

## PODER JUDICIAL

### SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

**SENTENCIA dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, así como los Votos Particular del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Concurrente del Ministro Javier Laynez Potisek.**

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Suprema Corte de Justicia de la Nación.- Secretaría General de Acuerdos.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 61/2016**

**PROMOVENTE: COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

**MINISTRO PONENTE: ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA**

**SECRETARIAS: ANA MARIA IBARRA OLGUÍN  
FABIANA ESTRADA TENA**

**COLABORADOR: RICARDO LATAPIE ALDANA**

Ciudad de México. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al cuatro de abril de dos mil diecisiete.

**VISTOS; y,**

**RESULTANDO:**

**PRIMERO. Presentación de la acción, autoridades emisora y promulgadora, y norma impugnada.** Por oficio presentado el dieciocho de julio de dos mil dieciséis ante la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Luis Raúl González Pérez, en su calidad de Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, promovió acción de inconstitucionalidad en la que solicitó la invalidez de las normas emitidas y promulgadas por los órganos que a continuación se mencionan:

- a) Autoridad emisora: Congreso de la Unión integrado por las Cámaras de Diputados y Senadores.
- b) Autoridad promulgadora: Presidente de la República.

Las normas impugnadas se hacen consistir en los artículos 36, tercer párrafo, 137, segundo párrafo, 139 en la porción normativa "no remuneradas", 141, fracción VII y 144, fracción I en la porción normativa de "doce años de edad", todas de la Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciséis de junio de dos mil dieciséis.

**SEGUNDO. Conceptos de invalidez.** El promovente esgrimió, en síntesis, los siguientes conceptos de invalidez:

**1. El artículo 36, párrafo tercero, de la Ley Nacional de Ejecución Penal transgrede el principio de interés superior del menor previsto en el artículo 4º, párrafo noveno de la Constitución General, al condicionar la guarda y custodia de los hijos de las mujeres privadas de la libertad a las circunstancias de su nacimiento.**

El numeral impugnado prevé las condiciones específicas de las mujeres privadas de la libertad con hijos, así como el derecho a la convivencia con los menores en el centro penitenciario hasta que cumplan la edad de 3 años, entre otras prerrogativas.<sup>1</sup> No obstante, el artículo impugnado sólo se refiere a los menores que nacieron durante el internamiento de la madre, lo que genera una exclusión injustificada respecto de los menores que no hayan nacido durante el mismo.

Esta situación repercute en derechos como el de guarda y custodia de los menores, previsto por el artículo 10 de la propia Ley Nacional de Ejecución de Penal. Lo anterior debido a que el artículo 36 establece como parámetro para el otorgamiento de estos derechos el que el menor nazca durante el internamiento de la madre. Esto deriva en un trato diferencial e injustificado, que no tiene algún sustento objetivo, más aún cuando se trata de menores de edad con un alto grado de vulnerabilidad. En consecuencia, el artículo impugnado transgrede el principio del interés superior de los menores en perjuicio de aquellos que no hayan nacido en el centro penitenciario, pues limitan sus derechos derivados del internamiento de sus madres, así como su protección.

**2. El artículo 137, párrafo segundo, de la Ley Nacional de Ejecución Penal transgrede el principio de reinserción social al establecer como requisito para obtener la libertad condicionada que se cubra el costo de un dispositivo de monitoreo electrónico.**

El precepto controvertido genera un trato diferenciado entre los beneficiarios de la libertad condicional, pues no prevé el parámetro por virtud del cual se califique quién puede o no costear el dispositivo, haciendo discrecional el otorgamiento de la libertad condicional. En ese sentido, la norma toma como punto de partida

<sup>1</sup> Tales como la posibilidad de ampliar el plazo de estancia del menor cuando tenga una discapacidad y la madre es la única responsable para hacerse cargo de él, el derecho de los menores del disfrute del más alto nivel posible de salud y atención médica, el derecho de los menores a recibir educación inicial y a participar en actividades recreativas y lúdicas, el derecho del menor a ser examinado, preferentemente por un pediatra, y en su caso recibir tratamiento médico.

la situación económica de una persona para acceder al beneficio legal, distinción que está prohibida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos al constituir una categoría sospechosa.

Por otra parte, el artículo impugnado impone una barrera para la obtención del beneficio al adicionar una condición material (cubrir el costo del sistema de monitoreo electrónico) a los requisitos previstos por la Constitución General,<sup>2</sup> misma que resulta indebida y excesiva.

También, la imposición del costo del sistema de monitoreo no tiene relación con la pena, además de que toma en consideración la condición económica de la familia para imponerles la misma carga, a pesar de que la pena es individualizada.

Si bien la Constitución permite al legislador establecer beneficios penitenciarios para lograr el principio de reinserción social en favor de los procesados, también es cierto que esa facultad no debe ejercerse al margen de los derechos fundamentales establecidos en la propia Constitución. Al respecto, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, en los Principios II y III, prohíben la discriminación en razón de la posición económica de la persona privada de la libertad. Asimismo, los Estados deben promover -en la aplicación de las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de la libertad- los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia.

### **3. El artículo 139 de la Ley Nacional de Ejecución Penal vulnera los artículos 1º y 18 de la Constitución General al distinguir entre quienes realizan actividades remuneradas y las que no, con el fin de evaluar la reducción de las obligaciones del régimen de supervisión de las personas en libertad condicional.**

El artículo 139 regula que las personas que se encuentren en libertad condicional pueden solicitar la reducción de las obligaciones en el régimen de supervisión, siempre y cuando se hubieren dedicado de forma exclusiva a actividades productivas, educativas, culturales o deportivas no remuneradas.

Ahora bien, la calificación de “no remuneradas” engloba dos consecuencias distintas. Quienes realicen una actividad remunerada no pueden reducir sus obligaciones del régimen de supervisión. En cambio, quienes realicen una actividad sin remuneración sí pueden reducir sus obligaciones del régimen de supervisión. Esto genera una distinción en perjuicio de las personas que realizan una actividad remunerada para obtener ingresos para su subsistencia y para quienes el trabajo remunerado es la única forma de asegurar una vida digna.

Así, se da un trato discriminatorio a las personas que realizan actividades como parte del programa de reinserción social y reciben una contraprestación a cambio. Lo anterior resulta contrario a las bases del sistema penitenciario, previsto en el artículo 18, segundo párrafo de la Constitución que ordena que el sistema se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación, la educación, la salud y el deporte.

### **4. El artículo 141, fracción VII de la Ley Nacional de Ejecución Penal viola el derecho a la reinserción social previsto en el artículo 18 de la Constitución General al realizar una distinción injustificada y desproporcionada entre delitos dolosos y culposos para el otorgamiento del beneficio de la libertad anticipada.**

El artículo 141 dispone de los requisitos que deben cumplirse para conceder la libertad anticipada de la persona sentenciada. Entre los requisitos, la fracción VII establece el cumplimiento del 70% de la pena impuesta en los delitos dolosos o el 50% de la pena tratándose de delitos culposos. La anterior distinción resulta inconstitucional dado que el que un delito haya sido doloso o culposo ya fue tomado en cuenta por el juzgador que impuso la pena. Así, no puede tomarse en cuenta de nuevo en la ejecución de la pena.

Asimismo, valorar la calidad de si un delito es doloso o culposo implica a una invasión competencial por parte del juez especializado en ejecución de sentencia sobre la materia juzgada por el juez de proceso penal. Esto genera inseguridad jurídica al permitir una doble valoración judicial del aspecto de la intencionalidad del delito.

De tal forma, la fracción VII del artículo 141 se opone al contenido del artículo 18 constitucional, que prevé el derecho a la reinserción social, dado que trata con mayor rigor a las personas sentenciadas por un delito doloso en un doble momento: primero, cuando se le impone la pena en la sentencia; y, segundo, cuando considera la intencionalidad del delito como requisito para alcanzar la libertad condicional.

En consecuencia, el trato diferenciado y riguroso para las personas sentenciadas por delitos culposos tiene un efecto contrario a la reinserción social, al impedir que este grupo acceda a la realización plena y efectiva del mismo, por lo que se solicita que se realice un test de razonabilidad de la medida a fin de declarar su inconstitucionalidad.

### **5. El artículo 144, fracción I en la porción normativa “de doce años de edad” de la Ley Nacional de Ejecución Penal viola los artículos 1º y 4º de la Constitución General, pues margina a los mayores de trece años y menores de dieciocho.**

El precepto controvertido dispone que el Juez de ejecución podrá sustituir la pena privativa de la libertad por alguna pena o medida de seguridad no privativa de la libertad, a aquellas personas que tengan un hijo siempre y cuando sea menor de doce años y dependa únicamente de esa persona.

---

<sup>2</sup> i. Que no se haya dictado otra sentencia condenatoria firme, ii. Que no exista riesgo objetivo en su externamiento para la víctima u ofendido, los testigos que depusieron en su contra y para la sociedad, iii. Haber tenido buena conducta durante su internamiento, iv. Haber cumplido satisfactoriamente con el Plan de Actividades al día de la solicitud, v. haber cubierto la reparación del daño y la multa, vi. No está sujeto a otro proceso penal del fuero común o federal por delito que amerite prisión preventiva, y vii. Que se haya cumplido con la mitad de la pena tratándose de delitos dolosos.

Así, la sustitución de la pena está condicionada a una distinción realizada con base en la edad de los menores. Lo anterior sin importar que la Convención sobre los Derechos de los Niños establece que son niños todas aquellas personas menores de dieciocho años. Por ende, atendiendo al principio de interés superior del menor, también los mayores de doce años y menores de dieciocho años necesitan del cuidado de sus padres para su desarrollo, transgrediéndose así los artículos 1º y 4º constitucionales, 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 29 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Apoyan lo anterior las tesis 1ª. CCCLXVIII/2015 (10ª.) y 1ª. CCLXV/2015 (10ª.), de rubro: "DISCRIMINACIÓN NORMATIVA. EL LEGISLADOR PUEDE VULNERAR EL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD ANTE LA LEY POR EXCLUSIÓN TÁCITA DE UN BENEFICIO O POR DIFERENCIACIÓN EXPRESA" y "EVOLUCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LOS MENORES. FUNDAMENTO, CONCEPTO Y FINALIDAD DE ESE PRINCIPIO", respectivamente.

