

Principios, casos difíciles y argumentación en el sistema de justicia penal para niñas, niños y adolescentes

Principles, difficult cases and argumentation in the criminal justice system for girls, boys and adolescents

Jaime Cárdenas-Gracia

 <https://orcid.org/0000-0001-7566-2429>

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: jaicardenas@aol.com

Recepción: 30 de abril de 2024
Aceptación: 15 de agosto de 2024
Publicación: 30 de mayo de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj/24484881e.2025.53.19124>

Resumen: En el ensayo proponemos, dadas las vulnerabilidades de niñas, niños y adolescentes, que es razonable la existencia una teoría de la argumentación específica para ese sector que sea diferente a las teorías estándar, sobre todo en la materia penal. Abordamos desde la argumentación tres problemas que pueden impactar positiva o negativamente la maximización de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, y que están relacionados con los principios implícitos y extrasistémicos, con las reformas constitucionales regresivas respecto a los derechos de los niños, y en relación al uso dominante del principio de proporcionalidad en la argumentación.

Palabras clave: niñas, niños y adolescentes; teoría de la argumentación; principios jurídicos.

Abstract: In the essay we propose, given the vulnerabilities of girls, boys and adolescents, that it is reasonable to have a specific theory of argumentation for that sector that is different from standard theories, especially in criminal matters. We address from the argumentation three problems that can positively or negatively impact the maximization of the fundamental rights of girls, boys and adolescents, and that are related to the implicit and extrasystemic principles, with the regressive constitutional reforms regarding the rights of children, and in relation to the dominant use of the principle of proportionality in the argumentation.

Keywords: girls, boys, and adolescents; theory of argumentation; legal principles.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Breve explicación sobre los principios y sus fuertes relaciones con la argumentación.* III. *Los principios del sistema de justicia para adolescentes.* IV. *El problema de los principios explícitos y extrasistémicos.* V. *El problema de las reformas constitucionales regresivas. ¿Qué vías de defensa podemos invocar?* VI. *El problema de si el principio de proporcionalidad es aplicable en la materia.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. Introducción

El propósito de este ensayo consiste en entender por qué los principios jurídicos —constitucionales, convencionales y legales— son importantes para la argumentación del derecho, y para la argumentación en el sistema de justicia penal para niñas, niños y adolescentes. Por ello daremos brevemente cuenta de la teoría general de los principios y de la relación que estos guardan con la argumentación, así como de los principios legales que rigen esta materia. Posteriormente, expondremos algunos problemas que derivan de su reconocimiento y su aplicación argumentativa, con la intención de proponer en las conclusiones la necesidad de una teoría de la argumentación especial para el derecho de las niñas, niños y adolescentes.¹

Dos son los grandes asuntos que nos permiten hoy en día comprender la importancia de las teorías de la argumentación. El primero de ellos es el reconocimiento de los principios y valores como normas jurídicas diferentes a las reglas. Los valores y principios constitucionales, convencionales y legales orientan la creación y la interpretación del derecho en su conjunto. Pero, además, por su carácter indeterminado, posibilitan que el intérprete pueda consignar nuevos significados en las normas, lo que extiende y profundiza el alcance, por ejemplo, de los derechos humanos o de los procedimientos democráticos —se optimizan o maximizan los derechos fundamentales y los principios democráticos en palabras de Robert Alexy—. Los principios se interpretan y argumentan hermenéuticamente, y de esta suerte se toman en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar del caso, así como la totalidad del ordenamiento jurídico —bloque y parámetro de regularidad constitucional y convencional— y el contexto cultural e histórico en donde

¹ Como introducción a la problemática penal de las niñas, niños y adolescentes puede verse, entre muchos otros autores, a: González Contró (2015); Ambrosio Morales y Alejandro López (2023); Flores y Somuano (2022); Pérez Contreras (2023), y Vasconcelos Méndez (2009).

se presenta el caso. El segundo de los asuntos fundamentales para las teorías de la argumentación contemporáneas es la distinción entre casos fáciles y difíciles. Los casos fáciles se resuelven mecánicamente, mediante silogismo y/o subsunción. Los casos difíciles —problemas de interpretación, validez y vigencia, prueba, y calificación— exigen de métodos diferentes de interpretación y de argumentación, tales como la ponderación de principios, la razonabilidad, el contenido esencial de los principios y derechos, el método fundado en el análisis de las consecuencias, entre otros (MacCormick, 1999; Dworkin, 1984, 1988).

El derecho de niñas, niños y adolescentes se debe comprender desde la argumentación y desde los dos asuntos que mencionamos en el párrafo anterior. Por eso es importante conocer los principios en la materia —aquí aludiremos fundamentalmente a principios legales, pero también mencionamos a los que existen reconocidos en la Constitución y los tratados— para indicar el carácter cualificado de la argumentación en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes por la vulnerabilidad social, económica y política de este sector poblacional, diferente a la naturaleza ordinaria de la argumentación en otros ámbitos —por ejemplo, respecto a los adultos—. En cuanto a la existencia de casos difíciles, estos servirán para plantear la complejidad de los problemas tratados al final del ensayo: los principios implícitos y extrasistémicos en relación con nuestro tema —si ellos son válidos jurídicamente y forman o no parte del ordenamiento jurídico—, las reformas constitucionales regresivas —si la convencionalidad podría estar sobre la Constitución—, y el cuestionamiento al método de proporcionalidad o ponderación que es insuficiente y poco solvente en su entendimiento tradicional para resolver asuntos vinculados con la prevalencia de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

En el ámbito de justicia penal para niñas, niños y adolescentes existen muchos principios constitucionales, convencionales y legales que rigen la materia. En nuestra Constitución, el artículo 4o. reconoce el principio del interés superior de la niñez, y el desarrollo integral de las infancias y adolescencias. El artículo 1o., párrafo segundo, de la Constitución establece los principios de interpretación pro persona y conforme, que están relacionados con el principio de favorabilidad, y con el principio de ponderación. Las convenciones internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Ley General para la prevención social de la violencia y la delincuencia, la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes,

entre otras, así como en observaciones y recomendaciones generales y otras normas de *soft law* internacional se contemplan derechos y principios jurídicos a favor de las niñas, niños y adolescentes. ¿Qué implicaciones tiene ello para los derechos de ese sector y para la argumentación? Para dar respuesta a esta pregunta debemos primero determinar qué son y qué papel desempeñan en el derecho y en la argumentación los principios.

Aquí nos vamos a referir fundamentalmente a los principios que reconoce la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes; aunque no sólo, pues estos deben comprenderse desde la perspectiva más general de la constitucionalidad y de la convencionalidad que incluye a los derechos de niñas y niños, así como del *soft law* internacional. Queremos señalar, desde ahora, que cualquier regla jurídica no puede ni debe dejar de interpretarse ni argumentarse sin tomar en cuenta los principios y los valores jurídicos, porque estas son las normas que por su densidad jurídica y supremacía constitucional y convencional orientan y determinan la creación y la aplicación del derecho en cualquiera de sus esferas.

II. Breve explicación sobre los principios y sus fuertes relaciones con la argumentación

La teoría contemporánea del derecho se basa fundamentalmente en la distinción normativa entre reglas y principios. Por ejemplo, la teoría de Alexy establece la interpretación y argumentación de los derechos fundamentales como principios —los principios son expresión normativa de los derechos fundamentales— (Cárdenas Gracia, 2009, y Cárdenas Gracia, 2014). No obstante, y como lo recuerda Carla Huerta (2010, pp. 220-223), el término “principio” dista de ser uniforme, y la concepción de los derechos fundamentales como principios no es clara, por lo que el significado y el alcance de los mismos sigue siendo discutida por los teóricos del derecho.

