en la película Presunto Culpable, el caso de un inocente detenido por cuatro años y absuelto sin siquiera recibir un “usted perdone”. Como éste hay miles de casos y, por ello, la prisión preventiva es un problema estructural del derecho en México.

En nuestro país hay dos regímenes de prisión preventiva:

El primero es aplicable en la Federación, el Distrito Federal y varios estados donde ha entrado el nuevo sistema de justicia penal acusatorio conocido como de “juicios orales”. La prisión preventiva se decreta con el sólo dictado del auto de formal prisión, es decir, con la existencia de indicios de culpabilidad el imputado se queda en la cárcel durante el juicio. El paliativo es la libertad provisional bajo caución que no procede en delitos graves, lo que hace que la prisión preventiva para estos delitos sea una regla absoluta.

El segundo sistema es en donde ha entrado en vigor el sistema acusatorio, y se decreta oficiosamente en ciertos delitos establecidos por la Constitución.

En los casos de prisión preventiva oficiosa del nuevo sistema de justicia penal y en la regulación anterior a éste (vigente aún en la mayor parte del país), la citada prisión preventiva es violatoria de los derechos a la libertad personal y la presunción de inocencia. Por ello, aquí se sostiene que los jueces deben dejar de aplicar estos sistemas y atender a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al analizar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Rosendo Radilla” determinó que cualquier juez debe hacer control difuso de la convencionalidad, es decir, en caso de contradicción debe aplicar por encima de las normas nacionales la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados internacionales en la materia.

La Corte Interamericana ha sostenido en varios casos, pero en especial en el de “Barrueto Leiva contra Venezuela”, que la prisión preventiva no puede sólo sostenerse en la gravedad del delito, en la existencia de indicios de culpabilidad o en las características del imputado, sino que debe perseguir los únicos fines legítimos para imponer esa medida que son que se impida el desarrollo del proceso y que exista riesgo de evadir la acción de la justicia.

México, en sus dos sistemas constitucionales (el viejo y el nuevo) incumple con esta interpretación al no atender a los fines legítimos de la prisión preventiva sino señalar por el tipo de delito cuándo procede aplicar esta medida, lo que es contrario a la libertad y a la presunción de inocencia según la interpretación de la Corte Interamericana. Esto ha sido ya reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe de 1998 sobre México, en donde señala que la prisión preventiva se impone como regla general y no como excepción lo que viola los artículos 7 y 8 de la Convención Americana y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Habrá quien diga que el sistema de prisión preventiva está en nuestra Constitución y que es una norma de mayor jerarquía que los tratados internacionales. A ellos hay que recordarles que el artículo 1º de nuestra Constitución incorporó el principio pro homine y el de progresividad que señalan que en materia de derechos humanos debe aplicarse la norma más protectora que en este caso son las citadas convenciones.

Por ello, si Usted es procesado por delito grave en México pida su libertad personal argumentando la violación a sus derechos humanos contenidos en los citados tratados internacionales y el juez, en control difuso de la convencionalidad, debería

otorgarle dicha libertad. No se trata de promover impunidad, sino el respeto a los derechos humanos.

Como el legislativo ha sido incapaz de ponernos a la vanguardia, ojalá los jueces aprovechen la histórica sentencia de nuestra Suprema Corte para hacerlo.

En consecuencia es de afirmarse que la prisión preventiva afecta de manera directa e inminente a la naturaleza propia del derecho de presunción de inocencia, contenida en diversos cuerpos legales de nuestro país, así como en tratados y convenios internacionales que México ha signado y ratificado, por lo que se encuentra en la obligación inminente de acatarlos.

1.1.6.MEDIDAS CAUTELARES

A fin de analizar y conceptuar de mejor manera lo que podemos comprender como medida cautelar, me permito realizar la siguiente cita; que si bien es cierto, podría ser considerada un poco larga, también lo es que al formar parte del aspecto teórico de la presente investigación, me permití citarla por resultar interesante la forma en que se enfoca la visión del tema en estudio.¹⁷

17

http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CEIQFjAE&url=http%3A%2F%2Fstj.col.gob.mx%2FSTJ%2Farchivos%2FDefinicion%2520de%2520Medidas%2520Cautelares.doc&ei=Y_DSUYrcJ4SS8AH-_4HwCw&usg=AFQjCNFyMXnR-8jLUip5x1oHBI_TZcJq6w, consultada el 2 de julio de 2013 a las 10:20 hrs.

Existen 3 tipos de procesos:

- **Cognición:** Juez de Control y Tribunal Oral. Formulación de la imputación (investigación), Formulación de la Acusación (Persecución)
- **Ejecución:** Sentencia, y concluye con el cumplimiento de la sanción.
- **Cautelar:** Pre procesal (anterior a la formulación de la imputación), e intraprocesal (entre la formulación de la imputación y la sentencia).

El proceso de cognición inicia con la solicitud para la formulación de la imputación, y concluye con la sentencia (causa estado).

El proceso de ejecución inicia con la sentencia ejecutoriada y concluye con el cumplimiento de la sanción.

El proceso cautelar inicia con la noticia criminal y concluye con la sentencia.

Los tres procesos son autónomos porque cada uno tiene su propia finalidad:

- *Proceso de cognición: dirimir la controversia*
- *Proceso de ejecución: dar cumplimiento eficaz al mandato jurisdiccional*
- *Proceso cautelar: aseguramiento provisorio o preventivo.*

Autonomía del proceso cautelar

La autonomía del proceso cautelar se define por las siguientes características:

- *El proceso cautelar se emite por resolución diversa al proceso de cognición. Por ejemplo: se formula imputación, pero no se pide orden de aprehensión.*
- *El proceso cautelar tiene como objeto auxiliar a la tramitología proceso de cognición, pero no con ello significa el éxito o desventura de dicho proceso.*
- *El proceso cautelar tiene efectos extensivos, es decir, no sólo abarca a las partes procesales principales, sino a terceros.*

Características del proceso cautelar

- ***Instrumentalidad:*** *Toda medida cautelar debe pronunciarse mediante resolución jurisdiccional.*
- ***Provisionalidad:*** *Toda medida cautelar debe tener una temporalidad. Por ejemplo, la prisión preventiva no debe ser mayor a 2 años. La regla general es que los efectos de la medida cautelar cesan con la sentencia.*
- ***Flexibilidad:*** *También se conoce como mutabilidad, y significa que las medidas cautelares pueden ser modificadas en cuanto exista algún cambio de circunstancia, ya sea para revocarlas o ampliarlas.*

- **Contingencia:** *Toda medida cautelar debe ser eficaz a la exigencia del caso concreto, y cumplir con su finalidad asegurativa de manera contundente.*

Presupuestos del proceso cautelar

- **Verosimilitud del derecho invocado:** *La solicitud planteada debe estar fundada en un presupuesto de derecho que sean existente y procedente. Asimismo, los hechos se tornan como ciertos bajo el principio de buena fe, salvo prueba en contrario.*
- **Peligro en la demora:** *De no existir la medida cautelar, se ocasiona una afectación mayor al bien jurídico tutelado*
- **Contra cautela:** *Toda medida cautelar debe ser asegurativa en cuanto a la prevención de daños y perjuicios, o en su caso, restitutoria. En el caso del Derecho penal, debe existir la justicia restaurativa.*

Naturaleza jurídica del proceso cautelar

El proceso cautelar es asegurativo en un primero momento, sin embargo cumple con otras funciones como son:

- *Garantista, es decir, con oportunidad de contradicción.*
- *Extensivo, dicho de otra manera, interpretativo en sentido lato.*
- *Proporcional al caso concreto.*
- *Necesario, por la propia exigencia del caso concreto.*

- *Alternativo, es decir, no limitativo a ciertas medidas específicas.*
- *Auxiliar del proceso de cognición para la solución del conflicto principal.*

El proceso cautelar cumple con los siguientes principios procesales:

- ***Jurisdiccionalidad:*** *Todo proceso cautelar debe estar controlado o legitimado por un juez (Juez de Control).*
- ***Igualdad (equidad procesal):*** *Las partes procesales tienen las mismas oportunidades de solicitar o contra-argumentar la procedencia de cualquier medida cautelar.*
- ***Buena fe y lealtad de las partes:*** *Toda parte procesal se conduce con probidad en sus actuaciones, con manifestaciones de verdad; salvo prueba en contrario. Para la procedencia de una medida cautelar, el sujeto se legitima con la asistencia de la razón.¹⁸*
- ***Economía procesal:*** *(celeridad, unidad y uninstancialidad). La celeridad se entiende como economía de gastos, la unidad se entiende como economía de costos, y la uninstancialidad como economía de actuaciones.*
- ***Contradicción:*** *A toda acción le corresponde una reacción, es decir a toda actuación del demandante, le corresponde una manifestación del demandado para poder señalar a lo que a su derecho convenga.¹⁹*

¹⁸ Por ejemplo, en un asunto de violación, la víctima dice la verdad, para someter al indiciado a una investigación judicial con medida cautelar consistente en prisión preventiva oficiosa.

¹⁹ CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un Proceso*, trad. de Santiago Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1965, p. 85.

- **Depuración procesal:** *La depuración procesal es un mecanismo técnico que consiste en eliminar formalismos de bagatela y dar una eficacia procesal.²⁰ Este principio procesal tiene como objetivo principal que el cautelado responda de manera inmediata y sin mayor trámite a las exigencias del actor (Ministerio Público, o la víctima).*
- **Congruencia:** *Externa: Toda medida cautelar debe coincidir con las pretensiones del demandante (Fiscal, víctima u ofendido), el derecho invocado y el grado de afectación o puesta en riesgo del bien jurídico protegido. Interna: la medida cautelar debe ser uniforme en la resolución emitida por el Juez de Control.²¹*
- **Confidencialidad/publicidad:** *Las providencias precautorias se deben otorgar de manera confidencial, donde se escucha sólo al demandante de la medida,²² en el caso de las medidas cautelares, éstas se otorgan previa audiencia de partes.²³ Dicho sea brevemente: la providencia precautoria procede antes de la formulación de la imputación ante el Juez de Control. La medida cautelar se impondrá una vez que se ha comunicado la teoría del caso al imputado.*
- **Inmediación:** *En el otorgamiento o en la revisión de las medidas cautelares, el Juez de Control debe interactuar con las partes procesales.*

²⁰ CONSTANTINO RIVERA, Camilo, *Economía Procesal*, Editorial Ma Gister, México, 2006, p. 66.

²¹ Esto se le llama universalidad de aplicación.

²² Vgr. Arraigos, cateos, intervenciones, aseguramientos, detenciones.

²³ Vgr. Prisión preventiva, garantía económica, internamiento domiciliario, abstenciones, o abandono de domicilio.

- **Disposición procesal:** *Las medidas cautelares están a disposición de ser imploradas por cualquiera de las partes que tengan interés jurídico de que se asegure un determinado bien, servicio, derecho o persona. Esta disposición debe estar facultada de manera expresa por ley procesal.*

Requisitos para la solicitud de una medida cautelar

Quien implore una medida cautelar en su beneficio, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- 1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar,²⁴ (excepto en arraigos y cateos, donde sólo basta la protesta de decir verdad por parte del Ministerio Público).*
- 2. Señalar la forma de la medida cautelar.²⁵*
- 3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida cautelar, y el monto de su afectación; dicho de otra manera, debe existir un señalamiento de la medida cautelar.*
- 4. Ofrecer contracautela.²⁶ Debe existir un señalamiento de las consecuencias jurídicas en caso de que la medida cautelar sea*

²⁴ Artículo 16 Constitucional, Párrafo Tercero exige los requisitos para el otorgamiento de una orden de aprehensión.

²⁵ Se refiere a la naturaleza de la medida: preventiva, disciplinaria, económica, restrictiva o privativas de libertad; así como en cuanto al destinatario de la medida, ya sea en cuanto a los bienes o a las personas.

²⁶ El ofrecimiento de contracautela se debe realizar entre pretensiones litigiosas particulares dentro de una acción penal privada.

infundada. En casos de acción penal pública, se debe garantizar la contracautela con la justicia restaurativa.

- 5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. (Depositario, garante).*

El proceso cautelar y los procesos cautelados

En el artículo 16, párrafo décimo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se hace la diferencia entre providencia precautoria y medida cautelar.

Doctrinariamente, la providencia precautoria significa un proceso cautelado, en virtud de que el acto de autoridad se realiza antes de la notificación al demandado (antes de la formulación de la imputación).

El proceso cautelar, en estricto sentido, sólo abarca las medidas cautelares intraprocesales (posteriores a la formulación de la imputación).

Tanto el proceso cautelar, como los procesos cautelados, necesariamente deben estar legitimados por el órgano jurisdiccional, es por ello que en un sentido lato, se habla simplemente de un proceso cautelar sin distinciones en los efectos.

Principio de universalidad de aplicación

El proceso cautelar se puede presentar en procesos de cognición, ya sean contenciosos o no contenciosos. En el caso de la materia penal, aún con el otorgamiento de la suspensión del proceso penal a prueba (donde la litis se dirime), la medida cautelar sigue surtiendo efectos, cuando se trata de naturaleza económica o preventiva.

En el ámbito contencioso, la aplicación de la medida cautelar abarca la continuidad del proceso de cognición, el aseguramiento de la sanción penal (pena o medida de seguridad), así como la garantía en materia de reparación del daño.

Inaudita altera pars

La medida cautelar puede otorgarse sin previa oportunidad de escuchar a la parte contraria alguna manifestación de lo que a su derecho convenga, y no por ello constituye una violación a la garantía de audiencia. Esta actividad precautoria se hace con fines de garantizar o asegurar bienes y personas.

En el caso del proceso penal acusatorio, el otorgamiento de una orden de aprehensión se hace en audiencia donde se escucha únicamente al Ministerio Público.

La carpeta de investigación llevada a cabo por el Ministerio Público debe ser reservada o confidencial. No con ello implica violaciones a la garantía de audiencia o de oportunidad de defensa, pues el indiciado tendrá acceso a todos los datos para contrarrestarlos frente al Juez de Control. Dicho de otra manera, la intervención del gobernado es una actividad jurisdiccionalizada, aun cuando se siga la etapa de investigación.

Clasificación de las medidas cautelares

Eminentemente ejecutiva

Este tipo de medidas derivan de un documento que trae aparejada ejecución. Por ejemplo, un acuerdo reparatorio o restitutorio celebrado ante el Juez de Control, puede ejecutarse mediante juicio ejecutivo civil.

En acción penal privada, la parte denunciante puede hacer el señalamiento de bienes, y sin mayor trámite y previa contracautela, se puede otorgar la ejecución de una medida cautelar.

En materia de extinción de dominio, la ejecución de la medida de aseguramiento de bienes va implícita en el auto de radicación.

Cosa Genérica

Las medidas cautelares que recaen sobre cosas genéricas deben tener un tratamiento especial de preservación.

Las cosas genéricas deben ser objeto, producto o instrumento del delito. En el caso del sistema penal acusatorio, estos bienes deben ser preservados por sujetos procesales que garanticen la preservación, o en su caso, la permanencia de la cosa.

Las medidas cautelares sobre cosas genéricas tienen una íntima relación con la cadena de custodia, pero no se trata de indicios sino de preservaciones.²⁷

Cosa Específica

La medida cautelar sobre cosa específica recae sobre algún objeto determinado o determinable que tiene íntima relación con el hecho delictuoso. Por ejemplo, los bienes inmuebles, los servicios y derechos adquiridos.

Una vez decretada la medida sobre cosa específica, se debe realizar anotaciones preventivas para garantizar el debido cumplimiento de dicha medida.

Postura de Eduardo J. Couture

Nacidas de puro conocimiento

²⁷ Estas medidas cautelares auxiliares de la cadena de custodia son: aseguramientos, cateos, intervenciones, detenciones, embargos precautorios, limitaciones a realizar actividades específicas. Lo anterior con el propósito de garantizar el éxito de una investigación.

Las medidas cautelares de puro conocimiento tienen su sustento de procedencia en el principio de la buena fe de las partes procesales, ya sea porque existen hechos ciertos con procedencia de Derecho; es decir, las medidas cautelares serán procedentes desde el mismo momento en que el demandante realiza un acto cognoscitivo ante el Juez de Control (en la solicitud para la formulación de la imputación, o al momento mismo de la presentación de la denuncia de acción penal privada).

Las medidas cautelares de conocimiento tienen las siguientes características:

- *Recaen sobre pretensiones litigiosas que se deben atender como prueba anticipada o prueba preconstituida.*
- *Tiene exigencia de ser atendida con inmediatez por una carga de contingencia elevada.*
- *Es la primera percepción que tiene el Juez respecto de los hechos, y el órgano jurisdiccional realiza una inferencia inmediata.*
- *Aplicación de inaudita altera pars en todos los casos.*

Medidas de conocimiento sumario, con comienzo de ejecución provisional

Las medidas cautelares derivan de:

- *Acuerdo reparatorio restitutorio*

- *De una resolución judicial (auto o sentencia)*
- *De un documento con aparejada ejecución o título ejecutivo*
- *Un cumplimiento de ejecutoria*

Las medidas cautelares tienen un fin asegurativo que se deriva del incumplimiento de la voluntad de una de las partes. En el ámbito de la justicia alternativa, tiene relación con las formas auto tutelares de solución de conflictos.

Medidas de tutela de la propiedad o del crédito

Son aquellas medidas cautelares que tienen como destinatario el derecho real de una persona.

En el caso del procedimiento de extinción de dominio, las medidas cautelares recaen sobre los bienes que son producto, objeto o instrumento del delito, con independencia de la responsabilidad penal del sujeto que pudiera derivarse en el proceso respectivo. En este procedimiento especial no existen medidas cautelares en contra de personas.

El procedimiento de extinción de dominio es autónomo del proceso penal principal, y las resoluciones que se deriven de ambos procesos no son vinculatorias entre sí.²⁸

²⁸ El procedimiento penal lo conocerá un Juez de Control y un Tribunal Oral, en tanto que la extinción de dominio será sustanciado ante un Juez Civil; por tanto, ambos órganos jurisdiccionales son independientes en sus resoluciones.

Medidas de ejecución anticipada

Son aquellas medidas, que por su propia naturaleza, deben garantizarse su cumplimiento desde la primera intervención, de lo contrario, se desvirtuarían los bienes, servicios o derechos; por ejemplo en la congelación de cuentas bancarias, que se debe hacer de manera inmediata.

Cuando una medida cautelar ejecutada anticipadamente sea revocada, tendrá como consecuencia que la institución procesal resarza los daños y perjuicios a la persona cautelada, a través de la justicia restaurativa.

Medidas cautelares negativas

Las medidas cautelares negativas implican una inactividad o limitaciones permisivas a las que un sujeto realiza cotidianamente. Entre las más importantes se encuentran:

- *Prohibición de ir a determinados lugares.*
- *Prohibición de convivir con determinadas personas.*
- *Limitación a la libertad de tránsito.*
- *Suspensión de derechos civiles y políticos.*
- *Suspensión de actividades profesionales.*
- *Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas o estupefacientes.*

Entre las medidas cautelares negativas de carácter real se encuentran:

- *Prohibición de enajenación de bienes.*
- *Prohibición temporal de publicación de alguna obra.*
- *Prohibición de uso de determinados objetos.*

Medidas de contra cautela

Las principales medidas de contra cautela son:

- *La garantía de justicia restaurativa, en tratándose de una acción penal pública.*
- *Garantía económica a cargo del demandante de la medida cautelar.*
- *Disposición normativa que faculte la restitución de bienes con accesorios.*

La contra cautela significa la capacidad que tiene el proceso para garantizar el pago por una indebida aplicación de medidas cautelares, ya sea en cuanto a los bienes o en cuanto a las personas.

La contra cautela tiene como propósito combatir o evitar los daños y perjuicios que pudiera recibir el sujeto cautelado.

Clasificación de las medidas cautelares, conforme a Alsina

Las que tienen por objeto la conservación de una prueba a los efectos del juicio

El procesalista argentino Hugo Alsina se pronunció al respecto:

El objeto del litigio puede desaparecer, transformarse o disminuir de valor, por la acción de la naturaleza o del hombre, y es evidente que en tales casos la sentencia no podrá reintegrar al vencedor en la plenitud de su derecho. Esas mismas circunstancias, referidas no ya al objeto del proceso sino a la prueba, tienen también a veces importancia para la decisión, porque si una de las partes se ve privada de un medio de prueba que existía al momento de la iniciación del juicio, pero que desapareció o se modificó cuando el juez debió examinarla, es evidente que la sentencia será injusta. En otros casos, la demora en el pronunciamiento puede ocasionar un perjuicio irreparable.²⁹

En el caso del proceso penal, las medidas cautelares adoptadas son la prueba anticipada y la prueba preconstituida.

Una prueba anticipada significa aquel medio de reproducción de la verdad, que de no ser garantizada en cualquier momento del proceso, no llegará a presentarse ante el tribunal oral. En caso de

²⁹ ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo V, Ejecución Forzada y Medidas Precautorias, 2ª Edición, Ediar, Buenos Aires, 1962, p. 449.

que al momento del juicio oral, exista la posibilidad de practicarse la prueba, la anterior quedará sin efectos. Siempre la prueba anticipada es de naturaleza jurisdiccional.