**TERCERO. Artículos que se estiman violados.** Los artículos 1º, 4º, párrafo noveno, 6º, apartado A, fracción II, 16, párrafos segundo y décimo segundo, 18, párrafo segundo, 22, primer párrafo de la Constitución General; 1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5.3, 17 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, 1º, 8º y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

**CUARTO. Admisión y trámite.** Por acuerdo de primero de agosto de dos mil dieciséis, el Ministro Presidente de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó formar y registrar el expediente relativo a la presente acción de inconstitucionalidad a la que correspondió el número 61/2016 y remitió el expediente al Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien por razón de turno fue designado como ponente para formular el proyecto de resolución respectivo.

En proveído de quince de agosto de dos mil dieciséis, el Ministro instructor admitió la acción relativa y ordenó dar vista al Congreso de la Unión por conducto de las Cámaras de Diputados y de Senadores que emitió las normas y al Presidente de la República que las promulgó, para que rindieran sus respectivos informes, así como a la Procuradora General de la República para que formulara el pedimento que le corresponde.

**QUINTO. Informes de las autoridades responsables y pedimento de la Procuraduría General de la República.** Dada la similitud de los argumentos vertidos por las autoridades responsables y la Procuraduría General, se expondrán de manera conjunta en lo siguiente.

**1. El artículo 36 de la Ley Nacional de Ejecución Penal no distingue entre los menores que nacen durante el internamiento de la madre y los que no.**

Contrario a lo afirmado por la Comisión promovente, el artículo 36 de la Ley impugnada no da un tratamiento diferenciado entre los menores que nacen durante el internamiento de su madre y los que no. En efecto, de un análisis de los párrafos cuarto y quinto del artículo 36, se advierte que todos los hijos de mujeres privadas de la libertad podrán permanecer con su madre dentro del centro penitenciario hasta que hayan cumplido 3 años de edad, con independencia del lugar del nacimiento, por lo que el artículo controvertido resulta apegado al principio del interés del menor en tanto que establece el derecho de los menores a permanecer con sus madres.

Ahora bien, la medida consistente en que los menores que nacieron en un centro penitenciario permanezcan con las madres que están privadas de su libertad tiene la justificación en que favorece a la generación de la relación de apego entre madre e hijo, y así impedir que una separación prematura tenga consecuencias como la afectación en el desarrollo psicológico del menor.

Las consecuencias perjudiciales por la separación de la madre en el desarrollo del menor se potencializan según la edad del niño pues, cuanto más pequeño es, mayor el efecto de alejamiento. Esto se debe a que el vínculo se forma hasta el periodo de entre 7 y 9 meses de edad. Así, sólo al final del primer año de vida los niños son capaces de conservar y recuperar representaciones de sus cuidadores de forma confiable.

En estas condiciones, el artículo 36 de la Ley Nacional de Ejecución Penal tiene el efecto de garantizar el principio del interés superior del menor en la medida en que procura que su derecho a la libertad no se vea afectado por un tiempo prolongado, sino únicamente por el indispensable para fortalecer el vínculo afectivo y de apego con su madre. Lo anterior evita que el menor se vea afectado en la imagen que de sí mismo se forma en la etapa inicial y central de su desarrollo, así como evita la familiarización del ambiente penitenciario, y preserva su vida privada e intimidad familiar. En ese sentido, estudios empíricos han concluido que los menores que se encuentran en un centro penitenciario tienden a desarrollar problemas de sobrepeso y alta prevalencia de trastornos emocionales. Así, es más factible que se den estas consecuencias negativas entre más tiempo se permita que los menores estén en los centros penitenciarios.

En atención a ello, de acuerdo con el principio del interés superior del menor, es imperativo establecer una edad límite a su permanencia en un centro penitenciario. Por ende, la norma reclamada no genera una exclusión de aquellos menores que no hayan nacido durante el internamiento, como lo afirma la Comisión. Ello, puesto que no establece una distinción para acceder al derecho de guarda y custodia, sino sólo busca establecer un plazo temporal uniforme para que el menor permanezca con su madre en reclusión y evitar graves afectaciones en su desarrollo integral.

**2. El artículo 137, segundo párrafo, de la Ley Nacional de Ejecución Penal no transgrede los derechos de las personas privadas de la libertad por solicitar en ciertos casos que cubran el costo del dispositivo de monitoreo.**

Si bien el artículo 18, párrafo segundo de la Constitución, admite la posibilidad de que se otorguen beneficios preliberacionales, lo cierto es que no se advierte que exista la prohibición de negarlos, siendo el legislador quien deberá establecer los requisitos y el marco legal necesario para obtenerlos.

Contrario a lo que aduce la Comisión, la distinción en cuanto al pago del costo del dispositivo de monitoreo electrónico para obtener la libertad condicionada tiene una justificación objetiva y razonable.

Lo anterior puesto que el pago del costo del dispositivo tiene como finalidad primordial en contribuir al gasto público y así disminuir la carga financiera del Estado al ser el único que puede satisfacer en la medida de lo posible las demandas sociales. A través del cobro se logra el rediseño del sistema penitenciario (infraestructura, equipamiento, tecnología de la información y comunicación) y el pago de dispositivos de aquellos que están imposibilitados económicamente para solventar el equipo de monitoreo, a pesar de que cumplen con todos los requisitos que exige la Ley para la libertad condicional.

Al respecto, en la acción de inconstitucionalidad 16/2011 y su acumulada 18/2011 que analizó de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal, el pago por el uso de brazaletes electrónicos de personas sentenciadas que obtienen los beneficios preliberacionales, se determinó que dicho pago es constitucional dado que buscar servir a la contribución del gasto público.

Además, el nuevo Sistema Integral de Justicia Penal tiene como principal objetivo garantizar los derechos de la persona sentenciada para lograr el cumplimiento de los principios del sistema, por lo que la concesión de los beneficios preliberacionales y sanciones no privativas de la libertad lograrían reducir el hacinamiento en los centros penitenciarios, el rediseño de la administración penitenciaria, reducir las tasas de reincidencia, lograr la efectividad de las políticas de reinserción social, adecuada gestión penitenciaria y buscar el máximo beneficio a la persona sentenciada.

Por otra parte, el artículo impugnado no obliga coactivamente a cubrir el costo del dispositivo, sino sólo cuando las condiciones económicas lo permitan, por lo que el pago del costo del dispositivo no es determinante para obtener la libertad condicional al existir otro requisito consistente en la reparación del daño y el pago de la multa correspondiente.

El otorgamiento no es arbitrario por existir una diferencia de trato, dado que es el Juez quien determina su concesión atendiendo siempre el mayor beneficio de la persona sentenciada.

**3. El artículo 139 de la Ley de Ejecución Penal no viola los principios de igualdad y no discriminación, ni el principio de reinserción social.**

La reinserción social reconoce a la delincuencia como un problema social y no individual, y asume que quien comete un acto delictivo se aparta de la sociedad al no estar integrada a ella, por ende, su reinserción prevé un conjunto de actividades y programas para que las personas condenadas a pena privativa de la libertad estén preparados para regresar a la sociedad.

En este contexto está inserto el artículo 139 de la Ley Nacional de Ejecución Penal que prevé la reducción de obligaciones en el régimen de supervisión –en los supuestos de libertad condicional-, en el que el trabajo es considerado como punto de partida para la reinserción del sentenciado pues obedece a la necesidad de dotar de herramientas a los internos para encontrar un oficio y tener un sustento económico.

En ese sentido, el trato diferenciado basado en la naturaleza de la actividad no remunerada para conceder la reducción de las obligaciones en el régimen de supervisión, tiene como justificación en que dichas actividades favorecen a la sociedad en la que se desenvuelve el condenado, y así reafirma su compromiso con la sociedad a la que se está reinsertando.

Así, los beneficios de preliberación no son un derecho fundamental, ni están tutelados en el artículo 18 constitucional. Si bien tal precepto constitucional prevé la aplicación de beneficios, lo cierto es que la Ley secundaria establecerá los requisitos para su otorgamiento, por lo que no se viola el principio de igualdad.

De tal forma, el otorgamiento del beneficio o su negativa no implican una violación al artículo 18 constitucional, dado que los requisitos para la obtención del beneficio no deben confundirse con los principios del sistema integral de justicia penal. Además, el beneficio atiende a la política criminal de lograr la reinserción social del sentenciado, pero no supone su otorgamiento obligatorio y para cualquier sujeto.

La disposición controvertida se sustenta en el principio de retribución de merecimientos, según el cual resulta justificado dar un trato diferenciado a una persona que tenga un merecimiento respecto a otra que no lo tenga. Así aquella persona que haya cumplido con un trabajo relativo a actividades productivas, educativas, culturales o deportivas no remuneradas se hará merecedora de la reducción de obligaciones en el régimen de supervisión.

Tampoco el artículo 139 establece un tratamiento arbitrario al distinguir a los sentenciados que estén en aptitud de obtener los beneficios y aquellos que no cumplan con los requisitos, dado que tiene una finalidad constitucional que consiste en la reinserción social. Así, las distinciones y requisitos previstos en el dispositivo controvertido están racionalmente conectados con la persecución de tal fin y no incurrir en desproporción alguna.

**4. El artículo 141, fracción VII, de la Ley Nacional de Ejecución Penal no viola el principio de reinserción social al tomar en cuenta el tipo de delitos para efectos del otorgamiento de la libertad anticipada.**

La Comisión promovente hace una interpretación parcial de tal principio. Al establecerse como requisito para el otorgamiento del beneficio de libertad anticipada, el cumplimiento del 70% de la pena impuesta en los delitos dolosos o la mitad de la pena tratándose de delitos culposos, se entiende como una medida razonable de política criminal que el legislador adoptó en uso de su facultad configurativa.