La distinción entre reglas y principios, se ha intentado aclarar a partir de cinco variables distintas:

- a) Las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago, indeterminado.
- b) Una segunda tesis pretende caracterizar a los principios por su contenido normativo. Son más generales, y más que dirigirse a los comportamientos se dirigen a las actitudes.

- c) La tercera vía o tesis señala que los principios no tienen la estructura lógica de las reglas. Son normas categóricas (no están ligadas a una condición) que están privadas de un ámbito específico de aplicación.
- d) Se distingue a los principios en virtud de su carácter de normas fundamentales (fundamento de otras normas) y porque dan identidad material al ordenamiento en su conjunto.
- e) En una quinta aproximación, se indica que los principios no admiten la interpretación literal, tienen un carácter orientador respecto a las reglas, no es posible la aplicación por subsunción en los principios, y los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de la ponderación.

Algunos precisan más la distinción entre principios y reglas. Así, se dice, los principios son habitualmente mencionados (separación de poderes o certeza, por ejemplo), pero no formulados porque en realidad no expresan sólo normas sino doctrinas jurídicas completas. Otra diferencia importante destaca que los principios, cuando son formulados, se expresan en un lenguaje no propiamente prescriptivo, sino más bien optativo o valorativo, proclamando valores o auspicios. También se señala que ni la forma deóntica ni la forma imperativa se adaptan a la formulación de principios, sino que se trata, al fin de cuentas, del reconocimiento de valores jurídicos, políticos o morales que se asumen como preexistentes.

El contenido normativo de los principios se caracteriza por los siguientes elementos: 1) son normas teleológicas (no prescriben un comportamiento preciso sino que encomiendan la obtención de un fin que puede ser logrado usando más de un medio); 2) muchas son metanormas o normas de segundo grado que se dirigen a los jueces y funcionarios para la aplicación de reglas; 3) los principios poseen —cuando son formulados— una formulación categórica; 4) la estructura lógica de los principios se distingue de la de las reglas porque no hay hecho condicionante; y 5) los principios no imponen obligaciones absolutas sino obligaciones *prima facie* que pueden ser “superadas” o “derogadas” por obra de otros principios.

En cuanto a la posición de los principios en el ordenamiento hay que insistir en que: 1) los principios son normas que sirven de fundamento o justificación de reglas (fundamento de una multiplicidad de reglas); y 2) los principios parecen no requerir a su vez de fundamento o justificación, ya que son percibidos como obvios, autoevidentes o como intrínsecamente justos.

Los principios suelen clasificarse en los siguientes tipos:

- 1) Principios fundamentales del ordenamiento. Se denomina así a los valores ético políticos que informan el ordenamiento y que le dan fundamento o justificación. Ejemplos: el principio de constitucionalidad, el principio de igualdad, de soberanía popular, de irretroactividad de las leyes, el principio de conservación de los actos, el de certeza, etcétera.
- 2) Principios de un sector de la disciplina jurídica. Informan una institución particular o un sector de una disciplina jurídica (autonomía privada, debido proceso, dispositivo, principio del “favor rei”, y principio *in dubio pro operario*, etcétera).
- 3) Principios fundamentales de una materia determinada. Son aquellos relacionados con un aspecto singular del ordenamiento (el suelo, el medio ambiente, la estructura federal del Estado, etcétera).
- 4) Principios sin ulteriores especificaciones. Son aquellos que constituyen la razón de ser, el objetivo subyacente de una ley o de una regla.

Los principios, como vemos, son normas jurídicas de una densidad superior a las reglas, y en caso de conflicto se imponen sobre ellas. Son, como el principio de interés superior de la niñez, normas que conforman el ordenamiento jurídico (carácter sustantivo o bloque de constitucionalidad y convencionalidad); son normas que nos proporcionan criterios procesales para adjudicar derechos (carácter adjetivo o parámetro de regularidad constitucional y convencional), y son normas que desempeñan una función interpretativa y argumentativa en el ordenamiento para resolver, entre otros problemas jurídicos: discusiones sobre la pertenencia normativa al sistema jurídico de una norma, antinomias, colisiones, lagunas de principios y de derechos, y conflictos entre ordenamientos jurídicos en el tiempo y en el espacio.

En otras palabras, la distinción entre reglas y principios no tiene sólo una importancia normativa para conocer en cada caso la estructura o taxonomía de las normas o la jerarquía que tienen las distintas modalidades normativas en el ordenamiento, sino que, esencialmente, su trascendencia está vinculada con la interpretación y argumentación del derecho. Las reglas se interpretan y argumentan acudiendo a los silogismos, a la subsunción, y a los métodos tradicionales de interpretación, como el gramatical, sistemático, finalista, comparado, etcétera. En cambio, los principios se ponderan para resolver colisiones entre ellos, o se determina su significado y alcance acudiendo al método del contenido esencial de los derechos, entre otras herramientas interpretativas y argumentativas. No es lo mismo interpretar y argumentar una regla, que un principio o valor jurídico.

III. Los principios del sistema de justicia para adolescentes

La Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes reconoce veintidós principios legales en la materia, de los que daremos cuenta en los siguientes párrafos. Estos principios legales están imbricados, como ya se dijo, con otros principios en la materia, previstos en la Constitución, tratados, y leyes, así como con otras fuentes del ordenamiento que no necesariamente están vinculadas a las niñas, niños y adolescentes —por ejemplo, principios como el *pro homine*, igualdad sustantiva, no discriminación, paridad de género y dignidad de las personas—. Lo que implica que el derecho en la materia es fuertemente *principialista*, y ello condiciona la manera de interpretar y argumentar, y propicia que algunos sostengamos que es necesario una teoría específica de la argumentación, dada la vulnerabilidad de los grupos a los que nos referimos en este ensayo.

Los principios reconocidos en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en vigor no son exclusivamente aplicables a los adolescentes, sino también a los niños y niñas porque los últimos pueden verse implicados en los procedimientos que establece ese ordenamiento, verbigracia, como víctimas. Además, aunque las niñas y niños no llegaran a tener esa calidad u otra contemplada, si esos principios les benefician en los casos concretos, con fundamento en otros principios y valores como el de la dignidad de las personas o el principio *pro persona*, y categorías como el bloque constitucional y convencional y el parámetro de regularidad constitucional y convencional, los principios de la Ley pueden emplearse por los operadores jurídicos en la solución de casos y problemas jurídicos, sobre todo, difíciles, referidos a las niñas y niños.

El ordenamiento jurídico busca constreñir su determinación semántica y alcance; los principios, por su condición, son expansivos e indeterminados en su alcance significativo, y nos ayudan a resolver problemas jurídicos, entre otros, los de interpretación, constitucionalidad, prueba, antinomias y lagunas. Los principios en colisión son ponderados para solucionar desacuerdos ideológicos en las sociedades pluralistas, y nos ayudan a comprender problemas como los que expondremos en este ensayo.

De acuerdo a la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes los principios en la materia son:

- 1) Principio de interés superior de la niñez. Está reconocido en el artículo 12 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para adoles-

centes, que se reduce y limita, y queda descafeinado. Según la ley debe entenderse como derecho, principio y norma de procedimiento dirigido a asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos en concordancia con la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. El precepto indica que la determinación del interés superior debe apreciarse integralmente: reconocimiento de los adolescentes como titulares de derechos; la opinión de la persona adolescente; las condiciones sociales, familiares e individuales de la persona adolescente; los derechos y garantías de la persona adolescente y su responsabilidad; el interés público, los derechos de las personas y de la persona adolescente; los efectos o consecuencias que la decisión que se adopte pueda tener en el futuro de la persona adolescente; y la colaboración de las partes intervinientes para garantizar el desarrollo integral e integridad personal del adolescente. Las resoluciones de autoridad deben señalar de qué manera se ha evaluado este principio.