La prueba preconstituida significa el aseguramiento probatorio en la etapa de investigación, pero que tendrá validez en todo el juicio, siempre y cuando sea incorporada en el escrito de acusación formal. No tiene posibilidad de reproducción, sino únicamente de representación. Esta prueba puede ser de origen administrativo (en la trilogía investigadora) o jurisdiccional (durante el periodo judicial de la investigación).

El valor de las pruebas preconstituidas y anticipadas son de carácter complementario, es decir, requieren un indicio fundado de prueba presente³⁰ para su perfeccionamiento.

Las que tienden a asegurar el resultado de la ejecución forzosa

Las medidas cautelares que tienden al aseguramiento de la ejecución forzosa son aquellas que anticipan una sanción.

El resultado del proceso de cognición tiene una interrelación con la medida cautelar adoptada por el Juez antes de la sustanciación de toda la tramitología procesal.

³⁰ La prueba presente es aquel medio de convicción que se desahoga en juicio oral.

- *Prisión preventiva.*
- *Embargo.*
- *Intervención judicial.*
- *La garantía económica.*
- *Prohibición de ir a lugar determinado.*
- *Separación del domicilio.*
- *Suspensión de alguna profesión, arte u oficio.*

Hugo Alsina se pronunció al respecto:

*Ha quedado ya superado el concepto de que las medidas precautorias tienen por objeto **asegurar el resultado del proceso de ejecución**, pues también proceden **para conservar un medio de prueba** o para **evitar la oficiosidad de la sentencia**. Tanto se dan, en el proceso de ejecución como en el proceso de conocimiento; en el curso de cualquiera de ellos o antes de su iniciación; respecto de las cosas o de las personas; **con fines de conservación o simplemente de prevención**.³¹*

Derivada de la postura anterior se infiere que:

1. *Las medidas cautelares sirven para garantizar la continuidad del proceso de cognición, así como de asegurar el cumplimiento de un proceso de ejecución.*

³¹ ALSINA, Op. Cit. p. 450.

2. *Las medidas tienen tres objetivos importantes: 1. El aseguramiento del resultado del proceso de ejecución; 2. La conservación de los medios de prueba; y, 3. Evitar la oficiosidad de la sentencia.*
3. *Derivada de la anterior clasificación, se determina que existen medidas tutelares preventivas, y medidas cautelares.*

Las medidas tutelares preventivas tienen la función de garantizar el cumplimiento de una ejecutoria; en tanto que las medidas cautelares tienen como objeto evitar algún peligro o modificación de circunstancias en el proceso de cognición

Aquellas de las que, en su ausencia, pudiera resultar un daño irreparable

Son aquellas medidas cautelares que tienen como objeto asegurar la apariencia de un buen derecho. La naturaleza de estas medidas siempre es de carácter preventivo.

Entre las medidas que se deben dictar para evitar un daño irreparable son:

- *Prisión preventiva: porque el sujeto se puede dar a la fuga, puede obstaculizar el proceso, u ocasionar un daño mayor a la víctima o a la sociedad.*
- *Garantía de reparación del daño: porque el sujeto puede realizar actos tendientes a quedarse en estado de insolvencia.*

- *Medidas preventivas de protección a la víctima, ya sea en cuanto a su residencia o identidad.*
- *Aseguramiento de bienes que son objeto, producto o instrumento del delito: porque el sujeto puede destruir evidencia que haga imposible la determinación o existencia del hecho delictuoso.*

Las medidas que en su ausencia pueden causar un daño irreparable tienen una íntima relación con los presupuestos de la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora.

La caución

La caución en nuevo sistema de justicia penal mexicano se llamará “garantía económica” y tiene tres cantidades que deben cubrirse:

- *Multa.*
- *Obligaciones procesales.*
- *Reparación del daño.*

La opinión de James Golsdchmidt

El embargo preventivo

El embargo preventivo recae sobre bienes, servicios o derechos de un sujeto cautelado. Su finalidad es asegurativa del cumplimiento del proceso de cognición o de ejecución.

El embargo preventivo es autónomo de los proceso en cuanto a sus efectos, pues debe existir una resolución que lo aumente, disminuya o cancele. Puede solicitarse al momento de ejercitar la acción, durante cualquier etapa del proceso o durante la ejecución de la resolución definitiva.

Medidas que tienden al aseguramiento de la ejecución forzosa

- *Embargo*
- *Prisión preventiva*
- *Arraigo*
- *Multas*

Medidas que persiguen el mantenimiento de un estado de cosas o la seguridad e integridad de un bien

- *Aseguramiento de objetos*
- *Medidas tendientes a restituir un bien*
- *Cateo*

Medidas que tienden a satisfacer necesidades primordiales o preservar de daño a la persona o a los bienes

- *Alimentos (materia familiar).*
- *Remisión a centros psiquiátricos o de prevención de adicciones.*
- *Medidas cautelares para el aseguramiento y estabilidad de la persona menor de edad relacionada con algún delito.*

Clasificación de las medidas cautelares conforme a Calamandrei

Providencias instructorias anticipadas

Las providencias instructorias anticipadas son aquellas medidas que tienen como objeto principal garantizar la fijación o continuidad de un proceso de cognición, y forman parte del mismo, pero pueden ser provocadas por un procedimiento autónomo si existe el daño temido inminente.

Para que proceda la prisión preventiva como providencia instructora anticipada, se deben presentar alguna de las siguientes hipótesis:

- *Peligro de sustracción de la justicia.*
- *Peligro inminente hacia la víctima o hacia la sociedad.*
- *Obstaculización del proceso.*

La prueba anticipada como parte de estas providencias, debe realizarse pero con presencia del indiciado para cuidar el debido cumplimiento del principio de contradicción procesal.

Facilidad práctica de una futura ejecución forzada

El segundo grupo comprende las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma. Casos típicos son las medidas preventivas.

Las providencias instructoras anticipadas del primer grupo aseguran la eficacia de la fase de conocimiento; en cambio, estas otras aseguran la eficacia de la fase ejecutiva. Permiten, respectivamente, que se dicte sentencia ajustada a la verdad y que su dispositivo de condena sea cumplido.

La urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo

Constituyen el tercer grupo las providencias mediante las cuales se dirime interinamente una relación controvertida en espera de que a través del proceso principal posterior se perfeccione la decisión definitivamente. Como toda otra providencia cautelar, halla su razón de ser en la urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo, daño referido más a la persona misma que a sus bienes.

La diferencia entre las providencias cautelares de este tercer grupo y la tutela cautelar definitiva de que hablamos anteriormente consiste en la relación de instrumentalidad, o concretamente en la provisoriedad. Ambas son satisfactivas de la relación jurídico-material, sólo que las primeras nunca pueden aspirar a convertirse en definitivas.

Providencias cauciónales

Las providencias cauciónales pertenecen al grupo de medidas meramente asegurativas, y:

Merecen ser tratadas como cuarto grupo aquellas providencias cuya denominación revela puramente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución; la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial.³²

Es importante hacer la diferencia entre un contra cautela y una cautela sustituyente.

La contra cautela tiene finalidad de garantizar el cumplimiento de una restitución por aplicación indebida de medida cautelar, en tanto

³² CONSTANTINO RIVERA, *Economía Procesal*, Op. Cit. p. 157

que la cautela sustituyente tiene como objetivo evitar daños irreparables por aplicación excesiva de medida cautelar.

Toma de postura

Medidas en cuanto a los bienes

Las medidas cautelares en cuanto a los bienes que serán aplicables al Proceso Penal Acusatorio Mexicano son:

- *Garantía económica*
- *Embargo*
- *Cateo*
- *Anotaciones marginales*
- *Aseguramiento de bienes*
- *Alimentos*
- *Intervención de comunicaciones*
- *Retención de bienes*
- *Caución de no ofender*

Medidas en cuanto a las personas

El catálogo de medidas cautelares en cuanto a las personas es el siguiente:

- *Prisión preventiva*

- *Arraigo*
- *Internamiento domiciliario*
- *Detención*
- *Orden de aprehensión/presentación*
- *Localizador electrónico*
- *Prohibición de ir a determinados lugares*
- *Prohibición de salir de determinada circunscripción geográfica*
- *Prohibición de convivir con determinadas personas*
- *Separación del domicilio*
- *La suspensión provisional en el ejercicio del cargo. profesión u oficio,*
- *Prohibición de realizar determinadas actividades*
- *Acudir a determinadas instituciones de salud*
- *Abstenerse al consumo bebidas alcohólicas o estupefacientes*
- *Libertad asistida*
- *Suspensión de derechos*
- *Obligación de ir ante el juez o ante autoridad o institución que éste designe*
- *Obligación de conseguir trabajo*
- *La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada*

Las medidas cautelares y la economía procesal en el juicio ordinario penal

Las medidas de cautela se dividen en dos grandes grupos:

A) Medida cautelar (en estricto sentido). Estas se adoptarán una vez formulada la imputación ante el Juez de Control.

B) Providencias precautorias. Se aplicarán antes de la formulación de la imputación, y tienen una doble naturaleza en cuanto a su imposición: administrativa y jurisdiccional.

| Providencia Precautoria | Medida Cautelar |
|---------------------------------------|--|
| Embargo | Garantía económica |
| Cateo | Caución de no ofender |
| Anotaciones marginales | Prisión preventiva |
| Aseguramiento de bienes | Internamiento domiciliario |
| Alimentos | Localizador electrónico |
| Intervención de comunicaciones | Prohibición de ir a determinados lugares |
| Retención de bienes | Prohibición de salir de determinada circunscripción geográfica |

| <i>Providencia Precautoria</i> | <i>Medida Cautelar</i> |
|--|--|
| <i>Arraigo</i> | <i>Prohibición de convivir con determinadas personas</i> |
| <i>Detención</i> | <i>Separación del domicilio</i> |
| <i>Orden de aprehensión / presentación³³</i> | <i>La suspensión provisional en el ejercicio del cargo, profesión u oficio</i> |
| | <i>Prohibición de realizar determinadas actividades</i> |
| | <i>Acudir a determinadas instituciones de salud</i> |
| | <i>Abstenerse al consumo bebidas alcohólicas o estupefacientes</i> |
| | <i>Libertad asistida</i> |
| | <i>Suspensión de derechos</i> |
| | <i>Obligación de ir ante el juez o ante autoridad o institución que éste designe</i> |
| | <i>Obligación de conseguir trabajo</i> |

³³ Puede ser medida cautelar como facultad ordenatoria del Juez en cuanto a los sujetos.

| Providencia Precautoria | Medida Cautelar |
|--------------------------------|--|
| | <i>La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada</i> |

Las providencias precautorias, en cuanto a su otorgamiento son de dos tipos: administrativas y jurisdiccionales. Ambas medidas deben ser revisadas por el Juez de Control al momento de judicializar la investigación.

| Administrativas (otorgadas por el Ministerio Público) | Jurisdiccionales (otorgadas por el Juez de Control) |
|--|--|
| <i>Aseguramiento de bienes</i> | <i>Embargo</i> |
| <i>Retención de bienes</i> | <i>Cateo</i> |
| <i>Detención</i> | <i>Anotaciones marginales</i> |
| <i>Prueba preconstituida</i> | <i>Intervención de comunicaciones</i> |
| | <i>Arraigo</i> |

Prueba Anticipada

Es importante hacer el señalamiento que en estricto sentido las pruebas anticipadas y preconstituidas no constituyen una medida cautelar, a pesar de que tienen características similares. La naturaleza de estas pruebas depende del proceso de cognición.

Estudio de las Providencias Precautorias en lo Particular

Detención

¿En qué casos procede?

La detención procede en los casos de flagrancia y caso urgente.

Los requisitos para que se dé la flagrancia son:

- a)** *Que exista un hecho delictuoso.*
- b)** *Que el sujeto sea detenido al momento de cometer el hecho, o inmediatamente después con persecución material.*
- c)** *Que sea puesto inmediatamente a disposición del Ministerio Público.*

d) *Que exista un registro de detención.*

Los requisitos del caso urgente son:

a) *La existencia de un hecho delictuoso considerado como grave por la ley.*

b) *Que exista peligro de sustracción de la justicia.*

c) *Que el Ministerio Público no pueda acudir ante el Juez de Control a solicitar una Orden de Aprehesión.*

Requisitos de procedibilidad

Los requisitos de procedibilidad para decretar una detención por flagrancia o caso urgente son:

- *Noticia criminal (formal o informal). La querrela debe ser interpuesta en tiempo y forma.*
- *Identificación del sujeto al hecho delictuoso (Atribución de la conducta al sujeto).*
- *Lectura de derechos al detenido.*
- *Registro de detención por parte de los agentes (en casos de flagrancia).*
- *Calificación preliminar de la detención por parte del Ministerio Público.*

Tramitología procesal

La detención por flagrancia se lleva a cabo por cualquier persona al momento de que el sujeto activo está cometiendo un hecho, o es perseguido materialmente de manera posterior a la comisión del ilícito.

Para que continúe la restricción de la libertad del sujeto, se debe elaborar una carpeta de investigación con detenido; posteriormente formular imputación ante el Juez de Control en un término no mayor a 48 horas (o 96 horas en caso de delincuencia organizada).

Durante ese término, el sujeto detenido se encuentra a disposición del Ministerio Público.

En el caso urgente, el Agente del Ministerio Público debe tener lista una argumentación suficiente para sustentar la procedencia de una orden de aprehensión, pero por circunstancias excepcionales, no puede acudir al Juez de Control para solicitar dicha orden.

Cabe hacer el señalamiento que la figura del Caso Urgente será de utilidad de manera excepcional, pues una orden de aprehensión puede ser otorgada de manera inmediata y por cualquier medio.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua, en su artículo 172, Apartado A, refiere una enunciación de lo que debe entenderse por peligro de sustracción a la acción de la justicia:

Para decidir acerca del peligro de sustracción a la acción de la justicia, el Juez tomará en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

I. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. La falsedad o falta de información sobre el domicilio del imputado constituye presunción de sustracción a la acción de la justicia;

II. La importancia del daño que debe ser resarcido;

III. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a proceso; y

IV. La posible pena o medida de seguridad a imponer.

La disposición anteriormente citada admite las siguientes críticas:

- a)** *La sustracción de la justicia debe ser más clara su interpretación, en el sentido de contextualizarla como la capacidad que tiene un sujeto para evadir cualquier medio de localización impuesto por la autoridad.*
- b)** *El peligro de sustracción de la justicia no debe atenderse al quantum de la sanción penal, sino al grado de afectación o puesta en riesgo del bien jurídico protegido.*

c) La redacción de la disposición normativa del comportamiento del imputado debe ceñirse al periodo judicial de la investigación, y debe valorarse con la colaboración del sujeto en el desarrollo de las indagatorias tendientes a buscar la verdad material. Dicho de otra forma, debe valorarse la buena fe y la lealtad de las partes en la investigación misma.

Causas por las cuales se da por terminada la providencia precautoria

Las principales causas por las cuales se da por terminada una providencia precautoria son:

- a) Porque no se cubre algún requisito constitucional de la flagrancia o caso urgente.*
- b) Por falta de fundamentación y motivación de la detención.*
- c) Por irregularidades en el registro de detención.*
- d) Porque el comportamiento atribuido al autor no constituye un hecho delictuoso.*
- e) Porque el Ministerio Público no pretenda solicitar Prisión Preventiva en la Audiencia de Control de Garantías.*
- f) Porque se exceda del término de las 48 horas (o 96 horas en delincuencia organizada).*
- g) Por la aplicación de un criterio de oportunidad o por salida alternativa.*
- h) Por falta de querrela en aquellos asuntos donde es exigible como requisito de procedibilidad.*

Medios de defensa contra este acto o determinación

Los principales medios de defensa contra una detención son los siguientes:

- a) La Audiencia de calificación de la legalidad de la detención, donde el Juez de Control evaluará si se cubrieron los requisitos de la detención, así como la necesidad de la medida.*
- b) El Amparo Indirecto, siempre y cuando se haya solicitado suspensión provisional.*
- c) La apelación, cuando el Juez de Control se haya pronunciado respecto de la legalidad de la detención.*

Arraigo

Casos en que procede

La providencia precautoria consistente en arraigo se aplicará exclusivamente para los asuntos de delincuencia organizada, en los términos del artículo 16 Constitucional.

Cabe hacer el señalamiento que en los términos del Artículo 73, Fracción XXI de la Constitución, los asuntos relacionados con la Delincuencia Organizada son del orden federal.

Requisitos de procedibilidad

Los requisitos para solicitar una orden de arraigo son:

- a) Noticia criminal relacionada con algún delito de delincuencia organizada.³⁴*
- b) Situación de caso urgente, porque el sujeto pretenda sustraerse de la acción de la justicia.*
- c) Los datos que relacionan al sujeto con los hechos que se investigan son indiciarios, pero no suficientes para solicitar una orden de aprehensión.*

Cabe hacer el señalamiento que el arraigo es una providencia precautoria cuyas consecuencias serán: una orden aprehensión, o una libertad con reservas.

Tramitología procesal

Para que se tramite la orden de arraigo, deben seguirse los siguientes pasos:

- 1. Debe existir una Carpeta de Investigación sin Detenido.*
- 2. Debe darse una situación de caso urgente por delito relacionado con delincuencia organizada.*
- 3. Debe existir una detención, la cual no podrá exceder de 96 horas.*

³⁴ Ver. Artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

4. *Se debe solicitar el arraigo ante el Juez de Control, por los medios previamente acordados entre la Procuraduría General de la República y el Consejo de la Judicatura Federal.*
5. *El Juez de Control otorgará de manera inmediata la orden, cuya duración será hasta de 40 días. Este término es prorrogable por un tanto igual.*
6. *Una vez otorgada la orden de arraigo, se continuará con la Carpeta de Investigación como si fuese sin detenido.³⁵*

Cuando exista una detención por caso flagrante, el Ministerio Público puede cambiar la situación de hecho al dictado de un arraigo, en la forma siguiente:

1. *Noticia criminal relacionada con delincuencia organizada, estando presente el indicado.*
2. *Acuerdo de inicio de la Carpeta de Investigación con Detenido.*
3. *Lectura de Derechos al indiciado.*
4. *Calificación preliminar de la legalidad de la detención.*
5. *Al momento de integrar la trilogía investigadora, el Ministerio Público estimará si le son suficientes las 96 horas o no. En el caso de si sean suficientes, continúa con la Carpeta de Investigación con Detenido. En caso de que considere que el término constitucional es limitado, entonces solicitará la orden de arraigo.*

³⁵ Es importante recordar que la Carpeta de Investigación sin detenido es completamente sigílica, y para que el indiciado tenga acceso a los datos, deberá formularse imputación ante el Juez de Control.

6. *Al momento de que sea obsequiada la orden de arraigo, se sigue la tramitología procesal de la Carpeta de Investigación sin Detenido.*

El Juez de Control, al momento de pronunciarse sobre la procedencia del arraigo, deberá tomar en cuenta los siguientes elementos:

1. *El Juez recibe la solicitud y verifica que esté fundada y motivada.*
2. *El Juez estima respecto de la urgencia o flagrancia de la detención.*
3. *El Juez estima respecto de la necesidad de la medida, y se pronuncia al respecto.*
4. *Si el Juez otorga la medida, señala el término de su duración. Si el Juez niega el arraigo, el Ministerio Público deberá hacer la solicitud para la formulación de la imputación (con detenido o sin detenido, según sea el caso), o en su caso dejar en libertad al sujeto.*

Cuando se otorga la orden de arraigo, el indiciado queda a disposición del Ministerio Público, pero con las reglas de Carpeta de Investigación sin Detenido.

Existen diversos tipos de arraigo, entre los que se destacan los siguientes:

- a) *En domicilio del indiciado.*
- b) *En casa de seguridad.*
- c) *Con incomunicación total: sólo tendrá contacto con su abogado.*

d) *Con incomunicación parcial: sólo tendrá contacto con abogado y familiares previamente acreditados.*

Causas por las cuales se da por terminada

El arraigo se puede dar por terminado en alguno de los siguientes casos:

- a)** *Por la formulación de la imputación (con o sin detenido).*
- b)** *Por el vencimiento del término, o en su caso de la prórroga.*
- c)** *Por falta de datos suficientes para sustentar una imputación.*
- d)** *Muerte del arraigado.*
- e)** *Por exclusión del hecho delictuoso.*

Medios de defensa contra actos o determinaciones

Los principales medios de defensa contra la orden de arraigo son:

- a)** *Amparo Indirecto.*
- b)** *Cambio de providencia precautoria ante el Juez de Control.*

Orden de aprehensión

Casos en que procede

De conformidad con el artículo 16 Constitucional párrafo Tercero, para obsequiar una orden de aprehensión, se deben acreditar los siguientes argumentos:

- a) Datos que establezcan la existencia del hecho delictuoso (tipo penal).*
- b) La probable comisión o participación en su comisión (forma de intervención delictiva).*
- c) Que el hecho delictuoso amerite pena privativa de libertad.*
- d) Que el sujeto no pueda ser comparecido por cualquier otra medida.*
- e) En los casos en donde amerite prisión preventiva oficiosa.*

Requisitos de procedibilidad

Para solicitar una orden de aprehensión, debe existir previamente una Carpeta de Investigación sin detenido. La orden de aprehensión es accesoria a la solicitud de formulación de la imputación.