Por otra parte, no se viola el principio *non bis in ídem* al tomar en cuenta la intencionalidad del delito para la procedencia del beneficio, dado que no se está sujetando nuevamente al procesado a una causa por los mismos hechos delictivos. Siendo aplicable la tesis 1ª. XVII/2015 (10ª.), de rubro: "*SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN Y CONDENA CONDICIONAL. LOS ARTÍCULOS 70 Y 90 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL NO VULNERAN EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM*".

Asimismo, la fracción normativa no invade las atribuciones del juez de origen, ya que el juez de ejecución tiene la facultad para analizar aquellas peticiones en las que el sentenciado solicite algún beneficio preliberacional.

Ahora bien, contrario a lo que señala la Comisión, el artículo impugnado no viola el artículo 18 constitucional, pues todos los beneficios de libertad anticipada adquieren una nueva connotación, a raíz de las reformas recientes, dado que tienen una finalidad instrumental al ser medios adecuados para conseguir la reinserción social del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir.

Por tanto, el que la Ley fije requisitos necesarios para el otorgamiento del beneficio, los cuales deben cumplirse y ser valorados por el juez de ejecución, no resulta contrario al artículo 18 constitucional pues sólo denota la intención del legislador de que ciertas conductas delictivas conlleven un tratamiento más riguroso, en aras de proteger los derechos de la sociedad a la paz y a la seguridad social.

**5. La porción normativa "de doce años de edad", contenida en el artículo 144, fracción I, de la Ley Nacional de Ejecución Penal no viola el principio de igualdad, ni el principio del interés superior del menor.**

El propio artículo 144 dispone que en todos los supuestos bajo los cuales se puede solicitar la sustitución de penas, debe considerarse el interés del menor, lo que se traduce que en el juez de ejecución tiene la obligación de hacer prevalecer dicho principio, corroborándose también por el hecho de que en caso de que el menor tenga una discapacidad, el beneficio de sustitución de la pena privativa de libertad debe concederse, por lo que el artículo impugnado garantiza el interés superior de la niñez.

De la lectura del artículo impugnado, se advierte que responde más bien al principio de evolución de las facultades del niño. Este principio permite comprender que a medida en que los niños adquieren competencias cada vez mayores, disminuye su necesidad de dirección y orientación, y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades respecto de decisiones que afectan su vida. Sustenta lo anterior la tesis 1ª. CCLXVI/2015 (10ª.), de rubro: "*EVOLUCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LOS MENORES. FUNDAMENTO, CONCEPTO Y FINALIDAD DE ESE PRINCIPIO*".

La distinción descansa en el hecho de que, durante la primera infancia, se requiere mayor participación de los padres, pues –de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño– en esta etapa los niños atraviesan el periodo más rápido de crecimiento y cambio en todo su ciclo vital, se crean vínculos emocionales fuertes con sus padres, se establecen importantes relaciones con otros niños de su misma edad, así como empiezan a captar activamente las dimensiones físicas, sociales y culturales del mundo, y por último, los primeros años son la base de su salud física y mental.

Así, la distinción que prevé el artículo impugnado encuentra sustento en las anteriores características propias de los menores de doce años y, en general, de todos los menores que se encuentran en la fase de primera infancia frente a las características y aptitudes que tienen los mayores de esa edad o adolescentes.

Por otro lado, la medida prevista en la norma impugnada constituye una acción positiva que tiene por objeto compensar la situación desventajosa en la que se encuentran los hijos e hijas de personas privadas de la libertad que sean menores de doce años o tengan una condición de discapacidad que no les permita valerse por sí mismos y que la persona privada de la libertad sea su principal o única cuidadora.

En el caso hay un criterio objetivo y razonable que lleva al legislador a conceder la sustitución de la pena privativa de libertad, cuando se requiere proteger a los hijos de las personas privadas de la libertad que sean menores de doce años de edad o que tengan una condición de discapacidad, siempre y cuando ella sea su cuidadora principal o única cuidadora.

El anterior parámetro no es inconstitucional en la medida en que la diferencia es para el efecto de reconocer que los niños/niñas y los adolescentes tienen diversas necesidades que deben ser satisfechas de manera diferenciada, como el cuidado de uno de los progenitores.

En consecuencia, la porción normativa no violenta el principio de interés superior del niño, por el contrario busca hacer efectivo el ejercicio de sus derechos mediante el reconocimiento del principio de la evolución de la autonomía de los menores.

**SEXTO. Cierre de instrucción.** Recibidos los alegatos, por proveído de trece de octubre de dos mil dieciséis, se cerró la instrucción de este asunto y se envió el expediente al Ministro instructor para la elaboración del proyecto de resolución correspondiente.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO. Competencia.** Este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer y resolver la presente acción de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 105, fracción II, inciso g) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 10, fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con el Punto Segundo, fracción II, del Acuerdo General número 5/2013 de trece de mayo de dos mil trece, toda vez que el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos plantea la posible contradicción entre diversos artículos de la Ley Nacional de Ejecución Penal con la Constitución General y diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos.

**SEGUNDO. Oportunidad.** En primer término se analizará si la demanda se presentó en forma oportuna.

Los artículos 36, tercer párrafo, 137, segundo párrafo, 139, 141, fracción VII y 144, fracción I de la Ley Nacional de Ejecución Penal fueron publicados el dieciséis de junio de dos mil dieciséis en el Diario Oficial de la Federación,<sup>3</sup> por lo que es a partir del día siguiente a la fecha indicada, que debe hacerse el cómputo respectivo.

Así, de conformidad con el artículo 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>4</sup> el plazo de treinta días para promover la presente acción transcurrió del viernes diecisiete de junio de dos mil dieciséis al domingo diecisiete de julio de ese año, pero al ser inhábil podía presentarse el primer día hábil siguiente, esto es, el dieciocho de julio siguiente.

En consecuencia, toda vez que el escrito inicial de la acción de inconstitucionalidad se presentó el lunes dieciocho de julio de dos mil dieciséis en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de este Alto Tribunal, según se advierte del sello de recepción que obra al reverso de la foja 48 del expediente, su presentación fue oportuna.

**TERCERO. Legitimación.** De conformidad con el artículo 105, fracción II, inciso g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos puede promover la acción de inconstitucionalidad contra leyes de carácter estatal que vulneren los derechos humanos contenidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales.

Por otra parte, el artículo 11, párrafo primero, en relación con el 59, de la Ley Reglamentaria de la materia,<sup>5</sup> establece que las partes deben comparecer a juicio por conducto de los funcionarios que, en términos de las normas que los rigen, estén facultados para representarlos.

En el caso, el escrito inicial fue suscrito por Luis Raúl González Pérez, en su carácter de Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, lo que acreditó con copia de la comunicación emitida por el Presidente de la Mesa Directiva de la Sexagésima Segunda Legislatura de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, por la que se le hace saber que, en sesión celebrada el trece de noviembre de dos mil catorce, fue aprobada su designación para ocupar tal cargo en el periodo dos mil catorce a dos mil diecinueve.<sup>6</sup>

Dicho funcionario ostenta la representación de la Comisión, en términos de lo dispuesto por los artículos 15, fracción I de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos<sup>7</sup> y 18 de su Reglamento Interno;<sup>8</sup> y cuenta con la facultad expresa para promover acciones de inconstitucionalidad de acuerdo con el artículo 15, fracción XI de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.<sup>9</sup>

Además, en el caso se plantea la incompatibilidad de diversos artículos de la Ley Nacional de Ejecución Penal con la Constitución General y tratados internacionales, por estimar violatorio de la prohibición de penas trascendentes, la obligación de garantía del Estado, los derechos a la protección de datos personales, a la igualdad, a la reinserción social, a la vida privada, de legalidad, de interés superior del niño y *pro persona*.

En consecuencia, al ser la Comisión Nacional de los Derechos Humanos un órgano legitimado para ejercer la acción de inconstitucionalidad en este supuesto y habiéndose promovido por quien cuenta con facultades para representar a dicho órgano, procede reconocerse la legitimación activa en este asunto.

<sup>3</sup> De foja 50 a 114 del expediente.

<sup>4</sup> "Artículo 60.- El plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial. Si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente.

En materia electoral, para el cómputo de los plazos, todos los días son hábiles."

<sup>5</sup> "Artículo 11. El actor, el demandado y, en su caso, el tercero interesado deberán comparecer a juicio por conducto de los funcionarios que, en términos de las normas que los rigen, estén facultados para representarlos. En todo caso, se presumirá que quien comparezca a juicio goza de la representación legal y cuenta con la capacidad para hacerlo, salvo prueba en contrario. (...)"

"Artículo 59. En las acciones de inconstitucionalidad se aplicarán en todo aquello que no se encuentre previsto en este Título, en lo conducente, las disposiciones contenidas en el Título II."

<sup>6</sup> Foja 49 del expediente.

<sup>7</sup> "Artículo 15. El Presidente de la Comisión Nacional tendrá las siguientes facultades y obligaciones:

I. Ejercer la representación legal de la Comisión Nacional; (...)"

<sup>8</sup> "Artículo 18. La Presidencia es el órgano ejecutivo de la Comisión Nacional. Está a cargo de un presidente, al cual le corresponde ejercer, de acuerdo con lo establecido en la Ley, las funciones directivas de la Comisión Nacional y su representación legal."

<sup>9</sup> "Artículo 15. El Presidente de la Comisión Nacional tendrá las siguientes facultades y obligaciones:

(...)"

XI.- Promover las acciones de inconstitucionalidad, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, y

(...)"

**CUARTO. Causas de improcedencia.** En la presente acción de inconstitucionalidad, las autoridades emisora y promulgadora de la norma impugnada no adujeron causas de improcedencia o motivos de sobreseimiento, ni este Alto Tribunal advierte la actualización de alguna de ellas, por lo que se procede al análisis de los conceptos de invalidez.