- 2) Principio de protección integral de los derechos de la persona adolescente. Se encuentra reconocido en el artículo 13 de la Ley e implica que las personas adolescentes gozan de todos los derechos humanos inherentes a las personas, y por lo mismo, les serán garantizadas las oportunidades y facilidades, a fin de asegurarles las mejores condiciones para su desarrollo físico, psicológico y social, en condiciones de dignidad. Las autoridades del Sistema deberán respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas adolescentes mientras se encuentren sujetos al mismo.
- 3) Principio de integralidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos de las personas adolescentes. El artículo 14 de la Ley indica que los derechos de las personas adolescentes son indivisibles y guardan interdependencia unos con otros y sólo podrán considerarse garantizados en razón de su integralidad.
- 4) Principio de prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En el artículo 15 de la Ley se señala que estarán prohibidos todos los actos que constituyan tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Las autoridades, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, deberán garantizar la seguridad física, mental y emocional de las personas adolescentes, por lo que quedan prohibidas los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción o medida disciplinaria contraria a los derechos humanos de la persona adolescente. En este sentido no podrá ser sancionada ninguna persona

adolescente más de una vez por el mismo hecho, y quedan prohibidas las sanciones colectivas.

- 5) Principio de no discriminación e igualdad sustantiva. El artículo 16 señala que los derechos y garantías reconocidos en la Ley se aplicarán a quienes se les atribuya o compruebe la realización de uno o varios hechos señalados como delitos por las leyes penales federales y locales mientras eran adolescentes, sin que se admita discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, identidad de género, estado civil o cualquier otra, ya sea de la persona adolescente o de quienes ejercen sobre ellas la patria potestad o tutela, que atenten contra su dignidad humana. Se entiende por igualdad sustantiva el acceso al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Las autoridades del sistema velarán por que todas las personas adolescentes sean atendidas teniendo en cuenta sus características, condiciones específicas y necesidades especiales a fin de garantizar el ejercicio de sus derechos sobre la base de la igualdad sustantiva. Durante el procedimiento, determinación de la medida o sanción y ejecución de la que corresponda, se respetará a la persona adolescente en sus creencias, su religión y sus pautas culturales y éticas.
- 6) Principio de aplicación favorable. El artículo 17 de la Ley establece que en ningún caso se podrán imponer a las personas adolescentes medidas más graves ni de mayor duración a las que corresponderían por los mismos hechos a un adulto, ni gozar de menos derechos, prerrogativas o beneficios que se le concedan a estos. De igual forma, bajo ninguna circunstancia se establecerán restricciones en los procesos de solución de conflictos que perjudiquen en mayor medida a la persona adolescente que al adulto.
- 7) Principio de mínima intervención y subsidiariedad. En el artículo 18 de la Ley se precisa que la solución de controversias en los que esté involucrada alguna persona adolescente se hará prioritariamente sin recurrir a procedimientos judiciales, con pleno respeto a sus derechos humanos. Se privilegiará el uso de soluciones alternas en términos de la ley, el Código Nacional y la Ley de Mecanismos Alternativos.
- 8) Principio de autonomía progresiva. El artículo 19 de la Ley determina que todas las autoridades del sistema deben hacer el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de las personas adolescentes y de

su capacidad progresiva para ejercerlos, de acuerdo a la evolución de sus facultades, lo cual significa que a medida que aumenta la edad se incrementa el nivel de autonomía.

- 9) Principio de responsabilidad. En el artículo 20 de la Ley se reconoce que la responsabilidad de la persona adolescente se fincará sobre la base del principio de culpabilidad por el acto. No admitirá, en su perjuicio y bajo ninguna circunstancia, consideraciones acerca de la personalidad, vulnerabilidad biológica, temibilidad, peligrosidad, ni de cualquier otra que se funde en circunstancias personales del adolescente imputado.
- 10) Principio de justicia restaurativa. Dice el artículo 21 de la Ley que este principio es una respuesta a la conducta que la ley señala como delito, que respeta la dignidad de cada persona, que construye comprensión y promueve armonía social a través de la restauración de la víctima u ofendido, la persona adolescente y la comunidad. Este principio puede desarrollarse de manera individual para las personas mencionadas y sus respectivos entornos y, en la medida de lo posible, entre ellos mismos, a fin de reparar el daño, comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias.
- 11) Principios generales del procedimiento. En el artículo 22 de la Ley, se establece que el sistema de justicia para adolescentes estará basado en un proceso acusatorio y oral en el que se observarán los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación con las adecuaciones y excepciones propias del sistema especializado.
- 12) Principio de especialización. El artículo 23 de la Ley, indica que todas las autoridades del Sistema deberán estar formadas, capacitadas y especializadas en materia de justicia para adolescentes en el ámbito de sus atribuciones, y que desde que el inicio del procedimiento, todas las actuaciones y diligencias estarán a cargo de órganos especializados en el Sistema.
- 13) Principio de legalidad. En el artículo 24 de la Ley se señala que ninguna persona adolescente puede ser procesada ni sometida a medida alguna por actos u omisiones que, al tiempo de su ocurrencia, no estén previamente definidos de manera expresa como delitos en las leyes penales aplicables, mediante procedimientos contemplados en la ley, y respecto a sanciones determinadas en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.
- 14) Principio de la ley más favorable. El artículo 25 de la Ley menciona que cuando una situación relacionada con personas adolescentes se en-

cuentre regulada por ley o normas diversas, siempre se optará por la que resulte más favorable a sus derechos, o a la interpretación más garantista que se haga de los mismos.

- 15) Principio de presunción de inocencia. En el artículo 26 de la Ley, se establece que toda persona adolescente debe ser considerada y tratada como inocente en todas las etapas del procedimiento mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia firme.
- 16) Principio de racionalidad y proporcionalidad de las medidas cautelares y de la sanción. El artículo 27 de la Ley precisa que las medidas cautelares y de sanción deben corresponder a la afectación causada por la conducta, tomando en cuenta las circunstancias personales de la persona adolescente, siempre en su beneficio.
- 17) Principio de reintegración social y familiar de la persona adolescente. En el artículo 28 de la Ley se menciona que la reintegración social y familiar es un proceso integral que se debe desarrollar durante la ejecución de la medida de sanción, cuyo objeto es garantizar el ejercicio de los derechos de la persona adolescente encontrada responsable de la comisión de un delito. La reintegración se llevará a través de diversos programas socioeducativos de intervención destinados a incidir en los factores internos y externos, en los ámbitos familiar, escolar, laboral y comunitario de la persona adolescente para que genere capacidades y competencias que le permitan reducir la posibilidad de reincidencia y adquirir una función constructiva en la sociedad.
- 18) Principio de reinserción social. El artículo 29 de la Ley determina que la restitución del pleno ejercicio de los derechos y libertades tras el cumplimiento de las medidas ejecutadas con respeto a los derechos humanos de la persona adolescente.
- 19) Principio de carácter socioeducativo de las medidas de sanción. En el artículo 30 de la Ley se dice que las medidas de sanción tendrán un carácter socioeducativo, promoverán la formación de la persona adolescente, el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, el fomento de vínculos socialmente positivos y el pleno desarrollo de su personalidad y de sus capacidades. En la ejecución de las medidas de sanción se deberá procurar que la persona adolescente se inserte en su familia y en la sociedad, mediante el pleno desarrollo de sus capacidades y su sentido de la responsabilidad.
- 20) Principio de medidas de privación de la libertad como medida extrema y por el menor tiempo posible. El artículo 31 de la Ley expone que las

medidas de privación de la libertad se utilizarán como medida extrema y excepcional, solo se podrán imponer a personas adolescentes mayores de catorce años, por los hechos constitutivos de delito que esta Ley señala, por un tiempo determinado y la duración más breve que proceda.