La solicitud de formulación de la imputación es uno de los sentidos que el Ministerio Público puede tomar respecto de su Acuerdo de Determinación.

El objetivo principal de la orden de aprehensión es garantizar que un sujeto va quedar a disposición del Juez de Control para una

investigación judicializada. Dicho de otra manera, no toda orden de aprehensión culminará con una prisión preventiva.

Tramitología procesal

Para obtener una orden de aprehensión, se deben atender los siguientes pasos:

- 1. Se debe estructurar la teoría del caso, de tal forma que se tengan identificados los datos esenciales del hecho delictuoso, así como su fundamentación y motivación.*
- 2. Se debe estructurar la argumentación para la solicitud de formulación de imputación.*
- 3. Se debe estructurar los argumentos que sustenten la orden de aprehensión.*
- 4. Se debe remitir la solicitud de la formulación de la imputación y la orden de aprehensión al Juez de Control, de manera inmediata y por cualquier medio.*

Una vez recibida la solicitud para la formulación de la imputación, el Juez de Control deberá atender los siguientes pasos:

- 1. Verificará que se cubran los requisitos exigidos por el artículo 16 Constitucional, párrafo tercero.*
- 2. Verificará los datos de prueba que estimen la necesidad de la medida.*

3. *El Juez de Control debe resolver inmediatamente sobre la procedencia de la orden de aprehensión; o dentro de las 24 horas, si la orden ha sido solicitada por escrito.*

Para la eficacia de la Orden de Aprehensión, deben existir Jueces de Control especializados en medidas cautelares, pues de lo contrario, las ordenes de aprehensión entrarían a trámite a través de la oficialía de partes.

Causas por las cuales se da por terminada

Las causas por las cuales la orden de aprehensión se queda sin efectos son las siguientes:

- a)** *Por cumplimiento de la orden.*
- b)** *Por la muerte del indiciado.*
- c)** *Por presentación voluntaria del indiciado.*
- d)** *Por prescripción del delito.*
- e)** *Otorgamiento de un amparo que deja sin efectos la orden.*

Medios de defensa contra actos o determinaciones

Los principales medios de defensa para combatir la orden de aprehensión son:

- a)** *Amparo Indirecto.*

b) Solicitud de cancelación de orden por la comparecencia del indiciado.

Prisión preventiva

Casos en que procede

La prisión preventiva procede en los siguientes casos:

- a) Cuando exista un hecho delictuoso cuya sanción sea pena privativa de libertad.*
- b) Cuando exista peligro de sustracción de la justicia del sujeto.*
- c) Cuando el sujeto intente obstaculizar el proceso.*
- d) Cuando el sujeto represente un peligro inminente hacia la víctima o a la sociedad por el grado de afectación del bien jurídico.*
- e) Oficiosamente: en los casos expresamente señalados por la Constitución en el artículo 19.*

Cabe hacer el señalamiento que la prisión preventiva es la excepción y no la regla; esto es, debe aplicarse como último recurso para garantizar la continuidad de la investigación judicializada y el proceso mismo.

Requisitos de procedibilidad

Para la aplicación de la prisión preventiva, se puede solicitar en dos momentos:

- *Vinculación provisional, durante el término de 72 o 144 horas.*
- *Discusión para la imposición de medida cautelar (una vez vinculada la persona definitivamente).*

En la argumentación del Ministerio Público, debe atender a los siguientes supuestos:

- a)** *A la carga probatoria que existe en la primera teoría del caso, que incrimine al sujeto.*
- b)** *Al grado de afectación o puesta en riesgo del bien jurídico protegido.*
- c)** *A la forma de intervención delictiva del sujeto.*
- d)** *Al comportamiento posterior del sujeto, durante la investigación o proceso.*

La prisión preventiva oficiosa se decreta sin atender a los supuestos anteriores, simplemente se impondrá por exigencia normativa.

Tramitología procesal

Para decretar la prisión preventiva en audiencia de vinculación provisional, se deben seguir los siguientes pasos:

- a)** *Debe darse la formulación de la imputación por parte del Ministerio Público.*
- b)** *Al imputado se le haya tomado su declaración preliminar.*

- c) El imputado haya decidido que su situación jurídica se resuelva en 72 o 144 horas.*
- d) Se da uso de la voz al Ministerio Público para que manifieste lo que a su Derecho convenga respecto de la medida cautelar provisional.*
- e) Posteriormente la defensa contra-argumentará.*
- f) El Juez de Control decidirá en ese momento la procedencia de la prisión preventiva, o de otras medidas cautelares.*

La resolución dictada en el momento de vinculación provisional volverá a revisarse por el Juez de Control en la vinculación definitiva.

Cuando la prisión preventiva sea dictada al momento de discutir sobre la procedencia de las medidas cautelares, se seguirán los siguientes pasos:

- a) Se vinculará a proceso al imputado, con procedencia de medida cautelar.*
- b) Se le da el uso de la voz al Ministerio Público para que argumente la necesidad de la prisión preventiva.*
- c) Posteriormente tendrá el uso de la voz la defensa para que manifieste lo que a su derecho convenga.*
- d) El Juez de Control resolverá respecto de la Medida Cautelar.*

La medida cautelar puede ser revocada, modificada o impuesta en cualquier momento, previa audiencia de las partes procesales.

Causas por las cuales se da por terminada

Los efectos de la prisión preventiva cesan:

- a) *Por sentencia.***
- b) *Por sobreseimiento de la causa.***
- c) *Por sustitución de medida cautelar.***
- d) *Aplicación de criterio de oportunidad antes de la formulación de la acusación.***
- e) *A petición del Ministerio Público.***
- f) *Por exceder el tiempo de 2 años.***

Dentro del estudio anterior, podemos establecer que existen diversas formas, clasificaciones y teorías sobre las medidas cautelares; estableciendo en un sentido genérico, que la medida cautelar tiene como principal objetivo el buscar que la ley no sea menoscabada y que la capacidad punitiva del Estado frente a los particulares, sea cabalmente cumplida.

En conclusión podemos establecer que la medida cautelar, es una herramienta con la que cuentan las autoridades jurisdiccionales para lograr que sus actuaciones sean cumplimentadas en forma adecuada; además de lograr con ello salvaguardar los derechos de quienes sea beneficiados con la medida cautelar respectiva.

1.2 MARCO METODOLÓGICO

Ahora bien, ha llegado el momento de abordar uno de los principales puntos dentro de cualquier trabajo de investigación, esto es, el aspecto metodológico dentro del cual pretendemos encaminar nuestro trabajo; para lo cual, me permitiré realizar algunas observaciones en torno a esto.

En este tenor de ideas es de hacer notar que la metodología es una herramienta no sólo necesaria, sino indispensable en el desarrollo de trabajos de investigación dentro de cualquier área, en los que se busque desarrollar nuevas teorías y conceptos o perfeccionar los conocimientos ya existentes; es por ello que todos aquellos que pretendemos desentrañar un tema de interés particular y general nos vemos en la obligación de buscar en los diversos métodos y técnicas metodológicas aquellas que resulten ser las más viables, a fin de obtener los mejores resultados.

En este tenor de ideas, podemos recordar las palabras del maestro Fix-Zamudio, quien nos menciona que los diversos métodos que ocupan los juristas para el conocimiento de las diversas disciplinas jurídicas, tienen la finalidad de acoplarse lo más profundamente posible del objeto de conocimiento denominado “derecho”.³⁶

³⁶ Fix-Zamudio, Hector, *Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*, Quinta edición, Porrúa, México, 1996.

Atento a lo anterior, es de establecerse que el uso de métodos y técnicas en la investigación jurídica obedece a la necesidad de otorgar de certeza y solvencia a dichas investigaciones; por lo que, en las líneas siguientes me permito establecer cuáles son los métodos y técnicas que serán de utilidad en mi trabajo de investigación, recordando al lector del presente, que los métodos y técnicas a que se hace referencia, serán establecidos de forma enunciativa y no en forma limitativa, toda vez que el uso de los mismos, obedece a las necesidades que dentro de la misma investigación surgieron.

De este modo y como toda labor de investigación debemos delimitar los aspectos sobre los cuales basaremos nuestros métodos de investigación; lo anterior lo podemos establecer siguiendo las palabras que el Dr. Juan de Dios González Ibarra nos mencionaba en sus cátedras al citar los pensamientos del investigador argentino Mario Bunge,³⁷ quien nos establece los pasos a seguir para el desarrollo de toda investigación jurídica en los siguientes:

- *La elección del tema*
- *La identificación del problema*
- *La construcción de un marco teórico-metodológico, axiológico y epistémico.*

Señalando de esta forma que los resultados de la investigación son más satisfactorios cuando la acción indagatoria responde a conflictos

³⁷ Bunge, Mario, *La investigación científica*, Siglo XXI, México, 2000, p. 145.

trascendentales y específicos; además que de este modo el investigador se hace partícipe de la vida en sociedad por medio de la aplicación y proposición de soluciones de los problemas del área.

Es de este modo que podemos defender que la investigación realizada se encuentra estrechamente vinculada al avance de la sociedad misma, toda vez que como se ha señalado en líneas anteriores, ninguna investigación se explica sin estar justificada por medio de su aporte, ya sea modesto o esplendido.

La investigación al avance científico se da en dos aspectos principalmente; en cuanto a la necesidad de indagar la experiencia de otros investigadores respecto del objeto a indagar y en relación al imperativo de que cada nueva investigación contribuye al progreso cultura del área respectiva.

Algunos Métodos

Como se ha hecho mención en los puntos anteriores, existen diversos tipos de métodos que se pueden emplear en el desarrollo de las investigaciones, y que obedecen al objetivo que se busca. En este sentido y conociendo la definición e importancia del método, llevare a cabo en las siguientes líneas un enlistado y análisis de los diversos métodos que podemos echar mano en el trabajo de investigación.

Entendiendo el método como un procedimiento para tratar un conjunto de problemas. Cada clase de problemas requiere un conjunto de

métodos y técnicas especiales; y siendo el método científico la estrategia de la investigación científica: afecta a todo ciclo completo de investigación y es independiente del tema de estudio.³⁸

De acuerdo a la definición anterior y en concordancia con lo expresado por autores tales como Mario Bunge, Álvarez-Gayou y Rodríguez Zepeda, podemos citar los siguientes tipos de métodos³⁹ a que hace referencia el Dr. Juan de Dios González Ibarra al establecer:

- *El método inductivo: identificado como aquel que nos permite ir de lo particular a lo general, es decir, de las partes al todo; comprendiendo que en este método la lógica inductiva nos conduce de los hechos individuales a las afirmaciones generales.*
- *El método deductivo: en el que a diferencia del anterior, el trabajo se realiza partiendo de lo general hasta obtener los datos más particulares, es decir, vamos de las partes al todo; en este método la lógica deductiva nos dirige de lo general a lo particular.*
- *El método dialéctico: que ha sido explicado por autores como Eli de Gortari, que nos menciona que es más que un simple método, ya que implica al ser, la comprensión y transformación, entendiendo la identificación y el*

³⁸ Bunge, Mario, *La investigación científica*, México, siglo XXI editores, 2000, pp. 7-13.

³⁹ Cfr. González Ibarra, Juan de Dios, *Metodología Jurídica Epistémica*, México, Fontamara, 2006, pp. 82-84.

entendimiento de la realidad en movimiento⁴⁰; en este punto, podemos aseverar que la lógica dialéctica se apoya generalmente en la dinámica de la lucha de contrarios, la síntesis y el cambio dialéctico de lo cuantitativo a lo cualitativo.

- *El método histórico: el cual ha sido abordado en muchas ocasiones por aquellos que hemos tenido el gusto ya sea por obligación o simplemente por curiosidad de investigar sobre un determinado tema, y que consiste básicamente en el desarrollo cronológico de los hechos y los conocimientos de los mismos.*

- *El método comparativo: basado en las diferencias y semejanzas que podemos encontrar en los puntos a estudiar, es decir, con base en ella comprenderemos y explicaremos el fenómeno que se nos es presentado; reconociendo de entre ellos las fortalezas y las debilidades con que cada uno cuenta, así como las posibilidades de nuevas construcciones que con base en estas reflexiones se puedan obtener, entendiendo que la ciencia jurídica fue creada para dar origen a nuevos conocimientos, y que el derecho punto primordial de dicha ciencia se debe a un ser jurídico imperfecto y que requiere ser construido con base en dichos conocimientos.*

⁴⁰ Novack, G., *Introducción a la lógica*, México, Fontamara, 1999.

- *El método estructural: bajo el entendimiento de que la estructura es algo permanente, éste método nos permite trabajar con la esencia misma de las cosas, desde el esquema de las relaciones entre lo fundamental, hasta bajo un esquema de fácil operacionalidad.*
- *El método funcional: basado en la teoría de las funciones se identifica como la actividad de los subsistemas que al integrarse permiten la actividad orgánica en su totalidad.*
- *El método didáctico: que nos va guiando a través del proceso enseñanza-aprendizaje, y que en el caso de los encargados de conducir a los estudiantes de las ciencias jurídicas, debemos tener presente y echar mano de él en un gran número de ocasiones con la finalidad de lograr nuestro objetivo, consistente en el dotar de conocimientos fuertes a los futuros abogados.*
- *El método cuantitativo: que nos permite con ayuda de cantidades, señalar tendencias y posibilidades de eventos futuros con base en datos establecidos con anterioridad.*
- *El método hermenéutico: definido por Álvarez-Gayou⁴¹ como la teoría y práctica de la interpretación, ha intentado*

⁴¹ Álvarez-Gayou, *Cómo hacer investigación cualitativa*, México, Paidós, 2003, p. 80.

convertirse en la metodología a emplearse dentro de las ciencias sociales.

- *El método analítico: que se encarga de descomponer la realidad en el mayor número de partes posibles para lograr una mejor comprensión de la misma.*

- *El método sintético: que en contraposición al anterior se encarga de integrar cada uno de los elementos dispersos para formar un solo fenómeno.*

- *El método fenomenológico: basado en la esencia misma de los fenómenos para su mejor comprensión.*

- *El método tipológico: en el cual y por medio del empleo de la teoría del tipo, nos permite identificar en la práctica el modelo a seguir, posibilitando así el conocer y el hacer.*

En este orden de ideas, podemos observar la gran cantidad de métodos que pueden ser empleados dentro de las investigaciones en diversas áreas del conocimiento, ya sean sociales, biológicas o exactas; es menester resaltar que en el presente trabajo, dentro de un apartado llevó a cabo la identificación de los métodos que he empleado para el desarrollo del mismo, recordando, que los métodos no son únicos, ya que se requiere de su ilación a fin de obtener mejores resultados en las investigaciones que se realizan.

La técnica específica y técnica general

Una vez que ya se ha explicado el método y las características con las que debe de contar, es necesario comprender que éste por sí sólo no es suficiente, toda vez que para su actuación en la vida práctica del ser humano, requiere de procedimientos y medios que lo hagan operativo.

En este punto, es donde encuentran su origen las denominadas técnicas, las que al igual que los métodos, responden a la interrogante “*cómo puedo desarrollar la investigación*”, es decir, buscan los medios para alcanzar un fin o resultado propuesto, pero que a diferencia del método se sitúa a nivel de los hechos y las etapas prácticas, que a modo de dispositivos auxiliares, permiten la aplicación por medio de elementos prácticos, concreto y adaptados a un objeto bien definido, el método que ha sido elegido.

La palabra técnica, deriva etimológicamente del griego *techne*, teniendo en sus inicios dos acepciones, la primera relacionada con el arte y la segunda con la forma de actuación. Como podemos observar, el punto coincidente de ambas acepciones, se encuentra en su concepción como un arte práctico en general y un modo de actuación en particular; es menester resaltar que tanto en la concepción griega como en el punto de vista moderno, la técnica se contrapone a la denominada *episteme*, la ciencia, en cuanto ésta es conocimiento o saber teórico y como tal no implica práctica.

Consideradas las técnicas según este sentido específico, la relación existente entre método científico y técnicas científicas parece clara; ambas son procedimientos, formas de actuación dentro del área científica, en este punto podemos distinguir que la diferencia consiste en la amplitud de cada uno de ellos (técnica y método). El método es el procedimiento general del conocimiento y es común en lo fundamental de todas las ciencias. Las técnicas, por el contrario, son procedimientos de actuación concretos y particulares, relacionados con las distintas fases del método científico.

En concordancia con lo expuesto, podemos comprender que el método representa el camino o procedimiento general para la obtención del conocimiento científico, mientras que las técnicas serán los procedimientos particulares a emplearse en cada caso en concreto, y que deben de seguirse para recorrer las diferentes fases que el método presente.

Concluyendo que el presente apartado, como lo mencione al iniciar éste, sólo representa una forma enunciativa y descriptiva de algunos métodos y técnicas que son empleados dentro de la presente investigación.

1.3 MARCO AXIOLÓGICO

Con la actual carencia de valores dentro de nuestra sociedad, se hace indispensable que las de las investigaciones que se realizan dentro de todos los campos de las ciencias cuenten con una base firme donde se

encuentren inmersos los valores que dentro del área de trabajo que se desarrolla existan; lo anterior, es la consecuencia lógica de que no es aceptable pensar en una investigación que tenga aparejado un avance científico o cultural enorme, pero a la vez una pérdida de valores en mayor magnitud.

En este tenor de ideas, me permito además de hacer referencia a la axiología jurídica, citar algunos aspectos relacionados con la denominada axiología política, atendiendo a que es justamente mediante mecanismo de políticas públicas como se puede coadyuvar en la prevención del delito, así como tomar las medidas necesarias para lograr una verdadera reincorporación tanto de víctimas como responsables a la sociedad.

Atento a lo anterior, podemos citar las palabras del maestro Ángel Martínez Pineda quien dentro de su obra “*Ética y Axiología Jurídica*”, nos menciona lo siguiente:

“...tanto en el derecho, como en la libertad, la justicia y la moral, es preciso reconocer la existencia de valores que informan tales nociones. Al derecho se le respeta y acata, lo mismo que a las disposiciones jurídicas de un sistema jurídico. Dichosos los que respetan el derecho y practican siempre la justicia dice el salmista [...] El contenido del derecho supone, como condición necesaria para su observancia, un valioso elemento entrelazante que proporciona el principio ético que lo nutre y legitima. Y así tenemos que lo que jurídicamente es válido, jurídicamente es obligatorio. La

*validez de la norma depende de su efectividad normativa con efectos jurídicos [...] el valor y justificación de la validez de la norma jurídica, tiene como argumento la adecuación de la norma ética con la normatividad jurídica.”*⁴²

En este orden de ideas, es que se hace necesario llevar a cabo una reflexión axiológica sobre el tema que se desarrolla en la presente investigación; para lo anterior, es necesario dejar primero en claro el concepto de axiología, esto debido a que no resulta viable navegar en el mar, sin antes saber en qué mar nos encontramos y a qué dirección nos dirigimos.

Es por ello que tomando como base de partida algunas concepciones doctrinales trataremos de desentrañar el concepto de axiología, a fin de fortalecer el presente apartado de la investigación, es por ello que al definir el concepto de axiología, estableceremos lo siguiente:

“...la axiología es la disciplina que se ocupa del estudio de los valores. En torno a la naturaleza del valor encontramos dos escuelas: los objetivistas y los subjetivistas; el primero de ellos establece que los valores existen objetivamente, que son entidades eternas inmateriales, independientemente de si el hombre los capta o no; por su parte el subjetivismo axiológico, mantiene que las cosas no son valiosas en sí, sino que algo es valioso porque es deseado. Lo valioso dentro de esta escuela no radicaría en el valor

⁴² Martínez Pineda Ángel, *Ética y Axiología Jurídica*, Porrúa, México, 1998, p. 5.

como tal, sino que depende de mi deseo. Los valores serían creaciones humanas.”⁴³

En este tenor de ideas, el Dr. Álvaro Guadarrama dentro de su obra “*La Axiología Jurídica... en la formación integral de los estudiantes de Derecho*”, expone lo siguiente:

“...al hablar de axiología en general, me refiero al estudio de los valores, como consecuencia de los antecedentes ya establecidos por la ética, en el sentido de que la ética nos habla de los conceptos de libertad como uno de los elementos para poder clasificar a los actos humanos como buenos o malos. El otro elemento es la voluntad, la axiología toma esta base y nos lleva al estudio de los valores, el cual nos permitirá tener elementos para que dentro de esos valores podamos hacer un análisis profundo de aquellos que maneja el Derecho.”⁴⁴

Bajo la temática expuesta en su obra el Dr. Álvaro Guadarrama, la axiología debe ser integrada en dos momentos; el primero de ellos en la idea del actuar mismo del ser humano y el segundo se integrará en el momento en que ese actuar humano se encuentra regulado en el campo jurídico.

⁴³ Cfr. Rodríguez Lozano V., y otros, *Ética*, Alhambra Mexicana, Novena reimpresión, México, 1997, p. 22.

⁴⁴ Guadarrama González, Álvaro, *La axiología jurídica, En la formación integral de los estudiantes de Derecho*, Porrúa, México, 2004. p. 39.