**QUINTO. Estudio de fondo.** A fin de dar respuesta a los planteamientos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos es necesario, en primer lugar, retomar las consideraciones de este Alto Tribunal en torno al principio de reinserción social. Segundo, se desarrollará el marco teórico sobre el derecho a la igualdad y no discriminación. Por último, este Tribunal Pleno dará respuesta a los conceptos de invalidez planteados por la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

#### **I. El desarrollo jurisprudencial del principio de reinserción social**

Esta Suprema Corte ha podido pronunciarse sobre el principio de reinserción social en distintas ocasiones. Por ello conviene retomar dichas consideraciones antes de dar respuesta a los conceptos de invalidez.

En la **Acción de Inconstitucionalidad 16/2011**,<sup>10</sup> este Tribunal Pleno elaboró sobre la reforma al artículo 18 de nuestra Constitución. En dicha ocasión, se advirtió que la reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación de dieciocho de junio de dos mil ocho, que entró en vigor el diecinueve de junio de dos mil once, introdujo el modelo penitenciario de reinserción social. En atención a ello, se advirtieron los siguientes cambios:

- a) Se sustituyó el término "readaptación" por el de "reinserción".
- b) Se abandonaron los términos "delincuente" y "reo" por el de "sentenciado".
- c) Se incluyó el fomento al respeto por los derechos humanos, como medio para lograr la reinserción.
- d) Fue incluido un objetivo adicional al de "lograr la reinserción"; a saber: "procurar que la persona no vuelva a delinquir".
- e) Fue adicionado el concepto "beneficios" como parte de la lógica del sistema penitenciario.<sup>11</sup>

En dicha ocasión, el Tribunal Pleno señaló que el concepto de reinserción social funge como un principio que pone en línea el derecho penitenciario con el derecho penal del acto. El hecho de que la Constitución General elimine la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que el infractor es un sujeto al que pudiera atribuirse el adjetivo de "desadaptado", ayuda a formar la convicción de que nuestro sistema actual se decanta por un derecho penal sancionador de actos o de delitos, y no de personalidades. Lo mismo demuestra el abandono de los términos "delincuente", y "reo" pues también exhibe la intención del Constituyente Permanente de eliminar cualquier vestigio de un "derecho penal de autor", permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito. Dicho propósito constitucional se refuerza con la prohibición de las 'marcas' y otras penas inusitadas y trascendentales, establecida en el artículo 22, primer párrafo, de la Constitución General; así como la establecida en el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que proscribiera cualquier pena o trato cruel, inhumano o degradante.

En el mismo orden de ideas, este Tribunal Pleno señaló que el concepto de reinserción social debe interpretarse como un principio reconocido en el texto constitucional rector del ordenamiento penitenciario, y no como una regla. Esto supone distintos efectos. Los principios generan actitudes favorables de adhesión o de disenso hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso.<sup>12</sup> A diferencia de las reglas, los principios carecen de supuestos de hecho y por tanto sólo se les puede dar un significado haciéndolos reaccionar ante un caso concreto.<sup>13</sup>

De igual forma, este Alto Tribunal señaló que, al interpretar el concepto de reinserción social como un principio, éste puede asumirse como un conjunto de derechos y criterios de justicia penitenciaria fundados en los derechos humanos del sentenciado y, con mayor razón, de la persona procesada sujeta a prisión preventiva, al trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, conforme a lo establecido por el artículo 18 constitucional (además de otros derechos implícitos como el derecho a una estancia digna y a la alimentación).<sup>14</sup> En efecto, tal y como lo advirtió el Poder Revisor, no haría sentido desocializar para resocializar; *excluir para incluir*, sólo hacía cierto sentido bajo la premisa de la readaptación. En cambio, una lectura del propósito constitucional de la reinserción como principio y no como regla literal, adquiere un significado plausible con los demás principios que orientan al Derecho penal.

En el caso de las personas privadas de la libertad, dada la especial vulnerabilidad en que ellas se encuentran, el sistema de ejecución penal en su conjunto, ha de satisfacer estándares específicos considerando en su diseño las externalidades negativas que produce la reclusión y la necesaria adopción de medidas para disminuir sus efectos perniciosos en la vida y la salud de las y los internos. No puede dejarse de lado que la cárcel como tal difícilmente produce efectos útiles para la persona y que, al contrario, favorece condiciones negativas que pueden mermar severamente su desarrollo personal, familiar y social durante y

<sup>10</sup> Resuelta por el Tribunal Pleno en sesión de 19 de febrero de 2015.

<sup>11</sup> Estos cambios constitucionales obedecieron a motivos concretos que fueron claramente vislumbrados durante los procesos de reforma y que la Primera Sala de esta Suprema Corte ya ha señalado en diversas resoluciones, entre otras, los Amparos en Revisión 329/2011, 634/2012 y 673/2012.

<sup>12</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, (Madrid: Trotta, 1995), p. 110.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Sarre, Miguel. "Ejecución de sanciones y medidas penales privativas de la libertad", en *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*. (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, 2013) Vol. II, p. 1853.

después de la reclusión.<sup>15</sup> En ese sentido, la reinserción social del sentenciado no puede alcanzarse a través de la pena, sino que debe perseguirse a pesar de ella.<sup>16</sup> Ello supone una gran diferencia con el sistema penitenciario de readaptación social pues este sistema consideraba a la ejecución de la pena como el medio para lograr la reeducación y corrección del sujeto desviado.

En el mismo sentido, se advirtió que se debe tomar en consideración que nuestro sistema penitenciario no está diseñado simplemente para reprochar una conducta y hacer efectiva una sanción que ha impuesto un juez, sino también tiene como finalidades: a) lograr la inserción de esa persona en la sociedad, y b) procurar que esa persona no vuelva a delinquir.

Una de las maneras de hacer efectivo el principio de reinserción social es mediante el diseño de un sistema de beneficios preliberaciones, contenido en el Título Quinto de la Ley Nacional de Ejecución Penal. A través de estos beneficios se pretende, como ya se mencionó, que la persona privada de su libertad no se vea extrañado de la sociedad a grado tal que pierda conexión con ésta.

En ese sentido, se ha estimado que la finalidad de los beneficios preliberacionales es eminentemente instrumental, pues estos sólo son medios para alcanzar la reinserción social de las personas privadas de la libertad. Así, el hecho de que el fin último de nuestro sistema sea la reinserción social del individuo no puede admitirse como justificación para otorgar los beneficios preliberacionales. Lo anterior en razón de que estos beneficios no pueden concebirse como prerrogativas incondicionales que asisten a las personas privadas de su libertad, pues esto no sería acorde con el sistema penitenciario diseñado en nuestra Constitución.

Permitir sin más el acceso a los beneficios, podría dar resultados negativos en el proceso de reinserción social de algunos individuos. En cambio, al establecer requisitos se puede diseñar un sistema que incentive que se acceda a estos beneficios en el tiempo adecuado para potencializar sus efectos. Este pronunciamiento fue retomado en otras ocasiones,<sup>17</sup> derivando en la tesis de jurisprudencia de rubro: **BENEFICIOS PENALES PARA LOS SENTENCIADOS. EL HECHO DE QUE SE CONDICIONE SU OTORGAMIENTO, NO ES CONTRARIO AL ARTÍCULO 18, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.**<sup>18</sup>

Ahora bien, no obstante se ha entendido al principio de reinserción social como un principio que debe permear toda la política penitenciaria del Estado, esta Suprema ha determinado en diferentes precedentes que **el legislador tiene un amplio margen de configuración para determinar los requisitos para acceder a los beneficios preliberacionales.**

Al respecto, la Primera Sala de esta Suprema Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse, en diversas ocasiones, sobre la constitucionalidad de los requisitos obtener beneficios penales. Así, en el **Amparo en Revisión 329/2011, la Primera Sala advirtió que los beneficios preliberacionales no deben considerarse un derecho fundamental de las personas privadas de la libertad sino una facultad de configuración legislativa.**

Con todo, el amplio margen de configuración que tiene el legislador en este tema se encuentra limitado por la garantía y protección de otros derechos fundamentales. En consecuencia, el legislador no puede imponer requisitos que sean inconstitucionales.

Ahora bien, en el caso concreto, el argumento común a los conceptos de invalidez planteados por la Comisión promovente consiste en que los preceptos impugnados contravienen el derecho a la igualdad, por lo que en cada caso debe evaluarse si los requisitos o diferenciaciones que impugna la parte actora son contrarios a la cláusula de igualdad y no discriminación. Para ello se desarrollará el contenido normativo que esta Suprema Corte le ha dado al artículo 1º de la Constitución General y al denominado test de razonabilidad o igualdad.

## II. Alcances del derecho a la igualdad y no discriminación

El principio de igualdad está previsto en el artículo 1º de la Constitución General a través de la prohibición de discriminación.<sup>19</sup> Asimismo, el derecho a la igualdad está reconocido en el orden jurídico internacional en los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>20</sup> en los artículos 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>21</sup> y por cuanto hace al sistema convencional interamericano

<sup>15</sup> Baratta, Alessandro. "Resocialización o control social. Por un concepto crítico de 'reintegración social' del condenado", en *Criminología y Sistema Penal*, (Buenos Aires: ed. B de F, 2004), p. 378.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 379.

<sup>17</sup> Véanse los Amparos en Revisión 634/2012, 673/2012, 675/2012 y 209/2014, resueltos por la Primera Sala.

<sup>18</sup> 1ª J.16/2016 (10ª). Localizable en el Semanario Judicial de la Federación, libro XXVIII, marzo de 2016, tomo I, página 951.

<sup>19</sup> **Artículo 1º**

...