- 21) Principio de publicidad. En el artículo 32 de la Ley se contempla que todas las audiencias se realizarán a puerta cerrada, salvo que el adolescente de manera informada y su defensor autoricen que sean públicas. Los audios y videos de las audiencias no se podrán divulgar al público.
- 22) Principio de celeridad procesal. El artículo 33 de la Ley reconoce que los procesos se realizarán sin demora y con la mínima duración posible, sin causar dilaciones injustificadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.

A la luz de los principios previstos en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, podemos decir que ellos mismos, más los principios respecto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes expresados en la Constitución y en los tratados, son la guía más importante para la interpretación, argumentación y aplicación de las reglas jurídicas en este campo. Además, nos ayudan a solventar problemas relacionados con, verbigracia, si una norma implícita o extrasistémica pertenece o no al sistema jurídico, con las lagunas y las antinomias jurídicas cuando los criterios tradicionales no son plausibles —jerárquico, especialidad, cronológico, liberalidad, etcétera—, y otro tipo de problemas vinculados con la regresividad de las reformas constitucionales, y hasta con el cuestionamiento al principio de proporcionalidad en su entendimiento tradicional, porque este método no posibilita comprender la preferencia de los derechos de niñas, niños y adolescentes como grupos vulnerables sobre derechos de otras personas que no tienen la condición de fragilidad.

Los tres problemas que exponemos en el ensayo, a saber, el de los principios extrasistémicos en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, el problema de las reformas constitucionales regresivas respecto a los derechos de las infancias, y el problema de si puede hablarse de prevalencia *a priori* de los principios relacionados con niñas, niños y adolescentes en los procedimientos de ponderación, son entendidos desde la importancia de los principios en la interpretación y argumentación jurídica, y a partir de la trascendencia de la distinción entre casos fáciles y difíciles. Es decir, estamos incorporando los principales elementos de las teorías estándar de la argumentación —Alexy, MacCormick, Atienza, etcétera— al estudio de los derechos

de las niñas, niños y adolescentes para señalar que se requiere una teoría de la argumentación específica en la materia, dada la vulnerabilidad económica, social y política de este sector poblacional.

Podríamos decir, entonces, que los principios enumerados anteriormente, más los de la Constitución y los tratados, son no sólo guías o criterios últimos y primeros para interpretar y argumentar el ordenamiento jurídico en la materia, sino que, por el carácter indeterminado de los principios, y por la existencia reconocida en las teorías de la argumentación de los casos difíciles, interpretación (polémica sobre el significado de las normas), relevancia, validez y vigencia (cómo identificar si una norma, por ejemplo, un principio extrasistémico no proveniente del Derecho puede formar parte de él); prueba (polémica sobre la idoneidad, pertinencia y estándares probatorios) y calificación (si los hechos probados actualizan una hipótesis normativa), los principios expuestos y otros son determinantes para resolver los llamados asuntos difíciles más otros problemas relacionados con la argumentación y la interpretación.

IV. El problema de los principios implícitos y extrasistémicos

En las teorías tradicionales del derecho, cuando no se asumía la existencia de principios, las lagunas tenían que resolverse acudiendo a la interpretación analógica, a los principios generales del derecho, al argumento *a fortiori* o al argumento *a contrario*. Con la admisión de los principios constitucionales y convencionales, por su carácter normativo y jerárquico, muchas de las lagunas dejan de serlo, pues existen normas jurídicas —los principios— que por su sentido maximizador, irradiador y orientador del ordenamiento pueden ser aplicables a los casos concretos. Los principios dan consistencia y coherencia a todo el ordenamiento jurídico; constituyen los puntos centrales de referencia para el sistema jurídico. La idea de coherencia puede ser satisfecha en mayor medida por los principios constitucionales que por los principios generales del derecho, pues los principios de la Constitución y de los tratados ordenan, conforman y estructuran el ordenamiento en su conjunto (Alexy, 1997, pp. 81-172).

Así, una laguna de principios constitucionales puede resolverse acudiendo a los principios implícitos. Estos son equivalentes a las “normas implícitas” (Prieto Sanchís, 1992, pp. 141-149), las que se derivan y se reformulan a partir del ordenamiento jurídico en su conjunto o de una parte del mismo,

o de una norma o principio ya expreso en la ley fundamental, en los tratados y, en ciertos casos, en la ley. En México se ha utilizado, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la vía de los principios implícitos, antes de la aprobación de reformas constitucionales para reconocer, por ejemplo, el de presunción de inocencia como principio constitucional, mismo que se contempló expresamente en la Constitución hasta la reforma constitucional en materia penal de 2008 y, que, sin embargo, con anterioridad se había admitido por el máximo tribunal del país. Igual ha ocurrido con el reconocimiento al derecho al mínimo vital o con los principios en favor de las víctimas, sin que las normas estén o hubiesen estado, al momento de su inclusión, contempladas expresamente en la Constitución.

Para colmar lagunas de principios constitucionales y convencionales, algunos mencionan también a los principios extrasistémicos, los que no provienen como los implícitos del ordenamiento jurídico, sino de la moral o se infieren de reglas o principios políticos, religiosos o de otra índole. Su carácter problemático reside en que no provienen de las fuentes del derecho establecidas, y porque suponen la inclusión de otros ordenamientos, como el de la moral o religioso en el derecho. No obstante, la decisión sobre su inclusión al ordenamiento jurídico depende de los operadores jurídicos facultados o competentes para ello. No puede perderse de vista que en nuestra familia jurídica los principios extrasistémicos no tendrán la misma aceptación que en el derecho anglosajón, por la mayor indeterminación y vaguedad que posee este (Ezquiaga Ganuzas, 2006, pp. 482-483).

En materia de niñas, niños y adolescentes (González Contró, 2008), por el carácter sumamente débil del colectivo, para maximizar sus derechos fundamentales podríamos acudir a los principios implícitos, más difícil sería justificar en este ámbito la aplicación de los principios extrasistémicos, por no tener éstos un origen jurídico, sino que su raíz deriva de otras fuentes como la moral o la política. Sin embargo, dada la extrema vulnerabilidad de las niñas, niños y adolescentes en el derecho mexicano, tal vez podría argüirse ese estatus para aceptar principios provenientes de fuentes no jurídicas, por ejemplo, derivadas de la política o el contexto socio-económico.

Lo anterior significa que interpretativa y argumentativamente no podemos entender las teorías de la argumentación como teorías homogéneas y estándar, sino que estas tendrían que ajustarse desde las diversas concepciones de los derechos fundamentales y desde las diferencias reales entre las personas. Si, por ejemplo, a todas las personas se les reconocen derechos fundamentales y estos, en su esfera jurídica y fáctica, están en condi-

ciones similares, las teorías estándar de la argumentación —MacCormick o Alexy— son aceptables, pero si existen profundas diferencias y asimetrías en los estatutos jurídicos y fácticos de las personas, considero que deben realizarse los ajustes pertinentes, y elaborar otras categorías para interpretar y argumentar.

V. El problema de las reformas constitucionales regresivas en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes. ¿Qué vías de defensa podemos invocar?