En este mismo tenor de ideas, el maestro García Máñez manifiesta lo siguiente:

La axiología jurídica estudia los valores a cuya realización debe aspirar el orden jurídico positivo. Para la mayoría de los autores es la justicia la finalidad suprema de este. Algunos creen descubrir dicho fin en el bien común, y otros estiman que el valor jurídico fundamental es la seguridad, y que, en caso de conflicto, debe la justicia ser postergada, en beneficio de la paz y el orden.⁴⁵

Con base en lo anterior, podemos establecer que el principal aspecto axiológico dentro de la presente investigación obedece a la necesidad de que los adolescentes cumplan cabalmente con la responsabilidad que se origine con motivo de su conducta; pero que de igual forma verdaderamente hablemos de una reinserción a la sociedad a fin de que quienes realicen estas conductas no las repitan, toda vez que el objetivo del derecho penal no consiste únicamente en castigar, sino en lograr que los autores de conductas que afecten el interés general logren reintegrarse cabalmente a la sociedad.

1.4 MARCO EPISTÉMICO

Para finalizar este capítulo, en apartado que damos inicio buscaremos la tesis de la tesis del presente trabajo de investigación; para lo cual se hace necesario recordar que como lo expone el doctor Juan de Dios,

⁴⁵ García Máñez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 2001, p. 120.

dentro de sus cátedras el conocimiento se encuentra dividió en tres niveles, el primero de ellos denominado “óntico” con el cual se logra la memorización de ciertos objetos y las concepciones materiales de los mismo, en este punto ha sido construido el apartado teórico de la presente investigación.

El segundo momento o nivel del conocimiento se encuentra expresado en lo que corresponde al nivel ontológico, que constituye en sí mismo la capacidad de comprensión, explicación y transformación, de los conocimientos obtenidos con anterioridad y de acuerdo al que ha sido construido con apoyo al momento óntico el apartado metodológico de la presente investigación.

Constituido por el tercer nivel dentro del proceso del conocimiento, el momento epistémico, permite llevar a cabo la reflexión sobre los temas que pretendemos abordar; logrando con lo anterior obtener el conocimiento del conocimiento. Lo anterior lo respalda el Dr. Juan de Dios González Ibarra dentro de su obra Epistemología Jurídica, al exponer que

...c) el epistémico que tiene por objeto de reflexión el conocimiento del conocimiento (epistème es saber o conocimiento potenciado, distinto de logos, conocimiento, palabra o estudio), no es con la sola razón sino con algo más llamado espíritu, esta clase de conocimiento potenciado ya no es el mismo o mejor expresado

*constituye el saber de los conocimientos, ciencia de la ciencia, teoría o filosofía.*⁴⁶

En este orden de ideas, es necesario recordar que el conocimiento epistémico es una constante dentro de nuestras vidas, cabe tan sólo reflexionar el hecho de que en todo momento debemos saber a dónde queremos llegar, para saber qué camino es el que debemos tomar, ya que sin lo anterior sería imposible el solo hecho de pensar estar “extraviado”.

Lo anterior traducido a la elaboración de investigaciones en todas las áreas del conocimiento, conlleva a la necesidad de tener en cuenta la elaboración de una guía que nos llevará de la mano a lo largo de todo el desarrollo de nuestra investigación, además de tener presente cual es el objeto de estudio que deseamos vislumbrar al finalizar nuestra investigación.

De lo escrito en el párrafo que antecede, podemos mencionar que la importancia de la epistemología consiste justamente en eso, es decir, en lo relativo a la creación de investigaciones formalizadas en las que se logre el desarrollo del quehacer científico, por medio de la creación de conocimientos nuevos, así como de igual forma en casos precisos de la afirmación de conocimientos existentes desde diversas perspectivas. Como lo menciona el Dr. Juan de Dios al exponer que

⁴⁶ González Ibarra, Juan de Dios, *Epistemología Jurídica*, Porrúa, México, 2001, p. 24.

...el estudio de la epistemología o teoría del conocimiento, es una forma del saber que puede impulsar el desarrollo científico y académico en nuestros países. Conforme su utilidad la epistemología como recurso docente e investigativo, empieza de manera tardía a divulgarse entre los integrantes de nuestra comunidad científica universal.⁴⁷

Es por lo expuesto que podemos establecer que la presente investigación busca desentrañar el sentido final de la prisión preventiva en los delitos cometidos por adolescentes; toda vez que no únicamente nos quedaremos con la idea sancionadora del derecho penal, ni tampoco con la facultad coercitiva del Estado; sino que buscaremos el verdadero sentido de la prisión preventiva en el caso de los adolescentes.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 20.

CAPÍTULO II

HISTORIA DEL DERECHO PENAL EN ADOLESCENTES

Introducción; En la época precolombina; Época Colonial; México Independiente; Estudio de diversa codificación en materia penal de adolescentes.

2.1 INTRODUCCIÓN

Como todos los trabajos de investigación, se requiere un marco histórico, que sirva de referencia para observar cuales son las características que ha tenido la institución jurídica que estamos estudiando a lo largo del tiempo; esto con la finalidad de comprender el ¿por qué? de su forma actual.

En este tenor de ideas me permito citar las palabras de la Maestra Celia Blanco Escandón, al indicar sobre el estudio de la historia en materia penal y en especial en lo que se relaciona con el estudio de los adolescentes lo siguiente:

Hacer una historia del derecho penal no es fácil, pero hacer una del derecho de menores mucho menos, ya que sigue un camino paralelo con la primera, ocasionando confusión y en consecuencia, las fuentes de información y la bibliografía resultan alarmantemente escasas e inactuales. El derecho penal y el de menores son en

*definitiva un producto social de cuyo nacimiento y evolución nos informan los diferentes periodos de su desarrollo histórico [...]*⁴⁸

Es por ello que a lo largo del presente capítulo se describirá de manera secuencial como se ha desarrollado el derecho penal en materia de adolescentes en nuestro país; esto a fin de comprender de manera clara y precisa cuales son los avances y retrocesos que dicha institución ha tenido a lo largo de los tiempos.

2.1.1. EN LA ÉPOCA PRECOLOMBINA

Retroceder el tiempo al periodo anterior de la llegada de los conquistadores españoles, no resulta un trabajo fácil; debido a que la información con que se cuenta de este periodo a pesar de no ser tan escasa, no permite establecer de manera clara las características de las instituciones jurídicas durante este periodo.

Sin embargo es de resaltar que en concordancia de lo establecido por los estudiosos de la materia, podemos afirmar que el sistema penal precortesiano se encontraba íntimamente unido con el aspecto religioso y su principal finalidad consistía en resguardar a la sociedad, por lo que su aplicación era sumamente severa, lo que nos permite presumir que no se exceptuaban los menores de la imposición de las pena a quien infringiera el orden social.

⁴⁸ Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores, *Blanco Escandón Celia*, Legislación de Menores Infractores, UNAM, IJJ, p. 85.

En este tenor de ideas, resulta pertinente citar al maestro George Vaillant, quien afirma que:

*[...] la Ley azteca era brutal. De hecho, desde la infancia el individuo seguía una conducta social correcta; el que violaba la ley sufría severas consecuencias.*⁴⁹

Es de hacer notar que dentro del sistema de justicia penal de los aztecas las infracciones se juzgaban de acuerdo a su gravedad; esto es, las infracciones de menor gravedad eran juzgadas por jueces de menor nivel jerárquico, mientras que aquellas infracciones en las que la conducta podría ser considerada como grave, se encargaban de imponer la pena un tribunal que se integraba por jueces, teniendo presente que esta función era emanada directamente por el rey, quien era el encargado directo de la función de juzgar las conductas.

Por lo que respecta al pueblo maya la situación no era muy diferente, aun y cuando denotaba características que los hacían notar de diferente grado de magnitud; lo anterior lo podemos establecer en la siguiente cita:

Durante el período previo a la conquista española, según los datos encontrados se dice que “el castigo de la delincuencia había alcanzado ya en América un sentido de defensa colectivo. Por ello los hechos que más afectaban la seguridad,

⁴⁹ Vaillant, George, *La civilización azteca*, 2ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 157.

la integridad y el progreso del conglomerado social eran los castigados con mayor dureza. El derecho penal propendía a la punición del acto, el cual más que dañar al individuo perjudicaba al grupo social.”

Ya existía en esta época lo que se podría llamar una tipificación de distintas infracciones, así se tiene conocimiento que “se consideraba casi en todo el continente infracciones capitales, el homicidio, el hurto, el adulterio y cualquier desacato contra la autoridad o la religión. La falta de honorabilidad de los miembros del gobierno era reprimida generalmente con pena de muerte, para escarmiento de la colectividad y de los otros funcionarios... los quichés sancionaron también severamente los delitos contra la organización social, el robo y el asesinato, y hasta la mentira y la calumnia, así como los delitos religiosos y a los sacerdotes que daban malos ejemplos”. Además de ello se penalizaron la revelación de secretos de guerra, la traición a otra persona, la violación a mujeres o incluso la tentativa, así como el incendio de una casa. En este punto cabe mencionar que se hacía diferencia entre infracciones leves o graves y que consideraban la reincidencia para efecto de graduar las penas.

El sistema de autoridades se basaba, según información que data de 1690, en base a un sistema bien establecido de méritos y no por privilegio, pues “para llegar a la corona, así los primogénitos de los reyes como los señores de la sangre

Tulteca de Tanub, y para los demás oficios políticos y militares en que habían de optar los caciques” los candidatos tenían que haber desempeñado distintas funciones dentro de los pueblos o ciudades, empezando por las tareas más pequeñas hasta llegar a las más complejas y que se encontraban en los cargos más altos; ello hacía suponer en estas autoridades un nivel elevado de experiencia y capacidad, pero que a la vez hacía más grave el reproche contra las mismas si llegaban a cometer delitos.

Por esa razón se concibió un régimen especial tanto en lo relativo a determinación de delitos como de penas cuando de reyes o principales se trataba, sancionando en estos casos generalmente con la destitución, la que era llevada a cabo por el concejo de ancianos o los ahaguaes del reino que eran los encargados de la fiscalización sobre aquellas dignidades, además en algunos casos podía imponerse la prohibición de conservar sus riquezas o incluso la pena de muerte.

En cuanto a lo que es ya propiamente la administración de justicia penal, Guier Esquivel afirma que “la justicia se administraba en el istmo centroamericano, más o menos conforme a las normas quichés, por jueces aristócratas nombrados por el soberano, los cuales eran inamovibles mientras desempeñaban sus funciones en armonía con las buenas costumbres. Si prevaricaban eran castigados fuertemente y suspendidos en su ministerio por el resto de su

vida. Conocían en todos los asuntos que se presentaran en sus jurisdicciones, salvo aquellos que por ser de mucha trascendencia incumbía resolverlos al cacique” (el resaltado es iniciativa de la sustentante)

Es importante citar también lo consignado en una carta que con fecha del uno de febrero del año 1571 fue dirigida al rey de España por siete caciques y principales del pueblo de “Santiago de Atitlán” en la cual éstos hicieron constar aspectos relacionados con su organización y forma de gobierno, tales como quiénes eran sus autoridades máximas, refiriéndose al “Amactzutuhile” que era un concejo formado por el rey del pueblo junto con otros señores. En dicho documento se relató que dichos señores tenían facultad para juzgar a los delincuentes y que la sentencia que dictaban no permitía ninguna apelación por el hecho de venir del “Señor y Rey de este dicho pueblo.”

En el tema de sanciones, se aplicaron “penas corporales (muerte tormento, esclavitud, trabajos forzados y quizá prisión), penas morales o infamantes y penas pecuniarias como la multa y la indemnización del daño... Los quichés... tenían en una gran ciudad tres prisiones de madera con rejas donde mantenían sujetos por collares al cuello a los presos que se les seguían juicio y a los vagos ambulantes”. Es importante hacer notar algunos aspectos especiales sobre el sistema de punición, tales como el que la reincidencia determinara cada vez una pena más grave, que la pena de

muerte tenía como accesorias otras penas (secuestro de bienes y esclavitud para los deudos del ajusticiado) y que el intento de violación se castigaba con esclavitud a disposición de la ofendida. Respecto a la aplicación de las penas y a la finalidad que se perseguía con ello, “proporcionaban las penas a la gravedad de las culpas. Y en fin, aunque excediesen en el rigor, se conoce que procuraban que no hubiese delitos en sus repúblicas (el resaltado es iniciativa de la sustentante).⁵⁰

Con respecto a la severidad de las penas establecidas en el sistema de justicia penal azteca, podemos citar que:

El derecho penal mexicano [de los mexicas] es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política. El sistema penal era casi draconiano.⁵¹

Lo anterior se indica debido a las penas que se imponían a los pobladores aztecas por sus autoridades, tales como la lapidación, la amputación de miembros corporales y en especial aquellas que concluían con la pena de muerte.

⁵⁰ Cfr. http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6801.pdf consultada el 05 de noviembre de 2013 a las 14:47 hrs.

⁵¹ Kohler, según cita de Raúl Carranca y Rivas, *Derecho penitenciario (Cárcel y penas en México)*, 3ª edición, México, Porrúa, 1986, p. 12.

2.1.2. ÉPOCA COLONIAL

Es menester señalar que el primer antecedente de esta época que podemos encontrar en que se hace alusión a los delitos cometidos por adolescentes, corresponde a las “Siete Partidas”, emitido por Alfonso X, que establecía entre otras cosas⁵²:

1. Un sistema de irresponsabilidad total para los menores de diez años
2. La creación de cierto nivel de responsabilidad para los menores de diez a diecisiete años
3. Con la salvedad de que en ningún caso se podría aplicar pena de muerte a niños menores de diecisiete años

Sin mayores datos sobre esta época, es conveniente resaltar que la legislación de la época quedaba muy lejana de ser científica, lo que conlleva a un atraso importante en la forma en que evolucionaban las diversas áreas jurídicas, pero en especial la perteneciente al derecho penal.

2.1.3. MÉXICO INDEPENDIENTE

El primer adelanto significativo con referencia al periodo anterior, es que se excluye de manera total de responsabilidad a los menores de diez

⁵² Cfr. Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores, *Blanco Escandón Celia*, Legislación de Menores Infractores, UNAM, IJ.

años y medio, y de esta edad hasta cumplir los dieciocho años les eran aplicadas penas de carácter correccional.

En este tenor de ideas me permito citar las palabras del maestro Héctor Solís quien menciona:

En 1871, inspirado en la Doctrina Clásica, se publicó el Código Penal estableciendo la edad y el discernimiento como bases para definir la responsabilidad de los menores, declarando exento de responsabilidad al menor hasta los nueve años de edad; de los nueve a los catorce años estaban sujetos a dictamen pericial, hablándose de inimputabilidad condicionada a la prueba de discernimiento; y de catorce a dieciocho años se les consideraba con plena responsabilidad.⁵³

En este tenor de ideas, podemos percatarnos del nivel de subjetividad que alcanzaba el código en mención para su aplicación; toda vez que la terminología “discernimiento”; resaltaba por demás difícil para su aplicación en la realidad social; con respecto al tema que venimos comentando, los maestros José Ángel Ceniceros y Luis Garrido establecen sobre dicho criterio lo siguiente:

[...] abandonado por estéril actualmente por la ciencia penal actual, a la que no interesa el grado de inteligencia del menor que delinque,

⁵³ Solís Quiroga, Héctor, *Justicia de menores*, 2ª edición, México, Porrúa, 1910, pp. 29-40.

*sino precisar cuál es el tratamiento adecuado para rehabilitarlo moralmente.*⁵⁴

Ahora bien, con lo que respecta a la época en gobernó el general Porfirio Díaz, resulta importante resaltar que en lo que correspondía a los adolescentes de las legislaciones penales vigentes en aquel periodo, se les enviaba a la Cárcel General de Belén, creando durante este tiempo la institución denominada “Escuela Correccional”, sitio en el que se llevaba cabo tanto la detención privativa como el cumplimiento de las condenas que les fueren impuestas por los jueces.

Importante avance se observa hacia el año de 1908 en el cual se hace el primer intento en nuestro país porque sean jueces exclusivos del estudio de los adolescentes quienes los juzguen; sobre este acontecimiento el maestro Héctor Solís nos menciona:

*En 1908, dado el éxito del juez paternal en Nueva York, una persona siempre preocupada por el bienestar de los jóvenes, el licenciado Antonio Ramos Pedrueza, sugirió a Ramón Corral, secretario de Gobernación, crear los jueces paternos destinados exclusivamente a conocer los actos ilegales cometidos por el menor de edad, abandonando el criterio del discernimiento.*⁵⁵

En 1912, los licenciados Miguel S. Macedo y Victoriano Pimentel, al dictaminar acerca de la iniciativa de 1908, recomendaron el

⁵⁴ Ceniceros, José Ángel y Garrido, Luis, *La delincuencia infantil en México*, México, Botas, 1936, p. 18.

⁵⁵ Solís Quiroga, Héctor, *Justicia óp. cit.*, pp. 30.

establecimiento de una institución para sustraer a los menores de la represión penal y someterlos a la tutela moral de la sociedad, proponiendo una reforma al Código Penal de 1871, pero conservando el criterio de discernimiento relacionado con la edad en cuanto a responsabilidad de los menores y de terminando excluir a los niños entre nueve y catorce años, a menos que el acusador pudiera probar que se actuó con conocimiento de que se obraba mal al cometer el delito y la pena era entre un medio y dos tercios menor a la que correspondía a los adultos. Al cumplir la mayoría de dieciocho años, pasaba a la prisión con los adultos si no había cumplido su condena.

Sin embargo, la necesidad imperiosa de fundar un Tribunal para Menores seguía latente y fue puesta de manifiesto ese mismo año en el Primer Congreso Mexicano del Niño, para que, en 1920 se formulara un proyecto de reforma a la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito Federal; proponiéndose la creación de un Tribunal Protector del Hogar y de la Infancia que buscara cuidar el orden de las familias y los derechos de los niños. Un año después, en el Congreso Internacional del Niño, se trató nuevamente la necesidad de proteger a la infancia y de fundar tribunales infantiles.

Finalmente, en el año de 1923, el estado de San Luis Potosí logra fundar el primer Tribunal para Menores de la República Mexicana.⁵⁶

⁵⁶ *Cfr.* Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores, *Blanco Escandón Celia*, Legislación de Menores Infractores, UNAM, IJ.

2.1.3.1. ESTUDIO DE DIVERSA CODIFICACIÓN EN MATERIA PENAL DE ADOLESCENTES

Para la elaboración del presente apartado y debido a la importancia que el mismo representa dentro del capítulo que no encontramos abordando, me permito tomar las palabras de la maestra Celia Blanco Escandón que nos expone en el siguiente tenor de ideas:

En 1924 se fundó la primera Junta Federal de Protección a la Infancia, aunque, se desconoce su actuación, y no es hasta el año de 1926 cuando se formula el primer proyecto para la fundación de un Tribunal Administrativo para Menores a iniciativa de los señores: doctor Roberto Solís Quiroga, profesora Guadalupe Zúñiga de González y profesor Salvador M. Lima, integrándolo ellos mismos; y se expide a la vez, el Reglamento para Calificación de los Infractores Menores de edad en el Distrito Federal, de donde nació la iniciativa para la creación de un Tribunal para Menores que se hizo realidad el 9 de junio de 1928 con la Ley sobre Prevención Social de la Delincuencia Infantil también conocida como Ley Villa Michel por haber sido precisamente el licenciado Primo Villa Michel, quien fungía como Secretario General del Distrito Federal, el que la formulara.

En este documento se determinaba que los menores de quince años no contraían responsabilidad criminal por infracciones a las

leyes penales⁵⁷, no debiendo ser perseguidos criminalmente ni sometidos a proceso ante las autoridades judiciales, quedando bajo la protección directa del Estado, el cual, previo estudio del menor y la observación del mismo, dictaría las medidas conducentes a encauzar la educación de los menores para alejarlos de la delincuencia, quedando la patria potestad y su ejercicio, sujetos a las modalidades dictadas por el poder público.

Es evidente el avance que en materia de legislación de menores representa esta Ley y es justo el calificativo que le otorga el doctor Sergio García Ramírez al referirse a ella como: la precursora y notable Ley Villa Michel.

Más tarde, en los códigos Penal y de Procedimientos, se estableció que los Tribunales para Menores quedarían incorporados a la legislación penal de 1929: El Código Penal de 1929 declaró al menor socialmente responsable para poder someterlo a un tratamiento educativo por medio del Tribunal para Menores que al efecto fue investido de facultades para imponer sanciones especiales, tales como reclusión en establecimientos de educación correccional, colonias agrícolas, libertad vigilada y otras análogas⁵⁸, y, finalmente, se promulgó el Código Penal de

⁵⁷ Como es de observarse ya se denota una delimitación del actuar de la autoridad con base en la edad en que deben ser juzgados los menores que irrumpen el orden social; lo anterior encuentra su fundamento como ha sido comentario a lo largo del presente trabajo de investigación, debido a su falta de percepción de las consecuencias de su actuar, es decir, no cuentan con una libertad de voluntad en su actuar, lo que los hace susceptibles de ser sujetos de presiones y motivaciones mal encaminadas.

⁵⁸ Resulta importante destacar que en el caso de la ley que se comenta, la educación reflejó un factor de suma importancia a fin de lograr una verdadera reincorporación de los menores en la sociedad a la que pertenecen; esto es, por medio de actividades de carácter educacional, se logra reincorporar de nueva cuenta a los

1931 que borró graves errores consumados por aquél. Suprime la aplicación de sanciones a los menores, señalando claramente que esas medidas eran tutelares, con fines orientadores y educativos ampliando éstas a los menores de dieciocho años que cometían infracciones a las leyes penales.