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

<sup>20</sup> **Artículo 1.** Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

**Artículo 2.** Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

<sup>21</sup> **Artículo 2. 1.** Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

**Artículo 3.** Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

**Artículo 26.** Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

destacan el preámbulo y artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>22</sup> y los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>23</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) señaló en su Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, que:

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.”<sup>24</sup>

No obstante, la CoIDH ha establecido que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.<sup>25</sup> En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”.<sup>26</sup>

Asimismo, la CoIDH estableció que: “[n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.”<sup>27</sup>

En los mismos términos esta Suprema Corte se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la cláusula de igualdad y no discriminación, señalando que la noción de igualdad deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que se reconocen a quienes no se consideran en tal situación de inferioridad.<sup>28</sup> Sin embargo, también se señaló que, no toda diferencia en el trato hacia una persona o grupo de personas es discriminatoria, siendo jurídicamente diferentes la distinción y la discriminación, ya que la primera constituye una diferencia razonable y objetiva, mientras que la segunda constituye una diferencia arbitraria que redunde en detrimento de los derechos humanos.<sup>29</sup> Un trato será discriminatorio si la distinción se encuentra injustificada, o en otras palabras si carece de una razón válida desde el punto de vista constitucional.<sup>30</sup>

Así, la igualdad constituye un principio derivado de la noción de idéntica dignidad de las personas, la cual prohíbe la discriminación en la distribución de derechos. Será discriminatoria la asignación de derechos si éstos se confieren distinguiendo situaciones de manera injustificada.

Asimismo, cuando el principio de igualdad se materializa en el contenido o en la aplicación de la ley, se le denomina **igualdad ante la ley**.<sup>31</sup> En esta vertiente, este principio comporta un mandato dirigido al legislador que ordena el **igual tratamiento** a todas las personas en la **distribución** de los derechos.<sup>32</sup> Así, existe discriminación normativa cuando **dos supuestos de hecho equivalentes** son regulados de forma desigual si que exista una justificación razonable para otorgar ese trato diferenciado.<sup>33</sup>

<sup>22</sup> **Preámbulo.** Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

**Artículo II.** Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

<sup>23</sup> **Artículo 1.** Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

<sup>24</sup> Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrafo 55.

<sup>25</sup> *Ibid*

<sup>26</sup> Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, para. 42; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 34.

<sup>27</sup> *Cfr Opinión Consultiva OC-4/84, supra nota 24, párrafo 57.*

<sup>28</sup> P./J.9/2016 (10ª.) de rubro: **PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, ALGUNOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PARÁMETRO GENERAL.** Tesis Aislada Pleno. Localizable en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro XXXIV, septiembre de 2016, tomo I, página 112.

<sup>29</sup> *Ibidem.*

<sup>30</sup> 1.a J.87/2015 (10ª.) de rubro: **CONSTITUCIONALIDAD DE DISTINCIONES LEGISLATIVAS QUE SE APOYAN EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. FORMA EN QUE DEBE APLICARSE EL TEST DE ESCRUTINIO Estricto.** Localizable en el Semanario Judicial de la Federación, libro XXV, diciembre de 2015, tomo I, página 109.

<sup>31</sup> Ver Bilbao Ubillas, Juan María y Rey Martínez, Fernando, El principio Constitucional de Igualdad en la Jurisprudencia Española, en “El principio constitucional de igualdad”, Miguel Carbonell (compilador), México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003. Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª edición, Navarra, Civitas, 2005. Rey Martínez, Fernando, ¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45 (2011), pp. 167-181.

<sup>32</sup> Guastini, Riccardo, “Breve lección sobre igualdad”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2013, p. 34.

<sup>33</sup> González Bellfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, CEPC, 2000, p.24

De acuerdo con la doctrina especializada, entre la infinidad de formas que puede adoptar la discriminación normativa, las más comunes son la exclusión tácita y la diferenciación expresa.<sup>34</sup> Como su nombre lo indica, la *discriminación por exclusión tácita* de un beneficio tiene lugar cuando un régimen jurídico implícitamente excluye de su ámbito de aplicación a un supuesto de hecho equivalente al regulado en la disposición normativa, lo que suele ocurrir cuando se establece a un determinado colectivo como destinatario de un régimen jurídico, *sin hacer mención alguna de otro colectivo* que se encuentra en una situación equivalente.

En cambio, la *discriminación por diferenciación expresa* ocurre cuando el legislador establece dos regímenes jurídicos diferenciados para supuestos de hecho o situaciones equivalentes. En este segundo caso, la exclusión es totalmente explícita, toda vez que el legislador crea un régimen jurídico distinto para ese supuesto de hecho o situación equivalente. En este orden de ideas, quien aduce el carácter discriminatorio de una diferenciación expresa busca quedar comprendido en el régimen jurídico del que es excluido y, en consecuencia, que no se le aplique el régimen jurídico creado para su situación.

Así, para analizar violaciones al principio de igualdad, debe comprobarse que efectivamente el legislador estableció una distinción, ya sea *por exclusión tácita* o *por exclusión expresa*. Esto es, debe verificarse se haya excluido a algún colectivo de algún beneficio otorgado a otro colectivo similar, o bien, que se hayan establecido regímenes jurídicos diferenciados para supuestos de hecho similares.

Ahora bien, una vez que se ha comprobado que efectivamente el legislador realizó una distinción, es necesario establecer si dicha medida se encuentra justificada. En este sentido, la justificación de las distinciones legislativas que distribuyen cargas y beneficios se determina a partir de un análisis de la *razonabilidad* de la medida,<sup>35</sup> también entendido como test de igualdad.

Generalmente, el **test ordinario de igualdad** consiste en establecer la *legitimidad* del fin, debiendo ser la medida, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita a determinar si existe una relación racional entre el medio elegido por el legislador y el fin que se persigue con la medida. En la doctrina norteamericana se identifica a este test como *rational basis review*.<sup>36</sup>

No obstante, esta Suprema Corte ha sostenido en múltiples precedentes que cuando la distinción impugnada se apoya en una "categoría sospechosa" debe realizarse un **test estricto** para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad.<sup>37</sup> En esos casos, se ha señalado que "el juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio *especialmente cuidadoso* desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad" (énfasis añadido).<sup>38</sup>

En este orden de ideas, una distinción se basa en una categoría sospechosa cuando se apoya en alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1o. constitucional: origen étnico, nacionalidad, género, edad, discapacidad, condición social, salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil "o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas". Así, la utilización de estas categorías debe examinarse con mayor rigor precisamente porque sobre ellas pesa la *sospecha* de ser inconstitucionales. En estos casos, puede decirse

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 29-30.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>36</sup> Sullivan M. Kathleen y Gerald Gunther, *Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 2010, p. 500.

<sup>37</sup> Por todos, véase "IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA." [Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Junio de 2008, Página: 440 Tesis: 2a. LXXXIV/2008 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD." [Novena Época. Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Junio de 2008, Página: 439, Tesis: 2a. LXXXV/2008, Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; "MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS." [Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXX, Diciembre de 2009 Página: 1255, Tesis: P./J. 120/2009 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional]; "PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A EFECTOS DE DETERMINAR LA INTENSIDAD DEL ESCRUTINIO." [Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII, Septiembre de 2010 Página: 185, Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; "PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS." [Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXII, Septiembre de 2010, Página: 183, Tesis: 1a. CIV/2010 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; "IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA." [Novena Época. Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Abril de 2010 Página: 427, Tesis: 2a./J. 42/2010 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional]; "MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. AL TRATARSE DE UNA MEDIDA LEGISLATIVA QUE REDEFINE UNA INSTITUCIÓN CIVIL, SU CONSTITUCIONALIDAD DEBE VERIFICARSE EXCLUSIVAMENTE BAJO UN PARÁMETRO DE RAZONABILIDAD DE LA NORMA (ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009)". [Novena Época. Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV, Agosto de 2011 Página: 873, Tesis: P. XXIV/2011, Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; "CONTROL DEL TABACO. EL ARTÍCULO 16, FRACCIÓN II, DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO DEBE SER SOMETIDO A UN ESCRUTINIO DE IGUALDAD INTENSO." [Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV, Agosto de 2011 Página: 24, Tesis: P. VII/2011, Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; "ESCRUTINIO DE IGUALDAD Y ANÁLISIS CONSTITUCIONAL ORIENTADO A DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RELACIÓN." [Novena Época. Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIV, Agosto de 2011 Página: 5, Tesis: P./J. 28/2011, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional].

<sup>38</sup> "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)" [Novena Época, Registro: 169877, Primera Sala, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Abril de 2008, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 37/2008, Página: 175].

que las leyes que las emplean para hacer alguna distinción se ven afectadas por una *presunción de inconstitucionalidad*.<sup>39</sup> Con todo, la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, lo que prohíbe es su utilización de forma injustificada. El escrutinio estricto de las distinciones basadas en categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta.

El test estricto de igualdad supone que en primer término deba examinarse si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una *finalidad imperiosa* desde el punto de vista constitucional. Al respecto, la Primera Sala sostuvo en el **amparo directo en revisión 988/2004** que cuando se aplica el test de escrutinio estricto para enjuiciar una medida legislativa que realiza una distinción no debe exigirse simplemente, como se haría en un escrutinio ordinario, que se persiga una finalidad constitucionalmente admisible. Dicho de otra forma, la finalidad perseguida no debe ser abiertamente contradictoria con las disposiciones constitucionales. Así, al elevarse la intensidad del escrutinio debe exigirse que la finalidad tenga un apoyo constitucional claro: debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante.

En la terminología de la jurisprudencia estadounidense, se dice que la medida tiene que perseguir un "*compelling state interest*".<sup>40</sup> En el ámbito doctrinal se ha señalado que una forma de entender en la tradición continental este concepto podría ser que la medida debe perseguir la satisfacción o protección de un mandato de rango constitucional.<sup>41</sup>

Luego, debe analizarse si la distinción legislativa está estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa. Así, la medida legislativa debe estar *directamente conectada* con la consecución de los objetivos constitucionales antes señalados. Otra forma de decirlo, sería que la medida debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que pueda considerarse suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos. En este caso, en la jurisprudencia norteamericana se ha establecido que la medida debe estar "*narrowly tailored*" con la finalidad.