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en distintas ocasiones, ha rechazado la posibilidad de controlar materialmente las reformas constitucionales. En los amparos 2996/96 y 1334/98, promovidos por Manuel Camacho Solís en contra de la reforma constitucional electoral de 1996, la Corte estimó por mayoría de votos que una reforma a la Constitución en razón de sus contenidos —decisiones políticas fundamentales— es inimpugnabile (Cárdenas Gracia, 2011, p. 133). Sin embargo, antes de 2013, se estimó que sí era posible dirigir una demanda de garantías en contra del procedimiento reformativo. Hoy en día, formal y positivamente, todas las vías de defensa están canceladas, tanto para impugnar el procedimiento como el fondo.

Algunos ministros de la Suprema Corte han entendido indebidamente al poder revisor de la Constitución como una prolongación del Constituyente originario. En ello han sido deudores de las tesis de Felipe Tena Ramírez (1980, p. 46), que situaba al poder reformativo por encima de los poderes públicos. Argumentación inatendible porque en un Estado constitucional de derecho todos los órganos del Estado se encuentran subordinados a la Constitución, y, en ese sentido, el control de la constitucionalidad de los actos del poder reformativo debe ser ejercido en vía jurisdiccional por los órganos competentes, esto es, en el caso de México, por la Suprema Corte.

Otros ministros han abdicado de sus atribuciones de control de la constitucionalidad. Rodríguez Gaona (2006, p. 158) describe la opinión del exministro José Vicente Aguinaco Alemán, emitida durante la resolución de uno de los amparos promovidos por Manuel Camacho Solís, en donde el mencionado ministro sostuvo que la revisión de la constitucionalidad de los actos del poder reformativo correspondía al propio poder reformativo. Este argumento es inadmisibles porque entrega al legislativo federal y local atribu-

ciones que no tienen, y porque en última instancia pretende facultar a los representantes del pueblo para sustituir la voluntad de los ciudadanos que son los únicos titulares de la soberanía y quienes pueden determinar las características de las decisiones políticas fundamentales por medio del Constituyente originario.

No hay razón en el derecho mexicano para que la Suprema Corte continúe manteniendo esos incorrectos criterios. Si la Corte desea ser un auténtico tribunal constitucional debe empezar por controlar las actuaciones del poder revisor de la Constitución. De otra manera, si sus facultades sólo se constriñen al control constitucional de la legalidad, significará que hay porciones de la producción normativa que están fuera del alcance de la jurisdicción constitucional. Y ello hará posible que, mediante una reforma a la Constitución, se puede trastocar todo el sistema constitucional como es el presente caso, vaciando de contenidos y de sentido a la Constitución, vulnerando las decisiones políticas fundamentales del pueblo de México.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al conocer el amparo en revisión 186/2008, determinó revocar el acuerdo de desechamiento de la demanda de amparo dictada por el Juez Primero de Distrito en Materia Administrativa del Estado de Jalisco. En el citado amparo, los promoventes reclamaron la inconstitucionalidad de la reforma constitucional electoral que modificó los artículos 6, 41, 85, 99, 108, 116, 122 y 134, y que derogó el párrafo tercero del artículo 97 de la ley fundamental, y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 13 de noviembre de 2007. La Corte, al resolver dicho recurso, esgrimió sustancialmente lo siguiente: 1) que no se puede identificar el poder reformador con el Poder Constituyente, porque queda en entredicho el principio de supremacía constitucional, dando prevalencia al principio político de soberanía popular; 2) el Poder Constituyente, soberano, ilimitado del pueblo, no puede quedar encerrado dentro del ordenamiento constitucional y, que ese poder ilimitado se ejerce, de acuerdo con su propia naturaleza como fuerza externa al sistema; siempre y en todo momento podrá reformar la Constitución existente o la de establecer una nueva, pero su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos; 3) las posibilidades de actuación del poder reformador de la Constitución son solamente las que el ordenamiento constitucional le confiere y, lo son también las posibilidades materiales en la modificación de los contenidos de la Constitución, pues el poder de reforma es para modificar la Constitu-

ción pero no para destruirla; y 4) el poder reformador está en principio limitado por el procedimiento de reforma del artículo 135 de la Constitución.²

Esta decisión arrojó una conclusión importante: es posible considerar al órgano reformador de la Constitución como autoridad responsable en el juicio de amparo, siempre que se impugnen violaciones al procedimiento de reforma constitucional. Parecía que se iba por el buen camino, pero pronto estas esperanzas se frustraron.

En el amparo en revisión 519/2008, resuelto el 2 de octubre de 2008 por el tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siendo ponente la Ministra Olga Sánchez Cordero, la parte quejosa reclamó no el cumplimiento del procedimiento de la reforma constitucional electoral de 2007, sino la materia o sustancia de la reforma por considerarla contraria a las garantías constitucionales consagradas en los artículos 6, 7, 13, 14, 16 y 17 de la Constitución. El tribunal pleno estimó que, bajo el principio de supremacía constitucional, toda norma secundaria contraria a la ley suprema no tiene posibilidad de existencia dentro del orden jurídico, aunque para ello se requiere que así se declare por alguno de los tribunales de la Federación. Sin embargo, lo anterior no ocurre respecto a la Constitución, pues esta puede en distintos preceptos del texto constitucional limitar o restringir derechos fundamentales, sin que ello implique contravención a las garantías individuales.

Para probar su aserto, la Corte señala el ejemplo de los ministros de culto que tienen limitados sus derechos de participación política por el texto constitucional, la expulsión de extranjeros sin otorgarles garantía de audiencia (antes de la entrada en vigor de la reforma reciente de 2011 en materia de derechos humanos), la posibilidad de que la Constitución ordene la aplicación de sus normas con efectos retroactivos, y el arraigo de una persona que obviamente es superior en tiempo a las 48 horas de detención de las que puede disponer el Ministerio Público según el artículo 16 de la Constitución. En su razonamiento la Corte indica que, si se aceptara la demanda de amparo, tendría que justificarse la prevalencia de una norma constitucional sobre otra, cuestión que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no puede realizar porque sus competencias están acotadas. Según la posición

² Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de fecha veintinueve de septiembre de dos mil ocho dictado en el amparo en revisión 186/2008. Quejosa: Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal.

mayoritaria de los ministros, los contenidos de la Constitución son inmunes a toda objeción por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En estas condiciones, dado el criterio mayoritario de la Corte, se estimó obvia la improcedencia de la demanda de garantías. La mayoría de seis ministros que votaron a favor de la misma, la fundaron en los artículos 1 y 133 constitucionales, y en el otrora artículo 73 fracción XVIII de la Ley de Amparo. La visión mayoritaria de la Corte igualmente expuso el argumento de los “efectos colaterales”, pues una sentencia estimatoria de amparo en contra del contenido de los preceptos constitucionales, entrañaría no sólo la desincorporación de la esfera jurídica de la quejosa de esos preceptos constitucionales sino del resto de las leyes y normas individualizadas derivadas de las normas constitucionales declaradas inconstitucionales y, al producirse esa consecuencia, todas esas normas secundarias perderían eficacia frente a la sociedad.³

La sentencia descrita en el párrafo anterior se niega a aceptar que no todas las normas de la Constitución tienen la misma importancia respecto a los casos jurídicos concretos. Desconoce, al menos en este asunto, la aplicación del principio de proporcionalidad para resolver conflictos entre principios constitucionales antinómicos (Alexy, 2002 y 2007). No contextualiza su razonamiento en categorías jurídicas como la del bloque de constitucionalidad o bloque de derechos para comprender el problema jurídico que está atendiendo. Niega, de entrada, la validez de un núcleo básico de principios constitucionales de carácter explícito o implícito. Pone ejemplos absurdos como el del arraigo, que en todos los sistemas jurídicos avanzados que garantizan los derechos fundamentales se considera una aberración constitucional, y más cuando se incluye en el texto constitucional, como ocurre en nuestro país.