Hasta el año de 1931, los Tribunales para Menores y las Casas de Tratamiento dependieron del gobierno local del Distrito Federal, pero debido a su mal funcionamiento, a partir de 1932 pasaron al Departamento de Prevención Social de la Secretaría de Gobernación.

El 23 de agosto de 1934, entró en vigor el Código Federal de Procedimientos Penales redactado por el licenciado Francisco González de la Vega, Telésforo Ocampo y Ezequiel Burque, indicando la formación de un Tribunal para Menores en cada una de las capitales de los estados de la República y en los lugares donde haya un juez de distrito. Ese mismo año, se expidió el primer Reglamento de los Tribunales para Menores y sus Instituciones Auxiliares, que fue sustituido por otro en 1939.

En 1936 aparece la Comisión Instaladora de los Tribunales para Menores integrada por el doctor Héctor Solís Quiroga, el licenciado Fernando Ortega y la profesora Bertha Navarro, que

menores que hayan cometido una falta a la sociedad, con la idea firme de que es sólo la educación el camino para lograr obtener como producto final, ciudadanos que coadyuven con el desarrollo del país y por ende se queden fuera de cualquier estereotipo la comisión de acciones de carácter ilícito.

procuraron la creación de institución en todo el país, fundando los Tribunales para Menores en Toluca, Puebla, Durango y Chihuahua.

El 22 de abril de 1941, se promulgó la Ley Orgánica y Normas del procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares, para conocer de todos los casos de menores que incurrierán en infracciones señaladas como delitos en el Código penal, y como instituciones auxiliares se establecieron el Centro de Observación e Investigaciones, las Casas Hogar, las Escuelas Correccionales, las Escuelas Industriales, las Escuelas de Orientación y los Reformatorios para Anormales. Esta Ley prohibía castigos a base de maltrato y establecía para los estudios de los menores una Sección de Investigaciones y Protección, una Sección Pedagógica, una Sección Médica y Psicológica, una Sección de Paidografía y un Departamento de Prevención Tutelar, con funciones de Policía Tutelar.

En el año de 1964 el Congreso de la Unión recibió la iniciativa presidencial de reformas al artículo 18 constitucional, publicada en febrero de 1965: la federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de adolescentes.

Es importante señalar, que antes de la introducción de esta reforma en el artículo 18, no existía en la Constitución ningún

principio que pudiera justificar la intervención estatal en la esfera jurídica de los adolescentes.

El 26 de diciembre de 1973 se promulgó la Ley que crea al Consejo Tutelar para Adolescentes del Distrito Federal, y se publicó en el Diario Oficial del 2 de agosto de 1974, siendo reformada el 23 de diciembre del mismo año, para adaptarla a las reformas del artículo 43 de la Constitución, suprimiendo los Territorios Federales.

Al doctor Héctor Solís Quiroga, hasta entonces director general de los Tribunales para Menores, le tocó fungir como el primer presidente del Consejo Tutelar. Después de esto, la mayoría de los estados de la República han ido organizando instituciones hechas a semejanza del Consejo Tutelar para Adolescentes del Distrito Federal.

Con el nacimiento de los Consejos Tutelares, se comprueba el hecho de que actualmente por lo menos, se aspira a arrancar por completo del área penal a los menores y a someterlos a medidas puramente tutelares y educativas.

El cambio de denominación de los órganos juzgadores, de Tribunales para Menores a Consejos Tutelares, introduce una ventaja benéfica. Ahí queda en claro la misión protectora, paterna, de estos órganos, más, mucho más, que su pretensión jurisdiccional.

El espíritu que anima hoy las instituciones preventivas y de readaptación concernientes a la delincuencia de menores, es el de tutela y de corrección y de ninguna manera el de castigo retributivo, pues el carácter moral de los jóvenes que se recluyen en los reformatorios, sólo es posible formarlo merced a métodos de vida y disciplina que no rebajen la dignidad, sino que por el contrario, reformen la conciencia individual sobre bases de estimación colectiva.

Finalmente, en respuesta a las constantes críticas sobre el desamparo que provocaba el excesivo paternalismo de la Ley que crea al Consejo Tutelar de 1974 al permitir una absoluta desprotección de derechos procesales básicos, y de conformidad con una postura garantista, aparece la Ley del Consejo de Menores vigente de 1991. A diferencia de su antecesora, la normatividad vigente incorpora algunos conceptos novedosos: aparece por ejemplo, la figura del defensor; sustituye el término readaptación social por el de adaptación social; incluye directrices y principios derivados de la criminología moderna; elimina el concepto de peligrosidad futura y la facultad de intervenir cuando los menores se encuentran en estado de peligro o estado de riesgo ya sea para ellos, para su familia o la sociedad sin que hayan cometido una conducta que se adecue a un tipo penal.⁵⁹

⁵⁹ Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores, *Blanco Escandón Celia*, Legislación de Menores Infractores, UNAM, IJJ, pp. 105-108.

En términos generales, es de hacer notar que las políticas públicas encaminadas al tratamiento de adolescentes han sido una constante que obedece a la necesidad de lograr figuras normativas que solventen la reinserción de los adolescentes.

Como se puede observar la evolución legislativa en materia de adolescentes ha sido ardua, en búsqueda de las mejores herramientas que permitan una verdadera reinserción de éstos a la normalidad en la sociedad; es de resaltar que a diferencia de los mayores de edad que infringen la ley penal, a ellos se les ha buscado otorgar los mecanismos a modo de lograr que esas conductas dañinas realizadas sean corregidas, permitiendo además que sean moldeados para servir dentro de la sociedad mexicana.

CAPÍTULO III

LEY NACIONAL DEL SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES EN MÉXICO

Introducción; El Código de Hammurabi, Las Leyes de Manu, La justicia de los adolescentes y los tratados internacionales, Principales técnicas sobre la Justicia penal para adolescentes, Principios para el sistema de justicia para adolescentes, procedimiento del sistema de justicia para adolescentes; Las medidas cautelares para los adolescentes; Reflexión sobre la necesidad del tratamiento de la presente tesis de investigación

3.1 INTRODUCCIÓN

Una vez que se ha llevado a cabo el estudio y análisis de los diversos conceptos que ocupamos en el presente trabajo de investigación, así como de la evolución de la institución que estamos tratando por medio del estudio cronológico; es momento de dar inicio con un estudio sobre la forma en que la actualidad es tratado el tema de los adolescentes dentro del Estado de derecho mexicano.

Para esto me permite señalar cuáles son las legislaciones que hacen mención de estos conceptos y la forma en que son tratados.

Resulta viable señalar que con la reforma en materia de derechos humanos vigente en nuestra Constitución, la persecución y castigo de los actos cometidos por los adolescentes deben ser calificados bajo un sistema eminentemente convencional en beneficio de la protección

directa de sus derechos humanos, temas que son analizados en el presente apartado.

3.1.1. EL CODIGO DE HAMMURABI

El **Código de HAMMURABI** que constituye el primer código conocido de la historia **no contiene** consideraciones sobre los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Las **Leyes de Manú** es un texto importante de la sociedad antigua de la India, en el que se indicaba **si los niños cometían una falta se les podía golpear con una cuerda o atarlos con cuerdas.**

En la **Antigua Grecia** se **castigaba** a los niños que cometían un **homicidio accidental**

En **Siria y Persia** los **hijos** de los delincuentes **adoptaban la responsabilidad** del delito cometidos por sus padres.

En **Egipto** los hijos de los delincuentes condenados a trabajar en las minas deberían realizar esta labor junto con ellos.

3.1.2 EL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD

El derecho comprendido como esa unión de normas que dan lugar a la organización de un orden social, no puede entenderse como una forma de aislada sólo al interior de los Estados , si no que para su mayor efectividad necesita traspasar lo que denominados “fronteras” a fin de lograr integrar un orden social general dentro de todas las poblaciones existentes.

Bajo este tenor de ideas, se requiere que el *jus gentium*, como fue denominado originalmente el Derecho internacional Público, se adaptará a la realidad social de los diversos Estados a fin de lograr una convivencia viable entre éstos; con base en lo anterior, podemos tomar la definición que el maestro Podestá Costa al establecer que:

*...el derecho internacional público es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones de los Estados entre si y también la de estos con ciertas entidades que sin ser estados poseen personalidad jurídica internacional. Además el derecho internacional comprende las normas jurídicas que rigen el funcionamiento de las organizaciones internacionales y sus relaciones entre sí.*⁶⁰

Ahora bien, es menester señalar que el autor en mención hace una buena referencia al indicar únicamente a las normas jurídicas como aquellas que rigen dentro del sistema internacional, toda vez que las demás reglas (morales, diplomáticas, etc.) que rigen dentro del denominado derecho internacional, no tiene fuerza coercitiva dentro del mundo jurídico, por lo cual no pueden ser consideradas para su aplicación en el mundo del denominado derecho internacional.

Pero en este orden de ideas, la pregunta a responder sería ¿de dónde surgen o cuáles son las fuentes del derecho internacional?, a fin de

⁶⁰ Podestá Cruz Ruda, *Derecho internacional público*, Argentina, Tipografía, 1985, p. 3.

responder estas preguntas debemos tener presente cuales son los organismos y las legislaciones que a nivel internacional, han regido y rigen dentro de la gran gama del derecho internacional.

En primer término podemos hacer referencia al Estatuto de la Corte Internacional del año de 1945, dentro de la cual encontramos el mayor número de máximas aplicables al marco jurídico internacional, además de reconocer dentro de su Estatuto de manera explícita las siguientes fuentes del derecho internacional:

Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

*a. las **convenciones internacionales**, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*

*b. la **costumbre internacional** como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*

*c. los **principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas**⁶¹;*

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

⁶¹ Cabe hacer mención que para los efectos de este apartado, serán consideradas como naciones civilizadas, todas aquellas que guarden un estado comparable de desarrollo.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.

Cabe hacer mención en este apartado lo que nos explica el maestro Roberto Núñez para comprender mejor lo que es un Tratado o Convención Internacional, lo cual no indica en las siguientes palabras:

... los tratados o convenciones internacionales, son expresiones de voluntad por parte de los Estados para establecer normas, las cuales deben sujetarse al ejercicio de sus derechos y obligaciones. Ambos forman la fuente más importante del Derecho Internacional, ya que a través de ellos se regula con toda precisión el alcance la norma.⁶²

Por otro lado debemos de considerar a la Convención de Viena, que cuenta con varios principios que deben regir del ámbito del derecho internacional y que para efectos del presente escrito serán analizados a lo largo de las siguientes líneas; a fin de lo anterior, daremos inicio con la mención del artículo 53, dentro del cual se hace mención al principio *ius cogens*, dentro del cual se establece la falta de validez de un tratado o convención, siempre que éste fuere contrario a una norma de carácter imperativo en el ámbito de derecho internacional, y que a la letra indica:

⁶² Roberto Núñez y Escalante, *Compendio de Derecho Internacional Público*, México, Orion, 1970, p. 144.

Artículo 53

Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens)

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Bajo este tenor de ideas, es pertinente hacer mención que dentro de su numeral 26 establece lo siguiente:

Artículo 26

Pacta sunt servanda

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Siendo justamente este artículo donde se encuentra el principio *pacta sunt servanda*, consistente básicamente en una locución latina, que puede ser comprendida como “lo pactado debe ser cumplido”; es decir y aplicado al ámbito de derecho internacional, es el principio fundamental por el cual los Estados se encuentran obligados a cumplir los pactos que de buena fe, firmaron y se comprometieron a cumplir.

Con base en lo anterior, es que podemos hacer referencia a la idea de que los Estados no pueden ni deben invocar el derecho interno a fin de no dar cumplimiento o excusarse de la aplicación a lo pactado dentro de un tratado internacional; siendo justamente aquí donde encuentra su columna vertebral la supremacía del derecho convencional sobre el derecho interno de los Estados, resaltando que esto no afecta en ninguna medida la soberanía que le es propia a cada uno de los Estados que forman parte de los Tratados o Convenciones Internacionales de los que pudieran formar parte.

Bajo este tenor de ideas, resulta pertinente establecer que el maestro Sorensen, menciona que:

...el principio pacta sunt servanda, constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional positivo, siendo éste un factor de dominio en el sistema político-económico actual.⁶³

Es menester resaltar que este principio no encuentra fuerza de aplicación con relación a terceros que no han otorgado su consentimiento en la firma del Tratado o Convenciones de la que se pudiere llegar a hacer mención.

⁶³ Max Sorensen, *Manual de ... op. cit.*, p. 158.

Ahora bien, una vez realizado el análisis anterior, es momento de hacer mención de varias teorías, que explican el fundamento del derecho internacional y su aplicación en los sistemas jurídicos internos de cada Estado.

En primer término mencionaremos la denominada “Teoría de la autolimitación”, cuyo autor es George Jellinek y de acuerdo a la que el Estado puede obligarse así mismo a tomar en cuenta la obligatoriedad de la norma de derecho internacional; es decir, el Estado se auto limita en la aplicación de su derecho interno siempre que sea indispensable para la salvaguarda del orden social, la aplicación de una norma de carácter internacional.⁶⁴

Es decir, se basa en el concepto de soberanía como facultad de determinarse por el mismo exclusivamente, la autolimitación del poder del Estado, no obligado jurídicamente por poderes extraños para instituir un orden dado sobre la base del cual solamente la actividad del Estado adquiere su carácter jurídico, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a este la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo.

Ahora bien, resulta pertinente tener presente que la soberanía es un concepto jurídico, en consecuencia sería un desconocimiento de la evolución histórica de la doctrina de la soberanía considerar el poder soberano como situado sobre el derecho.

⁶⁴ James Brown Scott, *Tratado de derecho internacional público*, USA, 1927, p. 139.

Para que haya derecho, solo será necesario que existan garantías que dan validez a este derecho, pero no es preciso que estas procedan de la voluntad del Estado, no es el Estado particular el que está en condiciones de crear el contenido de las normas del Derecho Internacional, contrayendo la obligación de respetar y cumplir los pactos internacionales que suscriba libremente con el resto de Estados.

No hay razonamiento capaz de explicar cómo es posible que un acto que depende exclusivamente de la voluntad independiente de un Estado, no pueda ser destruido por la misma; si es sola voluntad de los Estados la creadora de las reglas de Derecho Internacional, esa voluntad, aunque se auto límite, puede liberarse de lo que creó.

Y si hay principio o circunstancias que obliguen a los Estados a cumplir lo que pactaron al autolimitarse, entonces la fuente obligatoria de tales pactos no reside en la voluntad de los Estados sino en esos principios y circunstancias superiores a ella. No es suficientemente sólida para justificar científicamente la validez de nuestra disciplina y por otra parte, su aceptación conduciría a reconocer apriorísticamente una construcción dualista del universo jurídico-positivo en el discutido problema de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno.

Por otra parte se encuentra la Teoría surgida en el año de 1920, encabezada con por el Teórico Wenzel, el cual plantea que la Constitución confiere al Estado el permiso de establecer acuerdos de

carácter internacional; por lo cual se establece la existencia de un sistema de organización interno que implica que la obligatoriedad de las normas de derecho internacional encuentra su fundamento justamente en este orden interno; es decir, la obligatoriedad de las normas internacionales, encuentra su fundamento en el conjunto de leyes de carácter interno existente dentro de cada Estado.

En este tenor de ideas, es de hacer notar que la el derecho convencional ha venido dando una nueva visión a los estudiosos del derecho con relación a la aplicación de las leyes a nivel local; lo que no resulta ajeno a nuestro sistema jurídico, dentro del cual ya hemos tenido la experiencia como en los casos de “Rosendo Radilla” e “Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú”; dentro del primero de ellos con respecto a la consulta del expediente varios 912/2010, donde se llegó a la conclusión de un pronunciamiento parcial sobre los alcances de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana, así como el reconocimiento en grado de primacía de los Derecho Humanos consagrados en la Convención Americana; ahora bien en lo que respecta al segundo de los casos en mención cabe destacar que el primero de octubre del año 2010, la Corte interamericana emitió sentencia condenatoria en contra del Estado Mexicano, como consecuencia de las violaciones y actos de tortura cometidas en contra de las indígenas Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, por elementos de ejército mexicano.⁶⁵

⁶⁵ Cfr. Del Rosario Rodríguez Marcos, *De la supremacía constitucional a la supremacía de convencionalidad. La nueva conformación del bloque de constitucionalidad en México*, Quid Iuris, Tribunal Estatal de Chihuahua, México, 2013, pp. 113-116.

En conclusión podemos establecer que el derecho convencional no intenta desfasar la importancia del derecho local, sino que más allá de eso viene a fortalecer la viabilidad de los sistemas jurídicos estatales; señalando que éstos son justamente los que se obligan de manera voluntaria a la aplicación de éste derecho. Es decir, la soberanía interna es la que otorga o no fuerza a los Tratados y Convenciones internacionales para la aplicación dentro del derecho interno, siempre que esto sea en beneficio de los gobernados; es justamente este punto el que viene a dar centro de estudio al siguiente punto que se comentara dentro de las siguiente líneas y que podríamos denominar como “Del control de Convencionalidad desde lo local”.

El control de convencionalidad no sólo ha sido aplicado y reconocido por tribunales ordinarios, sino que a nivel estatal, algunas constituciones locales han comenzado a reconocer dentro de sus marcos constitucionales la primacía de los tratados internacionales, en especial de la convención, a través de la obligación que posee todo juez de conservar y salvaguardar la integridad de los derechos humanos de las personas, es decir, mantener la hegemonía del principio pro persona.

Marcos del Rocío Rodríguez

La Constitución Federal puede ser descrita como el máximo ordenamiento jurídico que rige dentro de un territorio determinado, toda vez que dentro de él se describen el cúmulo de derechos y garantías

que otorgan a los gobernados; así como la forma en que el Estado se organiza, con la que se da origen a las leyes secundarias que regirán en lo particular cada uno de los supuestos que sucedan dentro del sistema gregario.

Bajo este tenor de ideas, es de resaltar que hasta hace un poco de tiempo, el único de los tres poderes que integran al Estado mexicano podía llevar a cabo el control de la constitucionalidad es el Poder Judicial de la Federación, cuando resuelve y emite resoluciones de los amparos interpuestos contra normas consideradas inconstitucionales, sobre controversias inconstitucionales y las acciones de inconstitucionalidad previstas en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución.

Bajo esta idea es de resaltar que son diversos los casos de países que cuentan con Tribunales especializados en el control de constitucionalidad de los actos de sus autoridades⁶⁶, entre ellos podemos mencionar:

Bolivia: Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de justicia ordinaria, contenciosa y contencioso – administrativa de la República. Tiene su sede en la ciudad de Sucre que se compone por un Presidente y once Ministros distribuidos en tres salas: una civil, una general y otra de asuntos sociales y administrativos, son elegidos por la Cámara de Diputados de

⁶⁶ <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/DPI-ISS-03-05.pdf> consultada el 27 de agosto de 2013.

ternas propuestas por el Senado. En cuanto a la duración del mandato de los ministros, éstos duran en sus funciones diez años, los de las Cortes de Distrito seis y los Jueces de Partido e instrucciones cuatro, siendo permitida su reelección.

Colombia: La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley. Esta dividirá la Corte en salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno.

Los magistrados son nombrados por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura. Son elegidos para períodos individuales de ocho años, no pueden ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso.

Chile: La Corte Suprema se compondrá de veintiún ministros. Sus ministros y los fiscales judiciales serán nombrados por el Presidente de la República, eligiéndolos de una nómina de cinco personas que, en cada caso, propondrá la misma Corte, y con acuerdo del Senado. Este adoptará los respectivos acuerdos por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto. Si el Senado no aprobare la proposición del Presidente de la República, la

Corte Suprema deberá completar la quina proponiendo un nuevo nombre en sustitución del rechazado, repitiéndose el procedimiento hasta que se apruebe un nombramiento.

Cinco de los miembros de la Corte Suprema deberán ser abogados extraños a la administración de justicia, tener a lo menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional o universitaria y cumplir los demás requisitos que señale la ley orgánica constitucional respectiva.

Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes. No obstante lo anterior, los jueces cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad; o por renuncia o incapacidad legal sobreviniente o en caso de ser depuestos de sus destinos, por causa legalmente sentenciada.

Ecuador: Señala como órganos de la Función Judicial: 1. La Corte Suprema de Justicia. 2. Las cortes, tribunales y juzgados que establezcan la Constitución y la ley. 3. El Consejo Nacional de la Judicatura. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no estarán sujetos a período fijo en relación con la duración de sus cargos. Cesarán en sus funciones por las causales determinadas en la Constitución y la ley. Producida una vacante, el pleno de la Corte Suprema de Justicia designará al nuevo magistrado, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, observando los criterios de profesionalidad y de carrera judicial, de conformidad con la

ley. En la designación se escogerá, alternadamente, a profesionales que hayan ejercido la judicatura, la docencia universitaria o permanecido en el libre ejercicio profesional, en este orden.

Francia: Tribunal Superior de Justicia. Está compuesto por miembros elegidos por la Asamblea Nacional y el Senado, en su seno y en igualdad de número, después de cada renovación general o parcial de dichas Cámaras. El Tribunal Superior de Justicia elige su Presidente entre sus miembros.