Finalmente, la distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional. A esta grada del test se refiere la jurisprudencia norteamericana cuando exige que la distinción legislativa sea "*the least restrictive means*".

Así, en resumen, la aplicación del test de igualdad supone: 1) que se determine si existe una distinción, 2) que se elija el nivel de escrutinio que debe aplicarse para analizar dicha distinción, ya sea un test estricto u ordinario, y 3) que se desarrollen cada una de las etapas que supone el test que se ha elegido.

### III. Estudio de los conceptos de invalidez

Tomando en cuenta el desarrollo jurisprudencial de los principios de reinserción social e igualdad y no discriminación, este Tribunal Pleno se encuentra en condiciones de realizar el examen de constitucionalidad de las normas impugnadas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos en sus conceptos de invalidez, siguiendo el método delineado anteriormente.

#### 1. Examen de constitucionalidad del artículo 36 de la Ley Nacional de Ejecución Penal

La Comisión Nacional de Derechos Humanos reclama la inconstitucionalidad del artículo 36, párrafo tercero, de la Ley Nacional de Ejecución Penal alegando que, al distinguir injustificadamente entre los menores que nacen durante el internamiento de sus madres y los que no, restringe el derecho tanto de estos como de sus madres a permanecer en el centro penitenciario con ellas. En otras palabras, de acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos, únicamente las madres cuyos hijos nacen durante su internamiento gozan del derecho a que los menores permanezcan hasta los 3 años de edad con ellas.

Antes de pasar al examen, conviene transcribir la porción normativa que se impugna del precepto:

#### **Artículo 36. Mujeres privadas de la libertad con hijas o hijos**

[...]

*Las hijas e hijos de las mujeres privadas de la libertad, que nacieron durante el internamiento de estas, podrán permanecer con su madre dentro del Centro Penitenciario durante las etapas postnatal y de lactancia, o hasta que la niña o el niño hayan cumplido tres años de edad, garantizando en cada caso el interés superior de la niñez.*

Este Tribunal Pleno estima que el concepto de invalidez presentado por la Comisión promovente es **infundado**, en atención a lo siguiente.

Como se mencionó previamente, antes de someter la porción normativa impugnada al test de igualdad es necesario determinar si existe una distinción, ya sea explícita o implícita, entre dos grupos similares en relación con algún beneficio.

Al respecto, este Alto Tribunal advierte que, en el contexto de la ley impugnada, **la porción normativa impugnada no realiza distinción alguna entre los menores nacidos durante el internamiento de sus madres y los que no**, motivo por el cual es innecesario continuar con el escrutinio de la misma.

<sup>39</sup> Sobre la inversión de la presunción de constitucionalidad de las leyes en casos de afectación de intereses de grupos vulnerables, véase Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2007, pp. 220-243.

<sup>40</sup> Esta expresión a veces es traducida como "interés urgente". Cfr. Saba, Roberto P., "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

<sup>41</sup> En este sentido, véase Ferreres Comella, *op. cit.*, p. 233.

En efecto, este Tribunal Pleno considera necesario resaltar la importancia de interpretar la porción normativa de manera armónica con el resto de la Ley Nacional de Ejecución Penal. Lo anterior debido a que una interpretación aislada, como la propuesta por la Comisión promotora, restaría congruencia al ordenamiento.

La Ley Nacional de Ejecución Penal prevé, en el Capítulo II de su Título Primero (Disposiciones Generales), los “derechos y obligaciones de las personas”. El artículo 9, contenido en dicho capítulo, regula los derechos de las personas privadas de su libertad. No obstante, el artículo 10 contiene derechos específicamente previstos para las mujeres que se encuentren cumpliendo una pena privativa de la libertad. Entre estos figuran derechos como la maternidad y lactancia, educación y ropa para sus hijos, así como la guarda y custodia de los mismos en el centro penitenciario. En efecto, el artículo 10, fracción VI, señala

**Artículo 10. Derechos de las mujeres privadas de su libertad en un Centro Penitenciario**

*Además de los derechos establecidos en el artículo anterior, las mujeres privadas de la libertad tendrán derecho a:*

[...]

*VI. Conservar la guarda y custodia de su hija o hijo menor de tres años a fin de que pueda permanecer con la madre en el Centro Penitenciario, de conformidad a las disposiciones aplicables;*

Por su parte, el artículo 36 se encuentra en el Título Segundo, específicamente en el Capítulo II que regula el régimen de internamiento de las personas. Dicho precepto regula el régimen de internamiento de las mujeres privadas de la libertad con hijos. Si bien dicho numeral reconoce algunos derechos para las mujeres privadas de su libertad y sus hijos,<sup>42</sup> en realidad dichas prerrogativas ya se encuentran reconocidas por el artículo 10. Adicionalmente, no debe perderse de vista que el propio artículo 36, en su párrafo cuarto, no hace distinción alguna en las circunstancias del nacimiento de los menores. Dicho párrafo establece en su primera fracción, textualmente, que

*Las mujeres privadas de la libertad con hijas o hijos, además de los derechos humanos reconocidos tendrán derecho a lo siguiente:*

**I. Convivir con su hija o hijo en el Centro Penitenciario hasta que cumpla los tres años de edad.**

En ese sentido, atendiendo al diseño de la Ley antes descrito, puede entenderse que **la función primaria del artículo 36 es operativizar los derechos reconocidos en el artículo 10 en el día a día de las mujeres privadas de la libertad con hijos.**

Bajo la misma tesitura, una lectura del artículo en su totalidad, y la comprensión de éste como parte de un sistema, permite concluir que toda mujer privada de su libertad que tenga hijos cuenta con los derechos previstos en el artículo 10 de la Ley, entre ellos el de permanencia de sus hijos menores de tres años en el centro penitenciario.

Ahora bien, ¿cómo se debe entender el hecho de que el artículo 36, en la porción normativa impugnada, haga un señalamiento explícito a las mujeres que tengan hijos durante su internamiento?

Como se mencionó previamente, es necesario interpretar la porción normativa impugnada en su contexto. De tal modo, **no tendría sentido que el legislador restringiera, en el artículo 36, los derechos de las mujeres privadas de la libertad y de sus hijos nacidos antes del internamiento, reconocidos en el artículo 10 y más adelante en el propio artículo 36 de la misma Ley**. En ese sentido, es claro que los derechos contenidos en el artículo 10 permean en el resto de la Ley.

Así, la porción normativa impugnada se puede entender como una especificación del legislador con el fin de visibilizar la dura situación por la que pasan algunas mujeres que se encuentran privadas de su libertad. Esta especificación, si bien podría considerarse innecesaria en términos de técnica legislativa, sirve para resaltar la especial consideración que se debe tener en dichos casos.

<sup>42</sup> **Artículo 36.** Mujeres privadas de la libertad con hijas o hijos

[...]

**Las mujeres privadas de la libertad con hijas o hijos**, además de los derechos humanos reconocidos tendrán derecho a lo siguiente:

**I.** Convivir con su hija o hijo en el Centro Penitenciario hasta que cumpla los tres años de edad.

Para otorgar la autorización para que la niña o el niño permanezca con su madre, la Autoridad penitenciaria velará en todo momento por el cumplimiento del interés superior de la niñez.

Se notificará a la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes o a sus equivalentes en las entidades federativas.

Si la hija o el hijo tuviera una discapacidad que requiriera los cuidados de la madre privada de la libertad, si esta sigue siendo la única persona que pueda hacerse cargo, se podrá solicitar la ampliación del plazo de estancia al Juez de Ejecución, quien resolverá ponderando el interés superior de la niñez.

**II.** A que su hija o hijo disfrute del más alto nivel posible de salud, así como a recibir la prestación de servicios de atención médica gratuita y de calidad de conformidad con la legislación aplicable, con el fin de prevenir, proteger y restaurar su salud.

En caso de no contar con las instalaciones o con personal médico y que la condición de salud de la mujer o del producto requieran de atención, ésta se garantizará en instituciones públicas del Sector Salud.

**III.** A que su hija o hijo reciba educación inicial y tenga acceso a participar en actividades recreativas y lúdicas hasta los tres años de edad.

**IV.** A que su hija o hijo la acompañe en el Centro Penitenciario, al momento de su ingreso sea examinado, preferentemente por un pediatra, a fin de determinar sus necesidades médicas y, en su caso, el tratamiento que proceda.

Incluso si lo anterior no fuera cierto, no puede dejarse de lado que las mujeres privadas de la libertad que tengan hijos nacidos fuera del periodo de su internamiento gozarían de los mismos derechos en virtud del reconocimiento que hace el artículo 10, así como el cuarto párrafo, primera fracción del mismo artículo 36. Así, tampoco en dicho supuesto se podría afirmar que la Ley Nacional de Ejecución Penal estaría distinguiendo entre ambos grupos: menores nacidos durante el internamiento y aquellos que no. En efecto, al poder rastrear el reconocimiento de los mismos derechos para ambos grupos no nos encontraríamos frente a distinción, implícita o explícita, alguna.

En consecuencia, la porción normativa impugnada no debe entenderse como una restricción a los derechos de las madres o de los menores, sino como una especificación del legislador que busca visibilizar y tutelar los derechos de mujeres en situaciones muy particulares.

Por lo anterior el concepto de invalidez es **infundado**.

## 2. Examen de constitucionalidad del artículo 137 de la Ley Nacional de Ejecución Penal

La Comisión Nacional de Derechos Humanos argumenta en su escrito inicial que el artículo 137, párrafo segundo, genera un trato diferenciado entre los posibles beneficiarios de la libertad condicional al estipular que las personas privadas de la libertad deberán cubrir los costos del aparato de monitoreo electrónico, cuando sus condiciones económicas y familiares lo permitan. De acuerdo con la Comisión, la norma toma la situación económica de las personas, misma que constituye una categoría sospechosa, como punto de partida para acceder al beneficio legal. Así, la norma discrimina a las personas privadas de su libertad en razón de su situación económica.