En otro amparo en revisión —el 2021/2009— promovido por Federico Reyes Heróles Garza y otros (“el amparo de los intelectuales”) contra actos del Congreso de la Unión y otras autoridades, se hicieron valer violaciones constitucionales al procedimiento de reforma. Allí también se argumentó en contra del contenido de la modificación que aprobó reformas a la Constitución en materia electoral, y que se publicó el 13 de noviembre

³ La minoría de los ministros que votó en contra de la resolución estimó que no existía una causal de improcedencia expresa y notoria, ni en la Constitución ni en la Ley de Amparo, cuando se reclamaban reformas a la Constitución señaladas inconstitucionales, tal como se había sostenido en el amparo en revisión 186/2008.

de 2007 en el *Diario Oficial de la Federación*. Los actos reclamados por los llamados intelectuales fueron: la inobservancia de las formalidades y limitaciones que para la reforma o adición de la Constitución establecen los artículos 135 y 136 de la misma; la mutación de los valores que sustentan el régimen constitucional deliberativo; la infracción de las garantías individuales de igualdad y no discriminación, educación y libertad de expresión, consagradas en los artículos 1, 3 y 6 de la Constitución; la violación al derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la carta magna; y la violación al derecho de asociación establecido en el artículo 9 de la ley fundamental. Con votación mayoritaria de siete ministros, el tribunal pleno consideró que la Suprema Corte podía revisar constitucionalmente el procedimiento de reformas a la Constitución, pero que el juicio de amparo no resultaba el medio de control idóneo para realizar esa revisión (por lo que confirmaron el sobreseimiento de la resolución de amparo de primera instancia). El argumento mayoritario se fundó en los efectos relativos en esa época —en la fecha que se dictó la resolución— de las sentencias dictadas en juicios el amparo (cláusula Otero), pues a juicio de los ministros de la mayoría, si se concediese el amparo por violaciones al procedimiento de reforma a la Constitución, se constituirían múltiples regímenes constitucionales y habría vigencia de diversos textos constitucionales (a unas personas se les aplicaría el artículo 41 de la Constitución y a los que promovieran y ganaran los amparos no).

En los amparos aquí comentados, nosotros consideramos que se debió entrar al fondo —sustancia o materia— de los asuntos, pues el amparo sí es una vía idónea para reclamar violaciones al procedimiento de reforma a la Constitución y para esgrimir infracciones por el contenido de las reformas constitucionales cuando éstas atentan contra el núcleo básico, explícito o implícito de la Constitución. No puede perderse de vista que, en la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 10 de junio de 2011, el artículo 29 reformado de la Constitución enumera una serie de derechos fundamentales que ni con suspensión de garantías podrían afectarse o limitarse. Todo lo anterior acredita que el amparo y otros medios de defensa de la Constitución pueden emplearse para reclamar violaciones del órgano y procedimiento reformador de la Constitución, tanto por no observar el procedimiento previsto en el artículo 135 de la carta magna, como por violar las cláusulas de intangibilidad explícitas o implícitas de nuestra Constitución.

Además, en un Estado constitucional y democrático de derecho, que es lo que queremos construir en México, no puede haber una cuestión constitucional que se quede sin la debida defensa procesal constitucional. Resolver lo contrario implica impedir que la Constitución mexicana sea alguna vez normativa. El mayor déficit de nuestro sistema jurídico consiste en que las normas constitucionales establecen derechos, obligaciones y procedimientos que en la realidad no se materializan. Y estos no se realizan, en gran medida, porque la aplicación e interpretación del derecho procesal constitucional que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo impide.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación pretende ser un tribunal constitucional. No lo es cuando limita sus potencialidades de control constitucional. Nuestro sistema de control constitucional merece un tribunal constitucional, y nuevos y amplios mecanismos de defensa de la Constitución. Debe tenerse muy en claro que la teoría del control al poder no surge para defender al poder constituyente, sino a la Constitución —principio de supremacía constitucional—; y que todos los órganos del Estado se encuentran subordinados a la carta magna (incluido el órgano reformador de la Constitución) y no al constituyente permanente. En esta tesitura, los órganos jurisdiccionales deben ser los supremos intérpretes de la norma fundamental en una democracia.

En este sentido, el vigente artículo 61, fracción I, de la Ley de Amparo, reformado en 2013, es inconstitucional, porque limita las posibilidades de que una reforma a la Constitución sea impugnada por los gobernados mediante el juicio de amparo y controlada en su constitucionalidad por el Poder Judicial de la Federación, lo que violenta, entre otros, el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, contemplados en el artículo 17 de la Constitución. Como ya se ha señalado aquí, si no se permite el juicio de amparo para impugnar reformas a la Constitución, se podrían realizar reformas, modificaciones o adiciones a la Constitución que trastocaran los principios básicos de la misma en detrimento de los gobernados, y estos no podrían jurídicamente hacer nada a ese respecto.

Imaginemos simplemente que, a través de una reforma a la Constitución, se derogaran los principios del artículo 4o. de la norma fundamental en materia de derechos de niñas, niños o adolescentes; o que se aprobara una reforma para derogar los principios pro persona o de interpretación conforme; o que de manera expresa se señalara en el texto fundamental que no serán aplicables en el territorio nacional los derechos que para adolescentes reconoce el derecho convencional. ¿Cuáles serían las garantías procesales para

defender a ese sector? Desde luego que no serían las garantías nacionales, sino las supranacionales, en donde la Comisión Interamericana, y posteriormente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tendrían la última palabra para colocar la convencionalidad por encima de la constitucionalidad con todo lo que ello entraña.

VI. El problema de si el principio de proporcionalidad es aplicable en la materia

En México el principio de proporcionalidad se introdujo judicialmente y de manera expresa —antes se había empleado implícitamente—, a partir de la resolución SUP-RAP 50/2001, que resolvió la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el caso *Amigos de Fox* (Cárdenas Gracia, 2004). La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aplicado el principio en algunas de sus resoluciones con muchas críticas por las deficiencias técnicas de su implementación (Díez Gargari, 2012, pp. 65-106).

Robert Alexy (2007) es el teórico que doctrinalmente ha desarrollado y divulgado este principio, principalmente en su *Teoría de los derechos fundamentales*. En el mundo de habla castellana existe un buen número de trabajos sobre el principio de proporcionalidad; entre ellos, destaca el de Carlos Bernal Pulido (2005). En nuestro país, en los últimos años, distintas y numerosas obras ofrecen estudios sobre este principio o método de interpretación constitucional (Sánchez Gil, 2007).

¿En qué consiste el principio de proporcionalidad? En ser un método para interpretar y argumentar principios constitucionales cuando ante situaciones jurídicas se encuentran en colisión y se hace necesario determinar cuál de los principios constitucionales en conflicto debe prevalecer. Se presume que no hay principios absolutos o prevalentes a otros; es decir, por ejemplo, que los principios de niñas, niños y adolescentes no están colocados *a priori*, en una situación de privilegio respecto a otros derechos y principios, sino que, en caso de conflicto entre estos principios y otros del ordenamiento, se debe aplicar el método de la proporcionalidad para que transitoriamente, y en ese caso concreto, se determine el principio prevalente sobre otros u otros.

El principio de proporcionalidad, *lato sensu*, comprende tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es obvio que, *stricto sensu*, sólo atendemos al tercero de los subprincipios. Cuando

la teoría jurídica y la jurisprudencia aluden al principio de proporcionalidad lo hacen *lato sensu* y, cuando se refieren al tercer subprincipio indican que es en estricto sentido (Clérico, 2009, pp. 39-161).