Una ley orgánica determina la composición del Tribunal Superior de Justicia y sus normas de funcionamiento, así como el procedimiento aplicable ante él.

Guatemala: La Corte Suprema de Justicia se integra con nueve magistrados, incluyendo al Presidente, y se organizará en las cámaras que la ley determine. El Presidente del Organismo Judicial lo es también de la Corte Suprema de Justicia y su autoridad, se extiende a los tribunales de toda la República. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán electos por el Congreso de la República para un período de seis años, así: Cuatro magistrados electos directamente por el Congreso de la República; y Cinco magistrados electos por el Congreso de la República, seleccionados de una nómina de treinta candidatos propuestos por una Comisión de Postulación integrada por cada uno de los decanos de las facultades de derecho o de ciencias jurídicas y sociales de cada universidad del país; un

número equivalente de miembros electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, y un representante del Organismo Judicial nombrado por la Corte Suprema de Justicia.

En las votaciones, tanto para integrar la Comisión de Postulación como para la integración de la nómina de candidatos, no se aceptará representación alguna. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia elegirán entre sus miembros al Presidente de la misma.

Perú: Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica. El Presidente de la Corte Suprema lo es también del Poder Judicial. La Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial.

Venezuela: El Tribunal Supremo de Justicia funcionará en Sala Plena y en Sala Constitucional, Político administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, cuyas integraciones y competencias serán determinadas por su ley orgánica. El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniformidad interpretación y aplicación.

Corea del Sur: La Suprema Corte es la corte de más alto nivel del Estado. Cuando se ve de la constitucionalidad de una ley

dentro de un juicio, la Corte puede recurrir ante la Corte Constitucional, aunque a Suprema Corte tiene la facultad de hacer una revisión final de la constitucionalidad de la legalidad en los decretos en materia administrativa, entre otros.

Ahora bien, en el caso de nuestro país, la aspiración de transición hacia un Estado democrático y apegado a Derecho no debe circunscribirse a fundar sólo un Estado de leyes, como lo proponía el Plan Nacional de Desarrollo propuesto por el entonces Presidente de la República, Ernesto Zedillo Ponce de León; sino que debe de orientarse a consolidar una cultura de respeto a los derechos fundamentales, cuyo origen se encuentra en los ciudadanos y se desarrolla en dirección a la autoridad y no de manera inversa; dicho en otro giro, la democracia y la vigencia de los derechos humanos no se implanta por decreto, sino que es el resultado de una vocación social y de un comportamiento de vida; bajo este tenor de ideas es de destacar que el proyecto democrático de un pueblo, no debe ser concebido únicamente como una moda internacional.

Cita en su obra denominada “El Estado Constitucional”, el maestro Peter Häberle, bajo las siguientes palabras que:

“Hoy se considera a la democracia casi en todo el mundo como quinta esencia de un buen ordenamiento estatal, con lo cual se olvida frecuentemente que se requiere una caracterización más próxima; como democracia con división de poderes, vinculada a los valores, en libertad, pluralista. Con ello, se desechan

todas las formas de democracia “totalitaria”, como en las llamadas democracias populares. ⁶⁷

Por lo dicho, una transición democrática no debe confundirse, con un simple cambio de opción electoral por un partido político o inclusive con la práctica del voto diferenciado entre las diversas opciones políticas, sino que importa una autentica modificación en nuestras instituciones y proyecto cultural, en la que se incluye un replanteamiento de los valores nacionales, a partir de una efectiva función educativa que los mantenga y reproduzca a las nuevas generaciones.

Es oportuno resaltar que, la transición democrática debe estar inmersa dentro de nuestra forma de pensar y actuar, y en este sentido no valen recetas o formas de gobierno implantadas, a fuerza del camino de globalización ó de internacionalización de políticas públicas, como exigencia de organismos internacionales. La democracia, ni se importa ni se exporta, se produce para las condiciones sociales de la comunidad que la exige, y con las características que ella demanda. De acuerdo con ello, además de la función de conservar y reproducir los valores nacionales, a partir del proyecto educativo, este debe de ser, inclusive, un permanente proyecto de innovación social.

La vigencia de los principios democráticos establecidos en nuestro sistema post-revolucionario, sólo puede encontrar cabida en un Estado cuyo rector sea el derecho; en este sentido, la posibilidad de votar y de

⁶⁷ Peter Häberle. El Estado Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 193.

ser votado, el de participar en la representación política del Estado, o inclusive en formas semi-directas de participación política, como lo pueden ser el plebiscito, el referéndum, o la iniciativa popular, solo se presentan plenamente, en una organización guiada por la norma jurídica, que rija a la estructura del gobierno del Estado.

Al respecto el autor Francisco Porrúa Pérez, en su obra “Teoría del Estado”⁶⁸, señala que entre la relación de un Estado y el Derecho, pueden darse cuatro diferentes opciones de relación, a saber:

A.- La de un Estado sin Derecho, en donde se trata solo de un fenómeno de fuerza coercitiva sin legitimidad de carácter normativo.

B.- La de un Estado equiparado al Derecho, que confunde la estructura del Estado con la de la norma jurídica e iguala, de manera indebida, ambos conceptos.

C.- La de un Derecho sin Estado, que representa una mera idealidad normativa, que no tiene cabida en la realidad, puesto que no puede pensarse en la vigencia del Derecho sin que existan instrumentos que hagan efectivas las prescripciones del Estado;

⁶⁸ Porrúa Pérez, Francisco, Teoría del Estado: teoría política, Porrúa, México, 2005.

D.- La de un Estado de Derecho, que no es sino la opción de que el Estado a través de sus autoridades se ajuste a las disposiciones normativas de su interior y que, a juicio del que escribe, debería preferirse la denominación de un Estado con derecho, con relación a la de un Estado de Derecho, puesto que este último concepto, contiene de manera intrínseca una tautología, dado que el Estado técnicamente no puede ser constituido sino por un orden jurídico y tal orden es el que origina al Derecho.

De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, el Estado con Derecho ó también denominado en algunos artículos como el Estado Constitucional, debe de tener, dentro de una sociedad, principalmente, las siguientes funciones:

- a) La organización y legitimación del poder público;
- b) La de otorgar certeza y seguridad jurídica a los gobernados;
- c) La de construir un mecanismo que haga efectivos los derechos fundamentales del gobernado; y
- d) La de garantizar el ejercicio de los derechos políticos del ciudadano.

En esta tesitura, debe destacarse que en la construcción de un Estado apegado a Derecho sobresale la naturaleza y función del Poder Judicial,

puesto que este tiene atribuido la tarea jurisdiccional, esto es, la de aplicación del Derecho a los casos en particular.⁶⁹

De acuerdo con ello, el origen tradicional e histórico del Poder Judicial implica, como característica, el de ser una balanza entre la actividad de los otros poderes, puesto que, tal como lo afirmó Montesquieu en “El Espíritu de las Leyes”, sólo el poder tiene la posibilidad de frenar a otro poder y así, el Poder Judicial dentro de la estructura de un Estado apegado a derecho guarda la función de ser un contrapeso entre las otras actividades del Estado, y así, normativamente hablando, el Poder Judicial es el centro democrático en la estructura del Estado, puesto que se reitera, que si el Estado es un orden jurídicamente organizado, entonces quien tiene como facultad la interpretación e integración de ese orden dentro de un Estado contemporáneo es, precisamente, el Poder Judicial.

La función de tal Poder resulta de trascendencia en el concierto de los otros poderes del Estado, puesto que no podría hablarse de ninguna consolidación democrática, sino a través de la actividad que el Poder Judicial desarrolla; esto es, más allá de los meros procesos electorales que se presentan periódicamente dentro de nuestra sociedad, la exacta y debida aplicación de la norma jurídica a los casos concretos hacen posible que los gobernados y en particular los ciudadanos, tengamos un Estado que garantice nuestro desarrollo político.

⁶⁹ No se pasa por alto que, las funciones del Poder Judicial pueden ser también, materialmente legislativas y ejecutivas, sin embargo, se estima que el título del presente trabajo se refiere a las funciones formales del Poder Judicial y a partir de ello, se resalta su función de carácter jurisdiccional.

Parece oportuno citar, que dentro del desarrollo democrático que implica el Poder Judicial, también debe darse, dentro de un marco de libertad, la opción para los ciudadanos que deseen no participar y ello, también lo garantiza, el Estado Constitucional, tal como lo cita Peter Häberle, al decir:

“En el Estado constitucional es preciso recordar siempre los límites de la democracia. A pesar de que es indispensable la disposición del ciudadano a participar “activamente” como tal, también es legítima la posición del ciudadano no político en el sentido del “sin mí”, del ciudadano que por ejemplo, no acude a votar.” Concluye que, “En el Estado Constitucional la democracia no es la única forma de vida del ser Humano.”⁷⁰

Estoy convencido de que la labor del Poder Judicial es ahora, más que nunca, una labor constructivista, dado que a través de sus sentencias - en la interpretación e integración de las leyes – construye una realidad, que puede ser tan mínima como la de aplicación o interpretación del derecho dentro de un contrato o tan máxima como la de interpretación de una norma constitucional y, así, sus decisiones se presentan en la sociedad con un resultado tangible, puesto que, a través de su función se decide, en última instancia, a nuestros dirigentes – presidentes municipales, gobernadores, e incluso, presidente de la república- así como también en la elección y remoción de nuestros juzgadores.

⁷⁰ Peter Häberle. El Estado ... op. cit.

Por ello se afirma que la naturaleza y función del Poder Judicial ha rebasado su historia, a la manera en que lo dice el autor Jaime F. Cárdenas Gracia, al referir que la política se ha judicializado o que los jueces se han politizado⁷¹, es decir, la labor de los juzgadores ha rebasado el espacio de los tribunales y hoy, se constituyen como piedra angular en el desarrollo político de una sociedad; de ahí la trascendencia de asegurar para ellos su independencia y para el poder judicial, su autonomía.

Los juzgadores en el país, han dejado de ser, los aplicadores de la “letra muerta de la ley”, sino que, con su activismo han iniciado a construir a partir de sus sentencias, el nuevo proyecto de Estado, en donde deberán procurar a través de la prudencia y tolerancia, dar el mejor de los fallos, para el juicio de la historia.

Ahora bien es de considerar que debido a la reforma al artículo 1° constitucional llevada a cabo en el año 2011, en que se transforman a las garantías individuales en derechos humanos, y se establece la obligación para todos los jueces y magistrados judiciales y administrativos de tomar en cuenta por encima de la legislación nacional, lo que dicen los tratados internacionales en esta materia, de acuerdo a principios específicos de interpretación.

⁷¹ Cárdenas Gracia, F. Jaime, “Una Constitución para la democracia”, Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 60.

Se establece además por parte de la Corte la obligación de aplicar este control convencional ex officio al mismo tiempo de dejar de aplicar aquellas normas que se consideren inconstitucionales.

Esto quiere decir que el control difuso de la constitucionalidad adquiere otra dimensión, al extenderse esta obligación a todos los juzgadores, cuestión que antes sólo era materia del Poder Judicial Federal.⁷²

Es menester señalar dentro de este orden de ideas a modo de ejemplificar, que en el caso Rosendo Radilla Pacheco 912/2011, en el que el máximo Tribunal de este país, dispuso que al momento de dirimir controversias judiciales, se debe tomar en consideración al control de la convencionalidad por los funcionarios que ejerzan funciones jurisdiccionales, atento a que con esto no se suponga la declaración de invalidez de normas de carácter general; también, la propia autoridad administrativa debe atender tales principios, lo anterior con la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales de los gobernados.

Ahora bien, es menester señalar que la SCJN resolvió que:

“...los demás jueces (los que no pertenecen al Poder Judicial de la Federación) en los asuntos de su competencia podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones...”

⁷² Cfr. <http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/controldifusoycontrolconvencional.pdf>, consultada el lunes 23 de septiembre de 2013 a las 12:46 hrs.

Señalando que el principio de control difuso de constitucionalidad fue complementado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos en que se extiende el examen de validez no sólo en el marco Constitucional, sino que de igual forma respecto de los Tratados Internacionales, por lo cual y en referencia a los tratados internacionales signados por nuestro país el control de convencionalidad se hace obligatorio.

Lo anterior, lo podemos comprender bajo la idea de que si bien la facultad de invalidar una ley o norma por ser contraria a la Constitución, y ahora también en contra de los Tratados Internacionales, la conserva el Poder Judicial de la Federación; también es de señalar, que en virtud de este principio de control difuso, los jueces locales, e incluso las autoridades administrativas, podrán dejar de aplicar o de observar aquellas normas o leyes que sean contrarias a la Constitución o a los Tratados Internacionales, sin que signifique una declaración de invalidez, como lo hace el Poder Judicial de la Federación.

En este tenor de ideas, me permito establecer que el control de la convencionalidad se encuentra dentro del artículo segundo de la Convención Americana de Derechos Humanos que a la letra indica:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones

legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El énfasis es propio.

Es por lo anterior, que el Estado mexicano tiene la obligación ya no sólo de salvaguardar la constitucionalidad de los actos que emite en sus diversas resoluciones; sino que requiere vigilar la convencionalidad de los actos que emite, toda vez que esto coadyuvara al desarrollo del sistema jurisdiccional interno.

3.1.3 LA JUSTICIA PARA MENORES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

En primer término, hablaremos del máximo ordenamiento legal que rige dentro de nuestro país; es decir, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual dentro del numeral 18 párrafos cuarto, quinto y sexto, por medio de la reforma del año 2005, establece de manera clara las características del sistema integral de justicia para adolescentes.

Ahora bien, antes de iniciar el apartado correspondiente a la justicia de menores en el caso de los adolescentes dentro de la Constitución Federal, se hace importante tener presente como antecedente el

informe emitido por el *ombudsman* mexicano y transcurridos quince años de haberse adoptado la Convención sobre los derechos del niño, los legisladores del congreso de la Unión llevaron a cabo la importante y necesaria reforma constitucional mencionada en el párrafo que antecede.

Para mejor comprensión de lo mencionado en el párrafo anterior, es menester tener presente que las nuevas disposiciones del artículo 18 Constitucional indica que tanto la federación como el distrito federal y los Estados que conforman nuestro país, deben establecer un sistema integral de justicia que garantice el respeto irrestricto de los derechos fundamentales que se encuentran reconocidos dentro de la Carta Magna y que son para todos los individuos que conforman el territorio nacional; limitando su aplicación a los adolescentes que se les atribuya la comisión de conductas tipificadas como delitos, cuyas edades fluctúen entre los 12 años y los 17 años 11 meses 29 días, estableciendo de manera oportuna que aquellos menores de 12 años sólo serán sujetos de rehabilitación y asistencia social.

Siguiendo esta línea de comentarios, resulta viable establecer que la reforma en mención contiene el reconocimiento expreso de diversos derechos fundamentales para los niños y adolescentes, de los que pos cierto nunca estuvieron excluidos, no sólo los que la misma Constitución establece para los adultos.

Bajo este tenor de ideas, resulta importante señalar que diversos estudiosos de la materia, la señalan debido a su importancia y

trascendencia; tal es el caso del maestro Rubén Vasconcelos, quien indica:

La importancia del nuevo contenido del artículo 18 es tanta, que algunos autores sostiene que introduce “un paradigma distinto de atención a la infancia en conflicto con la ley penal”, el cual supone un completo replanteamiento incluso de las “bases ideológicas” del tema.⁷³

En este orden, es preciso recordar que la Constitución Federal, ya establece de manera clara a quien corresponde el sistema integral de justicia para adolescentes, al indicar que se encuentran dentro de dicho sistema los menores de dieciocho años y los mayores de doce años.

Con base en el párrafo que antecede, es comprensible que se ha concluido con aquel periodo en el cual se facultaba a los Estados de la República para establecer el enjuiciamiento a menores de dieciocho años, es menester señalar que esto permite encontrarnos acordes a lo mandado por los tratados internacionales en la materia que impiden juzgar de maneras similares a los menores de edad y a los denominados mayores de edad, la cual para nuestro país se obtiene al cumplir los dieciocho años.

Ahora bien, resulta viable establecer que este numeral nos hace mención que los menores de dieciocho y mayores de doce años, no

⁷³ Vasconcelos, Rubén, *Comentarios en torno a la reforma al artículo 18 de la Constitución* p. 114.

serán objeto de sanción, sin embargo el Estados tendrá que disponer de las medidas pertinentes para su rehabilitación y asistencia social.

Ahora bien, resulta importante tener presente que dentro de la justicia para adolescentes se agregan ciertas características que dentro del ámbito del derecho penal para adultos no se aplican y que debido a ellas se les otorga de mayor certeza y seguridad jurídica al ser aplicado.

En este tenor, por ejemplo cabe citar el aspecto de la tipicidad, que para el caso concreto de adolescentes, conlleva a un aspecto de taxatividad⁷⁴, por lo que los adolescentes no encuadran en determinadas conductas que hagan viable la aplicación de la ley penal.

En este tenor de ideas me permito citar las palabras del maestro Víctor Ferreres, quien nos expone que:

La taxatividad de la ley penal consiste en que los textos que contengan normas sancionadoras describan claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realicen. La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal.⁷⁵

⁷⁴ Que limita, circunscribe y reduce un caso a determinadas circunstancias.

⁷⁵ Ferreres, Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva jurisprudencial)*, España, Civitas, 2002, p. 21.

Bajo esta misma idea, es pertinente señalar que el maestro Luigi Ferrajoli nos señala el principio de taxatividad en la ley penal puede ser descrito de la siguiente manera:

Este principio... puede ser caracterizado ahora como una regla semántica metalegal de formación de la lengua legal que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley penal para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados “verdaderos de los” hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intención con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predispuestas normas para su solución. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser connotadas por la ley mediante propiedades o características esenciales idóneas para determinar su campo de denotación (o de aplicación) de manera exhaustiva, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera exclusiva, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes.⁷⁶

⁷⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 6ª edición, España, Trotta, 2004, p. 121.

De igual forma el maestro italiano nos hace una referencia con respecto al principio de proporcionalidad, al indicarnos que:

El hecho de que entre pena y delito no existe ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser adecuada al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro. El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima poena debet commensurari delicto es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico.⁷⁷

La reforma constitucional que ha sido tema de análisis en el presente apartado, ordena que el internamiento se utilizará únicamente cuando se trate de adolescentes infractores mayores de catorce años cuando hayan cometido una conducta tipificada como grave, sólo como medida extrema y por el tiempo más breve, lo que seguramente traerá como consecuencia la discusión al interior de los órganos jurisdiccionales, lo anterior al darse cuenta que no se encuentra obligados a dictar esta medida.

⁷⁷ *Ibíd.* pp. 397 y 398.

Ahora bien, se hace necesario tener presente que en ningún caso el interés de los menores podrá estar en conflicto con la protección de los derechos de la víctima.

A manera de conclusión podemos establecer que en el caso de los adolescentes las medidas de internamiento sólo deben ser utilizadas en casos extremos y no como una medida primaria como en el caso de los adultos, y sólo en aquellos casos donde sea un menor mayor de catorce años; resultando lógico entender que aquellos que se encuentren entre doce y trece años once meses y veintinueve días no aplica esta medida.

3.2 PRINCIPALES TEORIAS SOBRE LA JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES

3.2.1 LA DOCTRINA TUTELAR

Se originó porque durante muchos siglos, los niños fueron sometidos al mismo tratamiento legal que los adultos, todas las violaciones a la ley penal eran sancionadas de la misma forma.

El límite de la inimputabilidad se fijó a la corta edad de 09 años, los infractores de la ley que superaban dicha edad eran privados de su libertad, en la mayoría de los casos. A finales del siglo XIX surgen movimientos reformistas dirigidos a separar a los menores del derecho penal dirigido hacia los adultos.

Estos movimientos reformistas pugnaban por medidas proteccionistas que planteaban incluir legislaciones especiales que aseguraran un

tratamiento particular y exclusivo para los menores de edad. Sin embargo, estas ideas proteccionistas no solo se aplicaron a los adolescentes en conflicto con la ley penal sino que se ampliaron hacia los menores en estado de abandono, en situación de riesgo y aquellos menores cuyos derechos se habían vulnerado.

Y es así como surge la doctrina de **la situación irregular**.

3.2.2 LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR, SE CONCEPTUALIZA COMO:

Aquella en la que se encuentra un menor cuando ha incurrido tanto en:
La comisión de un hecho social o; Cuando se encuentra en un estado de peligro o abandono material

SUS CARACTERÍSTICAS SON:

Únicamente contemplaba a los menores vulnerables:

-Abarcaba no solamente a menores que tuvieran conflicto con el derecho penal sino también en situación de riesgo o de peligro.

Por lo que el Estado ejerce una función paternalista.

-Los menores son considerados como objetos de protección, seres incompletos e incapaces que requieren un abordaje especial, por lo que:
La autoridad tenía absoluta discrecionalidad en el procedimiento y conocía conductas ilícitas como problemas sociales en los que estuvieran implicados los adolescentes.

-No existían garantías procesales.

-No se escuchaba al menor.

-La autoridad tomaba la decisión que más consideraba conveniente.

3.2.3 DOCTRINA DE LA PROTECCION INTEGRAL.

A raíz de la Convención sobre los Derechos del Niño, celebrada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, surge la doctrina de la protección integral que reconoce:

-Reconoce a favor de los infantes todos los derechos humanos reconocidos para las personas adultas.