Por otro lado, también alega que el sistema de monitoreo no tiene relación con la pena y que se toma en cuenta la condición económica de la familia a pesar de que la pena es individualizada.

Al analizar la norma impugnada a través del test de igualdad de escrutinio estricto se consideró que la medida persigue la finalidad de que el Estado pueda redirigir los recursos no utilizados gracias a ésta a la realización de obras de infraestructura, equipamiento, tecnología de la información y comunicación; e incluso, el costo de los dispositivos de los sentenciados que no tengan suficientes recursos para cubrirlos por su cuenta. Asimismo, se planteó que ésta no persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, toda vez que el que sean los particulares los que tengan que contribuir con el rediseño del sistema penitenciario no tiene asidero constitucional.

Ahora bien, en sesión de cuatro de abril de dos mil diecisiete, se sometió la propuesta de declarar la invalidez de la porción normativa "*Excepcionalmente, cuando las condiciones económicas y familiares del beneficiario lo permitan, éste cubrirá a la Autoridad Penitenciaria el costo del dispositivo*" contenida en el artículo 137, párrafo segundo, a consideración del Tribunal Pleno. Los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Medina Mora I. y Presidente Aguilar Morales se manifestaron a favor de la propuesta, mientras que los señores Ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Laynez Potisek y Pérez Dayán se manifestaron en contra, con ausencia del Ministro Franco González Salas.

Por tanto, al no obtenerse una mayoría calificada, de acuerdo con los artículos 105, fracción II, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 72 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Tribunal Pleno determinó desestimarla.

## 3. Examen de constitucionalidad del artículo 139 de la Ley Nacional de Ejecución Penal

La Comisión Nacional de Derechos Humanos señala que el artículo 139 de la Ley Nacional de Ejecución Penal distingue injustificadamente entre las personas que, sujetas al régimen de libertad condicional, realizan actividades remuneradas y las que realizan actividades no remuneradas. Lo anterior en relación con la posibilidad de solicitar la reducción de las obligaciones del régimen de supervisión<sup>43</sup>. Así, sólo quienes se dedican *exclusivamente* a actividades no remuneradas pueden solicitar dicho beneficio. Esto último, de acuerdo con la Comisión promovente, transgrede el principio de reinserción social y el derecho a la igualdad y no discriminación de quienes, estando sujetos al régimen de libertad condicional, realizan actividades remuneradas.

El artículo impugnado establece, a la letra, lo siguiente:

### **Artículo 139. Reducción de obligaciones en el régimen de supervisión.**

*Las personas sentenciadas que se encuentren en los supuestos de libertad condicional podrán solicitar la reducción de obligaciones en régimen de supervisión, siempre y cuando se hubieren dedicado de forma exclusiva a actividades productivas, educativas, culturales o deportivas no remuneradas. En el caso de las actividades productivas, educativas culturales y deportivas, el sentenciado deberá acreditar participar en la difusión, promoción, representación, y en su caso, competencias en dichas actividades. En el caso de actividades educativas, se deberá acreditar la obtención de grados académicos.*

Esta Suprema Corte considera que asiste razón a la Comisión Nacional de Derechos Humanos en cuanto a que la norma hace una distinción entre dos grupos (personas sujetas en libertad condicional que realizan exclusivamente actividades no remuneradas y aquellas que realizan actividades remuneradas), en relación con la posibilidad de reducir las obligaciones impuestas en el régimen de supervisión.

<sup>43</sup> De conformidad con el artículo 138 de la Ley General de Ejecución, una vez otorgada la medida de libertad condicionada, la autoridad de supervisión debe dar seguimiento a las obligaciones y condiciones establecidas en la resolución.

Así, antes de someter la norma al test de igualdad, se debe determinar bajo qué escrutinio se analizará. En respuesta a lo anterior, esta Suprema Corte considera que la norma debe ser analizada bajo un **escrutinio ordinario** ya que, el hecho de que la actividad realizada por una persona sea remunerada o no remunerada, no constituye una categoría sospechosa.

En atención a lo anterior, es necesario identificar si dicha distinción está sustentada por una finalidad legítima.

Esta pregunta debe responderse **afirmativamente**. En efecto, la norma cumple con la finalidad de incentivar la reinserción social. Lo anterior bajo la premisa de que las actividades no remuneradas contribuyen a la reinserción del sentenciado y, a la vez, benefician a la sociedad y reafirman el compromiso de aquellos que las realizan con ésta.

Como ya se ha mencionado en reiteradas ocasiones, nuestro sistema penitenciario se encuentra edificado sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación, la educación, la salud y el deporte. De conformidad con el cambio de paradigma reciente, las causas que llevan a delinquir a las personas están en su contexto. Así, estas bases se encuentran encaminadas hacia la resocialización de las personas privadas de la libertad. En otras palabras, el enfoque de nuestro sistema penitenciario es eliminar, mediante herramientas como las mencionadas líneas atrás, las causas que llevan a las personas a delinquir.

Partiendo de lo anterior, puede entenderse que el legislador considera las actividades no remuneradas como un esfuerzo particular de quienes gozan de libertad condicional hacia su reinserción, a través de un servicio a la sociedad. Así, el sentenciado refrenda su compromiso con la sociedad y ésta se ve beneficiada por sus labores sociales. Así, a fin de fomentar las externalidades positivas que derivan de este arreglo mutuamente benéfico, el legislador incentiva al sentenciado mediante un beneficio tangible como la reducción de sus obligaciones bajo el sistema de supervisión.

En ese sentido, **una norma que persiga fomentar los beneficios que derivan de la relación antes descrita entre los sentenciados y la sociedad, persigue una finalidad legítima**. Lo anterior debido a que incentiva la reinserción social del sentenciado y trae beneficios a la sociedad.

No obstante, **no puede afirmarse que la norma, tal y como está redactada actualmente, sea adecuada para lograr el fin descrito**. En efecto, este Alto Tribunal considera que la norma no cumple con el segundo paso del test de igualdad.

La redacción actual de la norma no permite aprovechar los beneficios que ofrecen las actividades no remuneradas a los sentenciados y a la sociedad. La causa de esto radica en que, si el objetivo de la norma es incentivar la reinserción social de las personas bajo el régimen de libertad condicional, **restringir el ámbito de aplicación de ésta a los casos de personas que únicamente se dedican a actividades no remuneradas frustra este objetivo**. En efecto, dicha restricción impide que un grupo considerable de personas acceda a este círculo virtuoso. Efectivamente, como bien señala la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el grupo de personas que gozan de libertad condicional y deben, necesariamente, realizar actividades remuneradas para poder subsistir dignamente queda excluido de prestar un servicio ajeno a su fuente de ingresos que beneficie a la sociedad y le permita, al mismo tiempo, reinsertarse en nuestra sociedad.

Ahora bien, evidentemente, el artículo busca prevenir que una persona acceda a este beneficio a través de la realización de una actividad productiva, educativa, cultural o deportiva **remunerada**. No obstante, en nada es incompatible el que una persona trabaje para ganarse una vida digna y, a su vez, contribuya de forma activa al bienestar de su entorno. Efectivamente, una persona puede desempeñar actividades remuneradas como medio de subsistencia y, con el resto de su tiempo, avocarse a una causa social, deportiva, cultural, entre otras, sin remuneración alguna, a manera de servicio a la sociedad. **Asumir lo contrario sería contradictorio con la apuesta que hace nuestro sistema penitenciario por la resocialización de las personas, entre otros, mediante el trabajo, remunerado o no**.

Lo anterior debido que **se colocaría a los sentenciados en el falso dilema de buscar su resocialización mediante uno u otro camino**, cuando ambos son compatibles y, de hecho, potencializarían los efectos uno del otro. Así, el artículo 139 debe entenderse como un incentivo adicional que se ofrece a todas las personas en libertad condicional, a fin de fomentar una relación entre estos y la sociedad en la cual todos ganan.

Por lo anterior, se estima que el concepto de invalidez de la Comisión Nacional de Derechos Humanos es **fundado**. En efecto, el artículo 139, tal como se encuentra redactado, adolece de vicios de inconstitucionalidad al no existir una base racional para la exclusión de los beneficios para quienes realizan tanto actividades remuneradas como no remuneradas. **No obstante, este Tribunal Pleno advierte que estos son subsanables mediante la expulsión de la porción normativa “de forma exclusiva”**.

Así, al invalidarse la porción normativa “de forma exclusiva”, la norma permitirá que todas las personas que estén bajo el régimen de libertad condicionada puedan buscar reducir sus obligaciones mediante la realización de actividades no remuneradas. Específicamente, personas que se vean obligadas a realizar actividades remuneradas a fin de poder subsistir de manera digna podrán beneficiarse de los efectos positivos de ambos tipos de actividades.

En vista de lo anterior, se declara inconstitucional la porción normativa **“de forma exclusiva”** del artículo 139, dejando intocada el resto de la norma.

#### 4. Examen de constitucionalidad del artículo 141 de la Ley Nacional de Ejecución Penal

La Comisión Nacional de Derechos Humanos advierte que la fracción VII del artículo 141 de la Ley en estudio distingue injustificadamente entre las personas que cometieron delitos dolosos y aquellas que cometieron delitos culposos para efectos de otorgar la libertad anticipada.

A su vez, la Comisión promovente señaló que es inconstitucional el que se tome en cuenta la intencionalidad del delito, pues esto ya fue considerado por el Juez que dictó la pena.

Siguiendo la metodología adoptada, conviene transcribir la porción normativa impugnada:

**Artículo 141, fracción VII:**

*Para conceder la medida de libertad anticipada la persona sentenciada deberá además contar con los siguientes requisitos:*

[...]

*VII. Que hayan cumplido el setenta por ciento de la pena impuesta en los delitos dolosos o la mitad de la pena tratándose de delitos culposos.*

En primer lugar, esta Suprema Corte estima que **la norma sí hace una distinción entre dos grupos para efectos de otorgar el beneficio de libertad anticipada**. En efecto, una lectura de la porción normativa impugnada permite concluir que distingue entre el grupo de personas privadas de la libertad que cometió delitos culposos y el de aquellos que cometieron delitos dolosos. Lo anterior en relación con el porcentaje de la pena exigido (70% para delitos dolosos y 50% para delitos culposos) para poder solicitar el beneficio de libertad anticipada.