Robert Alexy dice que los tres subprincipios expresan la idea de optimización, lo que significa que interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con el principio de proporcionalidad es tratar a estos como requisitos de optimización, es decir, como principios y no como reglas. Los principios son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas (Alexy, 2006, p. 2). Los subprincipios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización vinculada a las posibilidades fácticas. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto alude a la optimización de los derechos fundamentales dentro de sus posibilidades jurídicas.

Los tres subprincipios que componen el principio de proporcionalidad, en un sentido lato, pueden analizarse en abstracto y en concreto cuando se trata de afectaciones en los derechos fundamentales por acción o por omisión de las autoridades. Casi siempre se suele explicar el principio de proporcionalidad por las intervenciones de las autoridades que afectan derechos fundamentales por sus acciones, y muy poco por las omisiones e insuficiencias de las autoridades en la protección o garantía de los derechos fundamentales.

Respecto a la afectación de derechos mediante acciones de la autoridad, definimos así los tres subprincipios: 1) el de idoneidad entraña que toda intervención⁴ legislativa o de autoridad sobre un derecho fundamental, para que sea correcta, debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; 2) el de necesidad significa que la intervención sobre un derecho fundamental, para que sea correcta, debe ser la más benigna —la que le afecte menos— de entre todas las posibles medidas de intervención; y 3) el de proporcionalidad en estricto sentido, o ley de ponderación, que precisa que la intervención en un derecho fundamental sólo se justifica por la importancia de la intervención de la autoridad para satisfacer otro derecho fundamental o principio, es decir, debe ser de tanto peso o trascendencia esa intervención para satisfacer otros derechos o principios, que la afectación o insatisfacción al derecho fundamental quede compensada

⁴ El concepto de intervención es una noción neutra que se prefiere a expresiones como violación, vulneración, conculcación, invalidez, etcétera. La intervención legislativa o de otra autoridad en un derecho fundamental sólo será considerada inconstitucional después de que aplique el principio de proporcionalidad y se estime indebida la intervención.

por la importancia de la satisfacción del otro derecho fundamental o principio satisfecho.

Desde el punto de vista de la afectación de derechos fundamentales mediante omisiones o acciones insuficientes de la autoridad, podemos definir así los tres subprincipios: 1) el de idoneidad nos dirá que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad en la protección o garantía de los derechos fundamentales es correcta si contribuye a la obtención de algún otro fin constitucionalmente legítimo; 2) el de necesidad entraña que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad es correcta si produce consecuencias más benignas que su intervención activa; y 3) el de proporcionalidad en sentido estricto debe implicar que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad que afecta derechos fundamentales —para que sea correcta— quede compensada por la importancia que estas tienen para la satisfacción de otro u otros derechos fundamentales o principios satisfechos.

La aplicación *lato sensu* del principio de proporcionalidad por omisión presenta más problemas que cuando se trata de intervenciones “activas” de la autoridad. Las razones principales de ello tienen que ver con la legitimidad democrática directa del legislador en relación a la ausencia de legitimidad democrática directa del juez constitucional y, con las medidas que puede o no adoptar el juez constitucional para salvaguardar los derechos fundamentales ante la omisión de las autoridades (Alexy, 2011, pp. 119-135). ¿Puede el juez constitucional, sin tener legitimidad democrática directa, ordenarle al legislador o la autoridad que legislen o adopten determinadas políticas públicas —de qué forma o manera— para satisfacer un derecho fundamental en donde han existido omisiones por parte de la autoridad? La respuesta es positiva dentro de ciertos límites, porque el juez constitucional no puede sustituir al legislador democrático. Se deben tomar en cuenta para ello, y entre otros elementos, los siguientes: el contenido y alcances semánticos de las normas constitucionales para fijar las condiciones de prioridad absoluta y concreta de los derechos; las relaciones con otras normas constitucionales y los derechos que éstas establecen; las características del caso para cumplir con los subprincipios de idoneidad y necesidad; y el principio de progresividad en la satisfacción de los derechos fundamentales como el nivel de la exclusión social de las personas afectadas por las omisiones de la autoridad en la protección y garantía de los derechos fundamentales, principalmente los de carácter económico, social y cultural (Clérico, 2008).

El principio de proporcionalidad está permanentemente sujeto a crítica. Se considera que no es óptimo, tal como está definido por la teoría y la

práctica judicial, para realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo fáctico y jurídicamente posible. Por eso, se propone un examen de optimalidad que permita realmente garantizar en la mayor medida posible los derechos fundamentales (Martín Reyes, 2023, pp.217-220). Estimamos, a partir de este cuestionamiento, que los derechos fundamentales de los grupos vulnerables podrían facilitar el ajuste al principio de proporcionalidad hacia la optimalidad, porque la proporcionalidad no puede entenderse igual respecto a los sectores sociales dominantes que en cuanto a los sectores sociales excluidos o débiles. Las asimetrías existentes posibilitan la realización de los ajustes.

La proporcionalidad puede tener aplicación respecto a políticas públicas, decisiones administrativas, casos concretos que se ventilan ante los jueces y, desde luego, para determinar hasta dónde la ley supone una intervención indebida a los derechos fundamentales en caso de existir o, hasta dónde la ausencia de ley afecta de manera indebida a los derechos. Entre otras, la discusión teórica en torno a la aplicación del principio de proporcionalidad sobre la legislación penal es una de las más interesantes, pues nuestro principio puede servir no sólo para determinar si las penas o sanciones son proporcionales a los delitos —artículo 22 de la Constitución— sino si la conducta típica penal —el delito legalmente previsto— es proporcional en relación con los derechos fundamentales intervenidos y en relación con los bienes jurídicos que se supone son protegidos o garantizados por la norma. Es decir, el juez constitucional puede decir que la pena o sanción es desproporcionada en relación con el delito establecido en la ley penal, pero también puede estimar que el delito mismo viola el principio de proporcionalidad porque la o las conductas que tipifica no merecen ser sancionadas penalmente sino administrativamente o, en su caso, ser reparadas por la vía civil.

Para juzgar en torno a la proporcionalidad de la pena o el delito existen criterios y enfoques diferentes, según la escuela penal o posición filosófica que adoptemos. Ferrajoli propone que la proporcionalidad de la pena o de la falta típica se pueda establecer a partir del daño que se genera con la conducta ilícita y con fundamento en la responsabilidad que se atribuye al sujeto —culpa o dolo— (Ferrajoli, 2007, p. 399).

No obstante, el principio de proporcionalidad puede utilizarse también, y como ya se dijo, para determinar si las conductas merecen tipificarse penalmente, y si la sanción penal es idónea para alcanzar los fines constitucionales de la pena (Lopera Mesa, 2006, pp. 171-172). En materia de niñas, niños y adolescentes podemos discutir si existe *a priori* y de manera abs-

tracta una prevalencia de los derechos que les son inherentes; o si, como en cualquier conflicto de derechos y de principios, tiene que existir, caso por caso, un ejercicio de ponderación. Dada la vulnerabilidad de las niñas, niños y adolescentes pienso que podríamos sostener *prima facie* la prevalencia *a priori* de sus derechos, salvo que las circunstancias del caso concreto nos obligaran a ponderar como si se tratara de situaciones más o menos simétricas, lo que significa que es posible en principio estimar alguna prevalencia *a priori* de los derechos y principios relacionados con las niñas, niños y adolescentes.

VII. Conclusiones

Los tres problemas que comentamos sucintamente —si los derechos de las niñas, niños y adolescentes deben maximizarse mediante la aplicación de la teoría de los principios extrasistémicos, lo que no se acepta en otras materias; si puede controlarse una reforma a la Constitución que derogara los principios a favor de las niñas, niños y adolescentes a pesar de que las disposiciones vigentes (artículo 61, fracción I, de la Ley de Amparo) y los criterios dominantes en la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo prohíben; y, si realmente el método de proporcionalidad es aplicable como se entiende de manera estándar en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, dadas las asimetrías efectiva de este sector— nos indican que la teoría de la argumentación dominante, general y estándar, no es plenamente útil cuando discutimos sobre derechos de grupos vulnerables.