Pero atendiendo a la naturaleza misma de la niñez, se les reconoce derechos propios que responden a la especial condición de la persona que no ha alcanzado la plenitud de su desarrollo físico y mental.

Se constituye sobre bases fundamentales

-El adolescente como sujeto de derechos.

-El derecho a la protección integral.

Y el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral.

CARACTERÍSTICAS:

-Ya no se utiliza el término «menor» sino el de «adolescente».

-Se reconoce a los adolescentes sujetos de derechos.

-El adolescente tiene derecho a un debido proceso.

-La autoridad solo conoce de posibles conductas antisociales consideradas como delito.

3.3 REFORMAS CONSTITUCIONALES.

Artículo 18 Constitucional:

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.
- Deberá garantizar 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 realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

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.

Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

3.4 PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES.

LEGALIDAD:

En el sistema de adolescente opera el principio de tipicidad:

- Que se traduce, principalmente, en el hecho de que sólo por conductas definidas como delitos por las leyes penales, puede un adolescente ser sujeto a proceso,

-El artículo 18 Const., permite la remisión que realicen las leyes de justicia para menores a los tipos legales previstos en los Códigos Penales correspondientes a la entidad federativa de que se trate.

-Por lo que resulte innecesario que se legislen delitos especiales para menores.

PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO.

EL DEBIDO PROCESO:

El proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto del debido proceso legal.

El debido proceso entendido genéricamente debe garantizarse tanto a adultos como a menores.

Sin embargo, en el sistema de adolescentes, la indicada garantía adquiere alcance y contenido propios, de modo que deben establecerse derechos y condiciones procesales específicos para los adolescentes.

Para satisfacer la exigencia constitucional debe tomarse en cuenta:

- Que los menores son personas en desarrollo.
- Derecho a la defensa gratuita y adecuada desde el momento en que son detenidos y hasta que finaliza la medida.
- Derecho al principio de presunción de inocencia.
- Derecho a ser informado en un lenguaje claro y accesible, sin demora y personalmente, sobre las razones por las que se le detiene, juzga o impone una medida.
- Derecho a saber de la autoridad que le atribuye la realización de la conducta tipificada como delito

INTERÉS SUPERIOR DEL ADOLESCENTE:

- Parte de que el adolescente se encuentra en una condición de vulnerabilidad.
- Este hecho necesita ser asumido por los órganos encargados tanto de la creación de normas como de la procuración y administración de justicia.
- Por lo que el Estado debe velar activamente por los derechos de los menores.

Ya que la actuación debe orientarse hacia lo que resulte más benéfico y conveniente para el pleno desarrollo de su persona y capacidades.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:

- Este principio tiene especial relevancia en la determinación de las sanciones que habrá de imponerse a los menores.
- Ya que se deberán establecer sanciones que cumplan con los fines del sistema (educativos y de inserción familiar).
- Esto se logra desde dos puntos de vista:
 - Por un lado en la modalidad del tiempo, pues deberá ser el más breve que proceda (debiéndose entender como el necesario para alcanzar el fin pretendido);
 - Y por otro lado, atendiendo a la diversidad de sanciones que deben existir.

-Proporcionalidad en la punibilidad de las conductas.

- Referida a la que el legislador señala para los delitos previstos en la norma general aplicable a los menores, la cual podrá verse satisfecha

una vez que se señalen penas distintas para cada conducta tipificada como delito.

Proporcionalidad en la determinación de las medidas.

-La cual considera tanto las condiciones internas del sujeto, como las externas de la conducta que despliega, esto es, deberá atender tanto al bien jurídico que quiso proteger como a su consecuencia, sin que implique el sacrificio desproporcionado de los derechos de quienes los vulneran.

-Por tanto, el juzgador puede determinar cuál será la pena aplicable, que oscila entre las que el legislador estableció como mínimas y máximas para una conducta determinada.

PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCION:

Alternatividad.

-Debe buscarse resolver el menor número de conflictos a nivel judicial, lo que se relaciona con la necesidad de disminuir la intervención judicial en los casos en que el delito se deba a que el menor es vulnerado en sus derechos económicos, sociales y culturales, en virtud de que resultaría inadecuado que el juzgador impusiera una sanción gravosa, si el menor no puede hacer nada en contra de sus circunstancias cotidianas.

Además de que esta vertiente tiene la pretensión de que la normativa correspondiente a menores amplíe la gama de posibles sanciones, las cuales deberán basarse en principios educativos.

Internación como medida más grave.

-La normatividad secundaria siempre deberá atender a que el internamiento sólo podrá preverse respecto de las conductas

antisociales más graves; aspecto que destaca en todos los instrumentos internacionales de la materia.

Breve término de la medida de internamiento.

-La expresión "por el tiempo más breve que proceda" debe entenderse como el tiempo necesario, indispensable, para lograr el fin de rehabilitación del adolescente que se persigue.

-Pero en las legislaciones ordinarias debe establecerse un tiempo máximo para la medida de internamiento, en virtud de que el requerimiento de que la medida sea la más breve posible, implica una pretensión de seguridad jurídica respecto de su duración.

PRINCIPIO DE JUDICIALIDAD:

-Los órganos que han de juzgar a los adolescentes que hayan cometido delitos, para satisfacer el nuevo mandato constitucional, no sólo deben desempeñar la función jurisdiccional material, sino también deben quedar inscritos formalmente, con todas las consecuencias inherentes a ello, dentro del Poder Judicial del Estado mexicano, de manera que cuando en el artículo 18 constitucional se habla de "tribunales", se hace referencia a éstos en la acepción formal y material del término.

PRINCIPIO DE ESPECIALIZACION JUDICIAL:

-Atiende al perfil del funcionario, pues el objeto de la reforma constitucional fue adecuar la justicia para adolescentes a la doctrina de la protección integral de la infancia, y los instrumentos internacionales en que ésta se recoge ponen énfasis en la

especialización de los funcionarios como una cuestión necesaria para el cumplimiento de los propósitos perseguidos.

-Por tanto, no es suficiente que el Funcionario sea competente en la materia penal en lo general sino en el sistema de adolescentes.

3.5 PROCEDIMIENTO DEL SISTEMA DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES.

DEFINICION DE ADOLESCENTE.-

Adolescentes serán aquellas personas que tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, siendo aplicable en lo que atañe a la comisión de conductas delictuosas, según éstas sean definidas en las leyes penales.

Esta delimitación distingue a los adolescentes de los niños, da un piso común para establecer una edad penal, superando un problema de asimetría que, en este rubro, se presentaba desde tiempo atrás.

EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA ADOLESCENTES, TIENE POR OBJETO:

-Establecer la existencia jurídica de una conducta tipificada como delito.

-Determinar quién es su autor o partícipe.

-El grado de responsabilidad.

Y en su caso, determinar la aplicación de las medidas sancionadoras que correspondan conforme a la Ley

PRINCIPIOS PROCESALES:

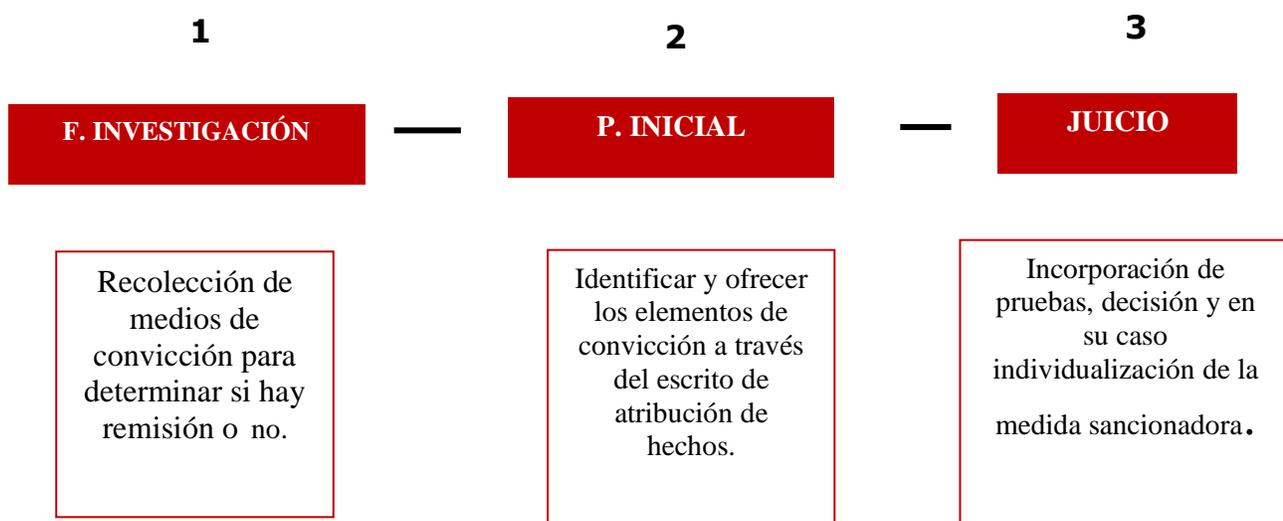
Se asegura un proceso donde impere:

- La oralidad.
- La contradicción.
- La inmediación.
- La concentración y continuidad.
- La libertad probatoria y la libre valoración de la prueba.

PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA:

Todo adolescente debe ser considerado y tratado como inocente hasta que no se compruebe, por los medios legalmente establecidos, su culpabilidad en el hecho que se le atribuye.

ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PARA ADOLESCENTES.



DURACION DE LA FASE DE LA INVESTIGACION.-

- a.-Se **inicia** con una denuncia o querella.
- b.-Esta fase, puede **extenderse** por:

Algunos días u horas, cuando el M.P. se vea obligado a formular la remisión (flagrancia);

O por siete años para el caso de conductas perseguibles de oficio y en seis meses para los casos de querrela (prescripción).

c.-Esta fase **concluye**:

-Acuerdo de archivo temporal o definitivo de la investigación

-Formulación de la remisión.

FACULTAD DEL M.P. PARA ARCHIVAR LA INVESTIGACION.-

Puede ser **definitiva**, cuando:

a.-Los hechos relatados en la denuncia o querrela no fueren constitutivos de delito o cuando se encuentre extinguida la responsabilidad del adolescente.

Puede ser **provisionalmente**, cuando:

a.-No existan elementos suficientes para proceder y no se puedan practicar otras diligencias en ese sentido, o cuando no aparezca quienes hayan podido intervenir en los hechos, sin perjuicio de ordenar la reapertura.

ALCANCE PROBATORIO DE LOS DATOS DE LA INVESTIGACION.-

a.-Los **datos** de la investigación **no tienen carácter probatorio** para fincar una sentencia definitiva, en tanto, no sean producidos en la audiencia de juicio:

-Aquí es importante distinguir entre los **actos de investigación** y los **actos de prueba**.

Los **actos de investigación** son medios de averiguación del hecho punible y la participación culpable que, a lo más, y en la

etapa de investigación alcanzan un cierto estándar, pueden originar ciertos efectos personales y patrimoniales de carácter aseguratorio o cautelar contra una determinada persona, y constituirse en el fundamento de la acusación del Ministerio Público.

ALCANCE PROBATORIO DE LOS DATOS DE LA INVESTIGACION.

Los **actos de prueba** se generan cuando los actos de investigación se producen o introducen a la audiencia de debate, para que puedan ser utilizados en la condena o absolución de una persona.

CUANDO EL ADOLESCENTE ESTA DETENIDO POR FLAGRANCIA:

-El adolescente detenido en supuestos de flagrancia queda a disposición del M.P. quien deberá proceder a su remisión dentro del plazo de 48 hrs.

-El plazo antes mencionado se puede ampliarse por otras 24 hrs. cuando lo solicite el adolescente o su defensa expresamente.

CUANDO EL ADOLESCENTE ESTA EN LIBERTAD:

ORDEN DE PRESENTACION.

-En los casos en los que la conducta que se investiga no merezca mediada de internamiento.

-En caso de que no comparezca el adolescente se podrá hacerlo comparecer con el auxilio de la fuerza pública.

3.6. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

La Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, se aplica desde su publicación en el Diario Oficial de la Federación con fecha 16 de junio del año 2016; en su artículo 119 de la ley se establecen cuáles son las medidas cautelares.

3.6.1 LAS MEDIDAS CAUTELARES PARA LOS ADOLESCENTES

En primer término resulta pertinente establecer que la justicia para adolescentes, representa el reflejo ideológico y jurídico que obedecen a las condicionantes propias de cada suceso o momento en el desarrollo de las instituciones jurídicas.

En este tenor es viable indicar que con el tránsito de un derecho penal objetivo (simbólico de las legislaciones germánicas y románicas), a un derecho penal de características más subjetivas (obedeciendo más a la causal interna del delincuente), es como se ha dado mayor auge a la naturaleza del delincuente que al propio hecho delictivo para castigar una determinada conducta fijada por la legislación como delito.

Acontecimiento (el indicado en el párrafo que antecede durante los últimos años de las edad media), que coadyuvaría a observar la

imposición de penas y medidas no en razón de la edad, sino ya con motivo de la edad del delincuente.⁷⁸

En consecuencia de lo anterior se ha hecho latente la necesidad de establecer (a modo de sistema garantista), un periodo de edad en el cual fuera no viable el reconocimiento de una responsabilidad de tipo penal frente al Estado, y otra en la cual si bien es cierto se reconoce cierta característica de responsabilidad esta se encuentra notoriamente atenuada o disminuida.

Resaltando que en el segundo de los casos mencionados en el párrafo que antecede, el legislador deberá otorgar al juzgador de herramientas que sirvan a fin de hacer viable un sistema de justicia para los denominados “adolescentes”.

Todo lo anterior en búsqueda de la mejor protección y salvaguarda de los derechos humanos consagrados dentro de los diversos instrumentos internacionales de los que México es parte y que por ende se encuentra obligado a acatar de manera directa lo que se establece en ellos.

En conclusión podemos afirmar que el tratamiento de la criminalidad en el caso de adolescentes se encuentra vinculado de manera directa con las circunstancias sociales, económicas, políticas y demás factores que

⁷⁸ Tal acontecimiento se puede observar en el derecho penal romano, en el cual existen tres diversas clasificaciones para los menores infractores: *infans*: menores de siete años; *impúber*: de siete a catorce años; *minor*: entre catorce y dieciocho años.

afecten a la sociedad determinada de la que se trate; por lo que es de suma importancia tener en consideración estos factores a fin de lograr una efectiva legislación en materia de menores, importante resulta establecer de igual forma que las medidas cautelares deben ser fortalecidas acorde a lo que los jóvenes requieran o necesiten.

Conclusiones

1. Los Adolescentes han sido un tema de estudio desde hace bastante tiempo de las instituciones de justicia penal; misma que se han encargado de analizar desde diversas perspectivas el tema, buscando siempre un beneficio en favor de los adolescentes que infringen las leyes penales.
2. Los adolescentes son un punto de alerta dentro de las prioridades del Estado, lo anterior bajo la premisa de que resultan vulnerables antes las diversas actuaciones de la delincuencia organizada para sus actividades y de la sociedad en su conjunto.
3. La reforma al artículo 18 constitucional del 12 de diciembre de 2005, ordena de manera clara a los Estados integrantes de la República la obligación de establecer un sistema integral de justicia que garantice el respeto de los derechos fundamentales de los justiciables en el Estado mexicano; aunado a lo anterior, con la reforma de junio de 2011 se observa la necesidad de establecer una verdadera estrategia que permita erradicar las malas prácticas que pudieran perjudicar los derechos humanos de los adolescentes y con la nueva Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes de aplicación de fecha 16 de Junio del año 2016 donde queda plenamente establecido el sistema de Justicia para Adolescentes en nuestro país y de aplicación integral para nuestra entidad federativa.

Propuestas

1.- Se deben establecer los parámetros y las políticas públicas encaminadas a coadyuvar a la disminución del uso de la prisión preventiva, como medida cautelar por parte de la autoridad; atendiendo al derecho de presunción de inocencia, consagrado actualmente con rango constitucional y dentro de las políticas públicas encaminadas a mejorar el trato de los adolescentes que infringen la norma penal, se propone la creación de un protocolo⁷⁹ de actuación, acompañado de un diagnóstico claro y preciso de las afectaciones del adolescente que le llevaron a cometer dicha conducta ilícita y que deberán seguir las autoridades administrativas y jurisdiccionales de todo el país así como de la entidad federativa de nuestro Estado de Morelos, bajo la siguiente temática:

a.- Todo adolescente que infrinja la normatividad penal será tratado sin discriminación 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, niña o adolescente, de sus padres o de sus representantes legales.

b.- Todo adolescente que infrinja la normatividad penal será tratado con respeto y sensibilidad, atendiendo a su dignidad, durante todo el procedimiento judicial, teniendo en cuenta su situación personal y sus necesidades inmediatas y especiales, edad, sexo, discapacidad,

⁷⁹ Basado en los principios legales, constitucionales y convencionales que rigen dentro del Estado Mexicano.

si la tuviera, y grado de madurez con el fin de asistirle, anteponiendo su integridad física, mental o moral.

c.- Se deberán proteger los datos personales de los adolescentes, a fin de evitar una doble sanción.

d.- En todo momento deberán ser acompañados por un defensor, ya sea público o privado; así como la necesaria intervención del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia.

e.- Las autoridades correspondientes deberán informarles de la evolución y estado de la causa en cuestión, incluidos datos sobre la captura y detención de las personas acusadas, su situación en cuanto a privación o no de libertad, así como cualquier cambio inminente de esa situación, la decisión de la fiscalía y la situación de interés que se produzca después del juicio y la resolución de la causa.

f.- Para el efecto de declaraciones de adolescentes, las autoridades deberán tomar en consideraciones las capacidades cognitivas de los niños; así como su desarrollo psicosocial a fin de no menoscabar los derechos que les resulten inherentes.

g.- Se deberán respetar en todo momento los derechos correspondientes a las niñas y niños de conformidad con la legislación nacional vigente, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

h.- Aunado al diagnóstico del adolescente de un estudio clínico, Psicológico, patológico especializado, así como una verdadera investigación socio, económica, cultural y la integración o en su caso desintegración de seno familiar.

i.-Una vez realizado el diagnóstico completo del adolescente se realizara una nueva formación en todos sus valores del mismo, en conjunto con la intervención de los familiares que estén a cargo del mismo, hasta la total reinserción a la sociedad.

j..- Terminado el procedimiento se le continuara dando el apoyo al adolescente y seguimiento hasta que se encuentre verdaderamente integrado a la sociedad y cuente con una carrera universitaria, técnica, cuente con una ocupación, oficio o empleo que se pueda valer por sí mismo y se encuentre completamente incorporado a la sociedad.

2.- Reforma en los numerales que se señalan en los párrafos siguientes de la **LEY NACIONAL DEL SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES**; con la finalidad de establecer certeza jurídica a los adolescentes infractores dentro del Estado Mexicano.

Texto Actual

Artículo 107. Las medidas privativas de libertad Las medidas privativas de la libertad deberán evitarse y limitarse en los términos establecidos en esta Ley, debiéndose aplicar medidas cautelares y de sanción menos gravosas siempre que sea posible. Las medidas privativas de la libertad serán aplicadas por los periodos más breves posibles.

Propuesta de Reforma

Artículo 107. Las medidas privativas de libertad Las medidas privativas de la libertad deberán evitarse y limitarse en los términos establecidos en esta Ley, debiéndose aplicar medidas cautelares y de sanción menos gravosas siempre que sea posible. Las medidas privativas de la libertad serán aplicadas por los periodos más breves posibles. **Para lo anterior, sin perjuicio de lo se menciona en la presente legislación y las demás propias de la materia; se buscará que durante los periodos que tenga vigencia la privación de libertad o medida cautelar, el adolescente tenga acceso a educación académica, así como tratamiento clínico, psicológico o de cualquier índole de requerirlo.**

Texto actual

TÍTULO II

MEDIDAS CAUTELARES CAPÍTULO ÚNICO MEDIDAS CAUTELARES

Artículo 119. Medidas cautelares personales Sólo a solicitud del Ministerio Público, la víctima u ofendido, y bajo las condiciones y por el tiempo que se fija en esta Ley, el Órgano Jurisdiccional podrá imponer a la persona adolescente, después de escuchar sus razones, las siguientes medidas cautelares: I. Presentación periódica ante autoridad que el Juez designe; II. La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el Órgano Jurisdiccional, sin autorización del Juez; III. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al Órgano Jurisdiccional; IV. La prohibición de asistir a determinadas reuniones o de visitar o acercarse a ciertos lugares; V. La

prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas, ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa; VI. La separación inmediata del domicilio; VII. La colocación de localizadores electrónicos; VIII. Garantía económica para asegurar la comparecencia; IX. Embargo de bienes; X. Inmovilización de cuentas; XI. El resguardo en su domicilio con las modalidades que el Órgano Jurisdiccional disponga, y XII. Internamiento preventivo. En cualquier caso, el Juez de Control para Adolescentes, previo debate, puede prescindir de toda medida cautelar, cuando la promesa del adolescente de someterse al proceso sea suficiente para descartar los motivos que autorizarían el dictado de la medida conforme al artículo siguiente. El Juez deberá explicar, claramente, cada una de las medidas cautelares impuestas a la persona adolescente, su forma de cumplimiento y las consecuencias de incumplimiento. Las medidas cautelares se podrán modificar, sustituir o revocar en cualquier momento hasta antes de dictarse sentencia firme. Si el fallo resulta absolutorio, el Órgano Jurisdiccional deberá levantar de oficio todas las medidas cautelares impuestas a la persona adolescente.