Los derechos de niñas, niños y adolescentes requieren de una teoría argumentativa diversa a la que ha sido construida en las últimas décadas. Es necesario reconocer que los derechos de los grupos vulnerables no están en la misma jerarquía que la de los sectores sociales que no son vulnerables. Existe una desigualdad sustantiva que no puede ni debe obviarse en la teoría.

Hemos señalado en el ensayo que dos son los grandes asuntos que nos permiten hoy en día comprender la importancia de las teorías de la argumentación. El primero de ellos es el reconocimiento de los principios y valores como normas jurídicas diferentes a las reglas. Los valores y principios constitucionales, convencionales y legales orientan la creación y la interpretación del derecho en su conjunto. Pero, además, por su carácter indeterminado, estos principios posibilitan que el intérprete pueda consignar nuevos significados en las normas, lo que extiende y profundiza el alcance, por ejemplo,

de los derechos humanos o de los procedimientos democráticos —se optimizan o maximizan los derechos fundamentales y los principios democráticos en palabras de Robert Alexy—. Los principios se interpretan y argumentan hermenéuticamente, y de esta suerte se toman en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar del caso, así como la totalidad del ordenamiento jurídico —bloque y parámetro de regularidad constitucional y convencional— y el contexto cultural e histórico en donde se presenta el caso. El segundo de los asuntos fundamentales para las teorías de la argumentación contemporáneas es la distinción entre casos fáciles y difíciles. Los casos fáciles se resuelven mecánicamente, mediante silogismo y/o subsunción. Los casos difíciles —que involucran problemas de interpretación, validez y vigencia, prueba, y calificación— exigen de métodos diferentes de interpretación y de argumentación, tales como la ponderación de principios, la razonabilidad, el contenido esencial de los principios y derechos, el método fundado en el análisis de las consecuencias, entre otros.

El derecho de niñas, niños y adolescentes se debe comprender desde la argumentación y desde los dos asuntos que mencionamos. Por eso es importante conocer los principios en la materia para indicar el carácter cualificado de la argumentación en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, por la vulnerabilidad social, económica y política de este sector poblacional, diferente a la naturaleza ordinaria de la argumentación en otros ámbitos —por ejemplo, respecto a los adultos—. En cuanto a la existencia de casos difíciles, estos sirvieron para plantear la complejidad de los problemas tratados en el ensayo: los principios implícitos y extrasistémicos—si ellos son válidos jurídicamente y forman o no parte del ordenamiento jurídico—, las reformas constitucionales regresivas —si la convencionalidad podría estar sobre la Constitución—, y el cuestionamiento al método de proporcionalidad o ponderación que es insuficiente y poco solvente en su entendimiento tradicional para resolver asuntos vinculados con la prevalencia de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Las teorías de la argumentación fueron construidas bajo el supuesto de que todas las personas éramos iguales en derechos y dignidad, cuando eso no es así, ni ha sido así en el mundo real. Se precisan, por ello, de otros constructos teóricos que muestren la fragilidad de grupos como las niñas, niños y adolescentes, y que permitan interpretar y argumentar el derecho que les es aldeaño desde la perspectiva de la desigualdad y la asimetría sociológicamente vigente, para posteriormente generar las condiciones de igualdad sustancial en los derechos entre todos los grupos sociales y personas.

Es por lo que se requiere una teoría de la argumentación especial que posibilite encontrar soluciones jurídicamente plausibles respecto a grupos como los que han sido objeto de estas líneas.

VIII. Bibliografía

- Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de fecha veintinueve de septiembre de dos mil ocho dictado en el amparo en revisión 186/2008. Quejosa: Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22(66), 13-64.
- Alexy, R. (2011). Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. En J-R. Sieckmann (Coord.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy* (pp. 119-136). Marcial Pons.
- Alexy, R. (2006). Ponderación, control de constitucionalidad y representación. En P. Andrés Ibáñez y R. Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa* (pp. 1-18). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Alexy, R. (2007). *Derechos sociales y ponderación*. Fontamara.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales* (2a. ed.; C. Bernal Pulido, Trad.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ambrosio Morales, M. T. y Alejandro López, D. S. (2023). Las personas menores de doce años que cometan o participen en un hecho que la ley señale como delito en México. *Hechos y Derechos*, (76).
- Bernal Pulido, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (2a. Ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cárdenas Gracia, J. (2011). Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México al amparo en revisión 186/2008 sobre la procedencia del juicio de amparo para impugnar una reforma a la Constitución. En *Procedencia del Juicio de Amparo para impugnar una reforma a la Constitución Federal; Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (núm. 57). Suprema Corte de Justicia de la Nación; Universidad Nacional Autónoma de México.

- Cárdenas Gracia, J. (2009). *Introducción al estudio del derecho*. Nostra Ediciones; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cárdenas Gracia, J. (2004). *Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cárdenas Gracia, J. (2014). *Manual de argumentación jurídica*. Porrúa.
- Clérico, L. (2008). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 125-174). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en derecho constitucional*. Eudeba.
- Díez Gargari, R. (2012). Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (26), 65-106. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2012.26.5986>
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Dworkin, R. (1988). *El Imperio de la justicia*. Gedisa.
- Ezquiaga Ganuzas, F. J. (2006). *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Ferrajoli, L. (2007). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Flores, J. I. y Somuano, M. F. (2022). *La socialización política de los niños en México*. El Colegio de México; Universidad Nacional Autónoma de México.
- González Contró, M. (2008). *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- González Contró, M. (2015). *Derecho de las niñas y niños*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Huerta Ochoa, C. (2010). Los conflictos de normas a la luz de la teoría de los principios. En L. Clérico, J-R. Sieckmann y A. D. Oliver Lalana (Coords.), *Derechos fundamentales y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy* (pp. 219-232). Comares.
- Lopera Mesa, G. P. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Centro de Estudios Político-Constitucionales.
- MacCormick, N. (1999). Retórica y Estado de derecho. *Isegoría. Revista de Filosofía y Política*, (21), 5-21.

- Martín Reyes, J. (2023). *Más allá del test de proporcionalidad: análisis, crítica y metodologías de adjudicación alternativas al modelo de Robert Alexy*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pérez Contreras, M. M. (2023). *Aspectos jurídicos de la violencia contra la niñez y la adolescencia migrantes no acompañadas*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Prieto Sanchís, L. (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Rodríguez Gaona, R. (2006). *El control constitucional de la reforma a la Constitución*. Dykinson.
- Sánchez Gil, R. (2007). *El principio de proporcionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Tena Ramírez, F. (1980). *Derecho constitucional mexicano*. Porrúa.
- Vasconcelos Méndez, R. (2009). *La justicia para adolescentes en México. Análisis de las leyes estatales*. Universidad Nacional Autónoma de México; UNICEF.



Cómo citar

Sistema IJ

Cárdenas Gracia, Jaime, “Principios, casos difíciles y argumentación en el sistema de justicia penal para niños, niñas y adolescentes”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 53, julio-diciembre de 2025, e19124. <https://doi.org/10.22201/ijj/24484881e.2025.53.19835>

APA

Cárdenas Gracia, J. (2025). Principios, casos difíciles y argumentación en el sistema de justicia penal para niños, niñas y adolescentes. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 26(53), e19124. <https://doi.org/10.22201/ijj/24484881e.2025.53.19124>