Artículo 120. Reglas para la imposición de medidas cautelares Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable y sólo se dictarán para asegurar la presencia de la persona adolescente en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o para evitar la obstaculización del procedimiento. Al imponer las medidas cautelares el Órgano Jurisdiccional deberá considerar el criterio de mínima intervención, idoneidad y proporcionalidad según las circunstancias particulares de cada adolescente. Las medidas de garantía económica, embargo de bienes e inmovilización de cuentas sólo procederán cuando la persona adolescente haya cumplido la mayoría de edad y cuente con

bienes o cuentas bancarias propias. Al decidir sobre la medida cautelar consistente en garantía, el Juez fijará el monto, la modalidad de la prestación y apreciará su idoneidad. Para resolver sobre dicho monto, el Juez deberá tomar en cuenta las características del adolescente y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo. La autoridad judicial hará la estimación del monto de manera que constituya un motivo eficaz para que el adolescente se abstenga de incumplir sus obligaciones y deberá fijar un plazo razonable para exhibir la garantía. La garantía será presentada por el adolescente, por su persona responsable, u otra persona en los términos y condiciones que para la exhibición de fianzas estén establecidos en la legislación penal vigente de la entidad. Se hará saber al fiador, en la audiencia en la que se decida la medida, las consecuencias del incumplimiento por parte del adolescente.

Artículo 121. Revisión de la medida cautelar de internamiento preventivo La medida cautelar de prisión preventiva deberá ser revisada mensualmente, en audiencia, por el Juez de Control. En la audiencia se revisarán si las condiciones que dieron lugar a la prisión preventiva persisten o, en su caso, si se puede imponer una medida cautelar menos lesiva.

Artículo 122. Reglas para la imposición del internamiento preventivo A ninguna persona adolescente menor de catorce años le podrá ser impuesta la medida cautelar de prisión preventiva. A las personas adolescentes mayores de catorce años, les será impuesta la medida cautelar de internamiento preventivo, de manera excepcional y sólo por los delitos que ameriten medida de sanción de internamiento de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y únicamente cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia de la persona adolescente en el juicio o en el desarrollo de la

investigación, la protección de la víctima, o de los testigos o de la comunidad. En los casos que proceda la medida de sanción de internamiento, podrá ser aplicada la prisión preventiva, siempre y cuando exista necesidad de cautela. El Ministerio Público deberá favorecer en su propuesta una medida cautelar diferente a la prisión preventiva, o en su caso, justificar la improcedencia de estas para poder iniciar el debate de la imposición de la prisión preventiva. La prisión preventiva se aplicará hasta por un plazo máximo de cinco meses. Si cumplido este término no se ha dictado sentencia, la persona adolescente será puesta en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, pudiéndosele imponer otras medidas cautelares. No se aplicarán a las personas adolescentes los supuestos de prisión preventiva oficiosa establecidos en el artículo 19 de la Constitución. Las medidas de prisión preventiva no podrán combinarse con otras medidas cautelares y deberá ser cumplida en espacios diferentes a las destinadas al cumplimiento de las medidas de sanción de internamiento.

Artículo 123. Máxima prioridad en la tramitación efectiva del procedimiento en que el adolescente se encuentre en internamiento preventivo A fin de que el internamiento preventivo sea lo más breve posible, el Ministerio Público y los Órganos Jurisdiccionales deberán considerar de máxima prioridad la tramitación efectiva de los casos en que una persona adolescente se encuentre sujeta a esta medida cautelar.

Artículo 124. Supervisión de la medida cautelar La Autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso será la encargada de realizar la supervisión de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, obligaciones procesales impuestas por la suspensión condicional del proceso y los acuerdos preparatorios de cumplimiento diferido. Para el cumplimiento de sus funciones y conforme a su presupuesto contará con las

áreas especializadas necesarias. Los lineamientos y el procedimiento para la supervisión de las condiciones de la suspensión condicional serán los ordenados en el Código Nacional.

Propuesta de Reforma

TÍTULO II

MEDIDAS CAUTELARES CAPÍTULO ÚNICO MEDIDAS CAUTELARES

Artículo 119. Medidas cautelares personales Sólo a solicitud del Ministerio Público, la víctima u ofendido, y bajo las condiciones y por el tiempo que se fija en esta Ley, el Órgano Jurisdiccional podrá imponer a la persona adolescente, después de escuchar sus razones **y realizar una ponderación de los derechos en conflicto**, las siguientes medidas cautelares: I. Presentación periódica ante autoridad que el Juez designe; II. La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el Órgano Jurisdiccional, sin autorización del Juez, **salvo en aquellos casos en que por causa que ponga en riesgo su salud física o mental, casos en que la autorización podrá ser posterior a la salida o abandono de la demarcación indicada**; III. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al Órgano Jurisdiccional; IV. La prohibición de asistir a determinadas reuniones o de visitar o acercarse a ciertos lugares; V. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas, ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa; VI. La separación inmediata del domicilio; VII. La colocación de localizadores electrónicos; VIII. Garantía económica para asegurar la comparecencia; IX. Embargo de bienes; X. Inmovilización de

cuentas; XI. El resguardo en su domicilio con las modalidades que el Órgano Jurisdiccional disponga, y XII. Internamiento preventivo. En cualquier caso, el Juez de Control para Adolescentes, previo debate, puede prescindir de toda medida cautelar, cuando la promesa del adolescente de someterse al proceso sea suficiente para descartar los motivos que autorizarían el dictado de la medida conforme al artículo siguiente. El Juez deberá explicar, claramente, cada una de las medidas cautelares impuestas a la persona adolescente, su forma de cumplimiento y las consecuencias de incumplimiento. Las medidas cautelares se podrán modificar, sustituir o revocar en cualquier momento hasta antes de dictarse sentencia firme. Si el fallo resulta absolutorio, el Órgano Jurisdiccional deberá levantar de oficio todas las medidas cautelares impuestas a la persona adolescente.

Artículo 120. Reglas para la imposición de medidas cautelares Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable y sólo se dictarán para asegurar la presencia de la persona adolescente en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o para evitar la obstaculización del procedimiento. Al imponer las medidas cautelares el Órgano Jurisdiccional deberá considerar el criterio de mínima intervención, idoneidad y proporcionalidad según las circunstancias particulares de cada adolescente. Las medidas de garantía económica, embargo de bienes e inmovilización de cuentas sólo procederán cuando la persona adolescente haya cumplido la mayoría de edad y cuente con bienes o cuentas bancarias propias. Al decidir sobre la medida cautelar consistente en garantía, el Juez fijará el monto, la modalidad de la prestación y apreciará su idoneidad. Para resolver sobre dicho monto, el Juez deberá tomar en cuenta las características del adolescente y la posibilidad de cumplimiento

de las obligaciones procesales a su cargo. La autoridad judicial hará la estimación del monto de manera que constituya un motivo eficaz para que el adolescente se abstenga de incumplir sus obligaciones y deberá fijar un plazo razonable para exhibir la garantía. La garantía será presentada por el adolescente, por su persona responsable, u otra persona en los términos y condiciones que para la exhibición de fianzas estén establecidos en la legislación penal vigente de la entidad. Se hará saber al fiador, en la audiencia en la que se decida la medida, las consecuencias del incumplimiento por parte del adolescente.

Artículo 121. Revisión de la medida cautelar de internamiento preventivo La medida cautelar de prisión preventiva deberá ser revisada mensualmente, en audiencia, por el Juez de Control. En la audiencia se revisarán si las condiciones que dieron lugar a la prisión preventiva persisten o, en su caso, si se puede imponer una medida cautelar menos lesiva; **lo anterior, procurando en todo momento la impartición de educación académica al sujeto a la medida cautelar.**

Artículo 122. Reglas para la imposición del internamiento preventivo A ninguna persona adolescente menor de catorce años le podrá ser impuesta la medida cautelar de prisión preventiva. A las personas adolescentes mayores de catorce años, les será impuesta la medida cautelar de internamiento preventivo, de manera excepcional y sólo por los delitos que ameriten medida de sanción de internamiento de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y únicamente cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia de la persona adolescente en el juicio o en el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, o de los testigos o de la comunidad. En los casos que proceda la medida de sanción de internamiento, podrá ser

aplicada la prisión preventiva, siempre y cuando exista necesidad de cautela. El Ministerio Público deberá favorecer en su propuesta una medida cautelar diferente a la prisión preventiva, o en su caso, justificar la improcedencia de estas para poder iniciar el debate de la imposición de la prisión preventiva. La prisión preventiva se aplicará hasta por un plazo máximo de cinco meses. Si cumplido este término no se ha dictado sentencia, la persona adolescente será puesta en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, pudiéndosele imponer otras medidas cautelares. No se aplicarán a las personas adolescentes los supuestos de prisión preventiva oficiosa establecidos en el artículo 19 de la Constitución. Las medidas de prisión preventiva no podrán combinarse con otras medidas cautelares y deberá ser cumplida en espacios diferentes a las destinadas al cumplimiento de las medidas de sanción de internamiento.

Artículo 123. Máxima prioridad en la tramitación efectiva del procedimiento en que el adolescente se encuentre en internamiento preventivo A fin de que el internamiento preventivo sea lo más breve posible, el Ministerio Público y los Órganos Jurisdiccionales deberán considerar de máxima prioridad la tramitación efectiva de los casos en que una persona adolescente se encuentre sujeta a esta medida cautelar.

Artículo 124. Supervisión de la medida cautelar La Autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso será la encargada de realizar la supervisión de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, obligaciones procesales impuestas por la suspensión condicional del proceso y los acuerdos preparatorios de cumplimiento diferido. Para el cumplimiento de sus funciones y conforme a su presupuesto contará con las áreas especializadas necesarias. Los lineamientos y el procedimiento para la

supervisión de las condiciones de la suspensión condicional serán los ordenados en el Código Nacional.

Bibliografía

ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo V, Ejecución Forzada y Medidas Precautorias, 2ª Edición, Ediar, Buenos Aires, 1962.

Álvarez Ledesma, Mario I., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, Mc Graw Hill, 2008.

Álvarez-Gayou, *Cómo hacer investigación cualitativa*, México, Paidós, 2003.

Bunge, Mario, *La investigación científica*, Siglo XXI, México, 2000.

Carnelutti, Francesco, *Cómo se hace un Proceso*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1965.

Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Porrúa, México 1994.

Ceniceros, José Ángel y Garrido, Luis, *La delincuencia infantil en México*, México, Botas, 1936.

Constantino Rivera, Camilo, *Economía Procesal*, Editorial Ma Gister, México, 2006.

Cuello Calón Eugenio, *Derecho Penal, tomo I*, México, Bosch, 1956.

Cuenca Dardón Carlos, *Manual de derecho procesal penal mexicano*, México, s/e, 1998.

Estudio histórico y comparado de la legislación de adolescentes, *Blanco Escandón Celia*, Legislación de Adolescentes, UNAM, IIJ.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 6ª edición, España, Trotta, 2004.

Ferres, Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva jurisprudencial)*, España, Civitas, 2002.

Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*, Quinta edición, Porrúa, México, 1996.

García López Miguel Ángel, *Tratado de derecho penal*, tomo I, México, s/e, 1946.

García Máñez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 2001.

González Ibarra, Juan de Dios, *Epistemología Jurídica*, Porrúa, México, 2016.

_____, *Metodología Jurídica Epistémica*, México, Fontamara, 2015.

Guadarrama González, Álvaro, *La axiología jurídica, En la formación integral de los estudiantes de Derecho*, Porrúa, México, 2004.

Hernández Franco, Juan Avelardo, *La mente jurídica*, Novum, México, 2014.

_____, *Lógica jurídica en la argumentación*, México, Oxford, 2016.

Kohler, según cita de Raúl Carranca y Rivas, *Derecho penitenciario (Cárcel y penas en México)*, 3ª edición, México, Porrúa, 1986.

Martínez Pineda Ángel, *Ética y Axiología Jurídica*, Porrúa, México, 1998.

Montessori, María, *El niño. El secreto de la infancia*, 2ª edición, Diana, México, 2000.

Muñoz Rocha, Carlos I., *Metodología de la investigación*, México, Oxford, 2015.

Novack, G., *Introducción a la lógica*, México, Fontamara, 1999.

Osorio, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. 27°, Eliasta, Buenos Aires, 2000.

Pereznieto Castro, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, 7ª edición, Oxford, México, 2012.

Ramírez García, Hugo y Palladares Yabur, Pedro de Jesús, *Derecho humanos*, México, Oxford, 2012.

Rodríguez Lozano V., y otros, *Ética*, Alhambra Mexicana, Novena reimpresión, México, 1997.

Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Filosofía del Derecho*, 2da edición 13ra reimpresión, Oxford University Press, 2016

Soberanes Díez José María, *El derecho a la educación en México*, Porrúa, México, 2015.

Solís Quiroga, Héctor, *Justicia de menores*, 2ª edición, México, Porrúa, 1910.

Vaillant, George, *La civilización azteca*, 2ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.

Zygmunt Bauman, *La globalización: Consecuencias humanas*, México, FCE, 2013.

Citas Electrónicas

http://books.google.com.mx/books?id=iUXn7w2q8kUC&pg=PA23&dq=definici%C3%B3n+de+derecho&hl=es&sa=X&ei=dILMUZCaJ4_G9gSJpoBl&ved=0CD4Q6AEwAw#v=onepage&q=definici%C3%B3n%20de%20derecho&f=false, consultada el 27 de junio a las 10:00 hrs.

<http://books.google.com.mx/books?id=rj8oUtmLEL0C&pg=PA15&dq=definici%C3%B3n+de+derecho+penal&hl=es&sa=X&ei=s13MUcjkBpKI9AT8oYCABA&ved=0CC0Q6AEwAA#v=onepage&q=definici%C3%B3n%20de%20derecho%20penal&f=false>, consultada el 27 de junio de 2013 a las 8:30 hrs.

<http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/menores>, consultada el 28 de junio de 2013 a las 8:50 hrs.

<http://www.definicionabc.com/derecho/menor-de-edad.php> consultada el 28 de junio de 2013 a las 9:00 hrs.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt17.pdf> consultada el 28 de junio de 2013 a las 10:00 hrs.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt17.pdf>, consultada el 2 de julio de 2013 a las 8:20 hrs.

<http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CEIQFjAE&url=http%3A%2F%2Fstj.col.gob.mx%2FSTJ%2F>

archivos%2FDefinicion%2520de%2520Medidas%2520Cautelares.doc
&ei=Y_DSUYrcJ4SS8AH-
_4HwCw&usg=AFQjCNFyMXnR-8jLUip5x1oHBI_TZcJq6w, consultada
el 2 de julio de 2013 a las 10:20 hrs.

http://tuja.morelos.gob.mx/Leyes/Leyes/Ley_de_Justicia_para_Adolescentes_del_Estado_de_Morelos.pdf , consultada el 20 de julio de 2013 a las 20:46 hrs.

<http://www.secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/normateca/Leyes/Ley%20Nacional%20del%20Sistema%20Integral%20de%20Justicia%200para%20Adolescentes.pdf>, consulta el 31 de agosto del 2018.a las 13:53.



| | |
|------------------|---|
| UNIDAD ACADÉMICA | Facultad de Derecho y Ciencias Sociales |
| JEFATURA | Seminario de Tesis |
| ASUNTO | VOTO APROBATORIO |

Ciudad Universitaria, a 02 de mayo del 2022

DRA. DULCE MARIA ARIAS ATAIDE
DIRECTORA DE LA UNIDAD CENTRAL DE SERVICIOS ESCOLARES
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS
P R E S E N T E

Los suscritos Catedráticos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales dependiente de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, se dirigen a Usted con el fin de comunicarle, que después de haber revisado el trabajo de tesis con el tema **“LA MEDIDA CAUTELAR EN DELITOS COMETIDOS POR MENORES INFRACTORES”**, que presenta el Pasante de Derecho **MARCO MAXIMILIANO PONCE GARCÍA**, egresado de la Licenciatura en Derecho de ésta unidad académica, con número de matrícula **20131011085**, puesto que consideramos que reúne los requisitos que exige un trabajo de ésta especie, por lo que hacemos saber nuestro **VOTO APROBATORIO**.

Reiteramos a Usted, nuestros respetos.

ATENTAMENTE
Por una humanidad culta
Una universidad de excelencia

DR. JUAN CARLOS TAPIA ROJAS (Director)
 PRESIDENTE

MTRA. GLORIA ROSARIO VERGARA SALINAS
 SECRETARIO

LIC. RAFAEL DORANTES PARRAL
 VOCAL

DR. ENRIQUE PÉREZ SALAZAR
 SUPLENTE

MTRO. MARCO ANTONIO PONCE SANTIAGO
 SUPLENTE



Se expide el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

GLORIA ROSARIO VERGARA SALINAS | Fecha: 2022-05-02 16:24:00 | Firmante
 ddt.Pz1ChOUQSPxdtLbz2hWfPqWkcgmcEcdp88RCELuFR9E0deqelqB88gVd0QbCo9tYU7LcWwQpao8TWyLApuz8wy9GQbboB3D+1iqdroovTYTFHLtoKklnqno
 HoBQuerhAeS0G5Zm3YqHAIxN3TdqMAMeXN00YNTCS0hBqGtHfP3LCKG000unkRqhcmlcPHJTX3ey0EcdH0WtOyBez1KhGtJhazjocGrSog1OMN2K4G2w+
 81MR3dmlWE5Wg7RnOWOKZp1sV0tpFgUjSTG8+2YdcJBVMDQHT8vatiqHxQA==

MARCO ANTONIO PONCES ANTIAGO | Fecha: 2022-05-02 17:20:23 | Firmante
 dgDyagZNFd1FTd+v2PmzmyZDOaeVb4P3j9EnoYWyU67eGuK9W7x8RfJmQAZy8KsQMTRLR2ehYdu0o4YLnuaAyb4Eh1RpdA5zmBbeY4QGunHCBuFAXWtV02
 xEAxpXhYx6GtagK0IPRYFqGtlnrbHMdeRrczq1Yq041yqwyTpCS4WMyEYgvnt01B6ZV2GNGLUv9KVG9y1WqSjmkRofQhcvJNCGd0mHu235p2AmJ9H0gdtpVM
 Hnqavf7boX9KaTgFWA4NSAWAwtdKa04GLEWgo81Xh7E532EA7vd5Ba6UvZgR6yLvsRg==

JUAN CARLOS TAPIA ROJAS | Fecha: 2022-05-02 19:38:22 | Firmante
 kqSmuL8knZCMay0E71ttxbakyyvjJhHQLY3Jldqg270C6E9W8FFPRnfwuKiemV3MGGz9e+zvWUp+C7AKdR7F5ntVsqGVCDm3RGMBeYKV0qgNYW+UyOK
 BwKZhsuAMRoxBhbDkceRPyZ5Fq9E2UxAG3SYCJhZ8P9dAwW3QlyFOAdLUEoc2JC4FbuKapzsa0ChsbHWhDRwWHQRfuFh5EDqWYUtszlpSPDdRwajQIAWYb+
 ZefxTC0y1Bkn3m5B00IFyJkE+KDBsw4G9NcDPurCfPM+K8bgD8CgQgkU+Wyrg==

RAFAEL DORANTES PARRAL | Fecha: 2022-05-03 08:35:06 | Firmante
 WTKAJU0u0nlyqMxPR76L+QVagdfH3bK0qDqes1ELhnpel7mZFuQ6Z7EVvbnWmtAwZ08m1Adk++d8Q0GPwGKMaJLCAsbYPhHjYVYhvgVXFUZMLpWB1plzZ7p3
 wWp7Dv0agfH3H23M yJCQgEDHnSg1HmT7XoZfWp+ngH8qG0eE3LcaguOxPBZdxk+C7AR7u79uYMK33D+BvUYUGCq1tefQ8pmitdR48PuzH6QdymmdwzggVvKc
 Z3dqBES4mfQnFpJ89503zRq8HLvOrlemS3c36CCKWl+5EhDajXGASEmmsqbyLQ==

ENRIQUE PEREZ SALAZAR | Fecha: 2022-05-09 11:53:56 | Firmante
 iy0875C4Wmchv5JFSVRFGhevfaB7h940+GwV8KRLve7dUXwBBDNAKU11EvLgpnTSNv1CX21g6lnHRWVpoSM0C Yehw23YDqJWRVmePT5XGXae8qWmJKWewCox
 BRZANJhkaqLNT6tmbBawUZWR8z9J08J8H03dqCRWmmunhpf5At2QFv04psIAh5DahyU0o0dJvbWwvVxkORqEwTCRZ5WPAwVdKqAPN7hsegggYm08L5w
 iyOUYHaf2N499x2mCP82NNw0C7dndLUldxGpSWd5w0chrd3b80XC7BvET1GFXTD3DWebeQ==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



VxmRkLyt

<https://firma.uaem.mx/reputa/vcYfPp07gqzV9CpcJ0m8i0RZU>



Una universidad de excelencia

RECTORIA
2017-2023