Ahora bien, continuando con la metodología descrita en el apartado anterior, es necesario identificar el grado de escrutinio al que será sometida la porción normativa en estudio.

Esta Suprema Corte estima que no es procedente hacer un test de igualdad estricto, por lo que se someterá la norma al escrutinio ordinario. Como ya se mencionó, el escrutinio estricto se realiza cuando la norma emplea uno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1º constitucional o cualquier otro que atente contra la dignidad humana. Así, es claro que la norma no se vale de ninguna categoría sospechosa, ya que la distinción descansa en la gravedad del crimen que se haya cometido, criterio que no denosta la dignidad de ninguno de los grupos involucrados.<sup>44</sup>

En efecto, al resolver los precedentes mencionados, la Primera Sala advirtió que el principio democrático y el principio de separación de poderes obligan a los órganos estatales a respetar la libertad de configuración del Congreso. Así, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma.

Una vez que se ha determinado el grado del escrutinio al que será sometida la fracción VII del artículo 141, se debe identificar la finalidad que persigue la distinción que hace ésta y si es legítima. A juicio de este Alto Tribunal, la porción normativa reclamada persigue el fin de que ciertas conductas delictivas conlleven un tratamiento más riguroso en los requisitos para obtener la libertad anticipada para efectos de lograr la reinserción efectiva del sujeto, manteniendo, al mismo tiempo, la paz y la seguridad social.

En este sentido, se comparte al criterio de la Primera Sala al analizar el **Amparo Directo en Revisión 988/2004**,<sup>45</sup> en el que determinó que la finalidad última de los beneficios de sustitución de la pena y libertad condicional, previstas, en esos momentos en el Código Penal Federal, es la reinserción social de las personas sentenciadas.

En primer lugar, debe señalarse que la determinación de que una conducta delictiva es más grave que otra y, por lo tanto, requiere de un trato especial queda circunscrita, en principio, dentro de la política criminal del Legislador.

De una lectura integral de las diversas leyes que regulan la individualización y ejecución de penas puede desprenderse que el legislador considera, en general, más graves las conductas delictivas realizadas intencionalmente. Así, por ejemplo, el Código Penal Federal prevé, como regla, penas menores para las conductas delictivas cometidas con culpa.<sup>46</sup> En el mismo sentido, el Código Nacional de Procedimientos Penales señala explícitamente la naturaleza dolosa o culposa de la conducta como parámetro a tomar en cuenta durante la individualización de la pena.<sup>47</sup> Esto permite apreciar que las disposiciones de la Ley Nacional de Ejecución Penal buscan adherirse a la lógica de nuestro sistema penal.

<sup>44</sup> Cabe destacar que la Primera Sala se ha pronunciado en el mismo sentido al resolver los Amparos en Revisión 598/2011, 631/2011, 702/2011 y 732/2011, resueltos los dos primeros en sesión de 5 de octubre de 2011 y los restantes en sesiones de 30 de noviembre de 2011 y 1 de enero de 2012, respectivamente.

<sup>45</sup> Resuelto en sesión de 29 de septiembre, bajo la ponencia del Ministro José Ramón Cossío.

<sup>46</sup> **Artículo 60.- En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso**, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de tres años de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

<sup>47</sup> **Artículo 410.-** El Tribunal de enjuiciamiento al individualizar las penas o medidas de seguridad aplicables deberá tomar en consideración lo siguiente:

Dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en las leyes penales, **el Tribunal de enjuiciamiento individualizará la sanción tomando como referencia la gravedad de la conducta típica y antijurídica, así como el grado de culpabilidad del sentenciado**. Las medidas de seguridad no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta típica y antijurídica.

**La gravedad de la conducta típica y antijurídica estará determinada por el valor del bien jurídico, su grado de afectación, la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho, así como por la forma de intervención del sentenciado.**

El grado de culpabilidad estará determinado por el juicio de reproche, según el sentenciado haya tenido, bajo las circunstancias y características del hecho, la posibilidad concreta de comportarse de distinta manera y de respetar la norma jurídica quebrantada. Si en un mismo hecho intervinieron varias personas, cada una de ellas será sancionada de acuerdo con el grado de su propia culpabilidad.

Así, el legislador ha establecido un sistema para dar un tratamiento particular a distintos grupos de conductas delictivas. En el caso concreto de los beneficios preliberacionales, existen requisitos específicos para obtenerlos para quienes han cometido delitos culposos y para quienes han cometido delitos dolosos. De igual forma, dentro de los delitos dolosos, hay un grupo de delitos diferenciado por no ser sujeto de obtener beneficios preliberacionales.

Ahora bien, ¿por qué se realiza esta graduación o diferenciación de los delitos? La respuesta radica en que, derivado de la reforma al artículo 18 constitucional, se determinó que la finalidad de las penas es la reinserción social de los infractores a partir de un trato digno y especializado. Partiendo de lo anterior, el legislador ha anticipado una clasificación de las conductas delictivas según su gravedad para efectos de prever distintos esquemas de tratamiento para las personas que los hayan cometido. En otras palabras, el legislador ha entendido que las conductas delictivas merecen un trato distinto en atención a su gravedad para efectos de buscar una reinserción efectiva del sujeto en la sociedad.

Así, entre más grave se haya considerado el delito, se requerirá un tratamiento más riguroso. Lo anterior, en beneficio tanto de la sociedad, como del individuo. Esto se traduce, en el caso concreto, en que determinadas conductas requieran de un tiempo más extenso antes de acceder a la libertad anticipada, debido a que la persona podría no estar lista para reinsertarse a tal grado en la sociedad. De no hacerse de esta forma, se corre el riesgo de que la persona cometa un nuevo delito, dañando a la sociedad y retrasando su reinserción por más tiempo.

**Atendiendo a que la medida persigue balancear los intereses de la sociedad y de la persona privada de la libertad, se puede concluir que la distinción persigue una finalidad legítima.**

Hecho lo anterior, es necesario analizar si la distinción identificada es adecuada para la consecución del objetivo señalado.

**Al respecto, este Tribunal Pleno estima que la distinción realizada en la fracción impugnada también cumple con esta grada del escrutinio de igualdad.**

En primer lugar, nuestro modelo penitenciario parte de que el individuo es consciente del acto que está cometiendo. Así, también se debe entender que el individuo debe esperar un trato más riguroso conforme más dañina sea su conducta para la sociedad, de acuerdo con el legislador. De ese modo, el condicionamiento diferenciado de los beneficios preliberacionales, atendiendo a la gravedad de la conducta, es una consecuencia que se deriva fácilmente de lo anterior.

Pero no sólo eso, centrándonos en la reinserción del individuo, es razonable prever que, en general, una persona que cometió una conducta particularmente grave requerirá de apoyos especiales, durante un periodo más extenso de tiempo, para identificar y eliminar las causas en su entorno que lo llevaron a delinquir.

La distinción realizada por la fracción VII del artículo 14 y, en general, el Título Quinto de la Ley Nacional de Ejecución Penal, busca balancear estos intereses, previendo la existencia de beneficios preliberacionales que contribuyen a la reinserción social, pero estableciendo determinados requisitos que atiendan a la gravedad de la conducta cometida. De tal modo, se puede concluir que la distinción realizada por la porción normativa impugnada sí está encaminada a balancear la reinserción social de las personas privadas de la libertad, por un lado, y la paz y seguridad social por otro.

De esta manera este Pleno concuerda con la Primera Sala en cuanto a que la existencia de requisitos para acceder a este tipo de beneficios es constitucional, pues estos apuntan a factores que razonablemente se pueden tomar en cuenta al conceder dichas prerrogativas como “*la naturaleza del delito cometido (a través de la consideración de los años de prisión impuestos, o la exclusión de cierto tipo de delitos), la posibilidad de que se reintegre a la sociedad desempeñando actividades lícitas y su voluntad de hacerlo (teniendo en cuenta, por ejemplo, si ha evidenciado buena conducta antes y después del hecho punible, o si se obliga a desempeñar una ocupación lícita en un determinado plazo), entre otros.*”<sup>48</sup>

En ese sentido, como ya se señaló, el criterio de tiempo mínimo de reclusión en atención a si el delito fue voluntario o no apunta a factores tales como la gravedad de la conducta para la sociedad y la expectativa del tiempo mínimo necesario para brindar herramientas al sentenciado a fin de que pueda reingresar de lleno a la sociedad de forma efectiva.

En la misma línea, en los Amparos en Revisión 598/2011, 631/2011, 702/2011 y 732/2011 la Primera Sala Advirtió que “*el establecimiento de condiciones para acceder a los beneficios preliberacionales en ningún sentido vulnera la lógica detrás del sistema de reinserción previsto por el constituyente permanente. Por el contrario, tal limitante apoya el valor de la seguridad jurídica, en tanto permite tratar del mismo modo a los sentenciados que se ubican en las mismas hipótesis (por ejemplo, haber cometido un delito intencional).*”

En atención a lo anterior, la porción normativa cumple con el test de razonabilidad al existir una base racional para exigir un mayor porcentaje de compurgación de la pena para conceder la libertad anticipada según se trate de delitos dolosos y culposos y, por lo tanto, es constitucional. En consecuencia el concepto de invalidez planteado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos deviene **infundado**.

##### 5. Examen de constitucionalidad del artículo 144 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos en su quinto concepto de invalidez señala que la porción normativa de “doce años de edad” de la fracción I, del artículo 144 de la Ley que se analiza, es excluyente porque margina a los mayores de trece años y menores de dieciocho.

Al analizar la norma impugnada a través del test de igualdad de escrutinio estricto se consideró que la medida persigue una finalidad imperiosa: la protección de las personas con un mayor grado de vulnerabilidad. No obstante, se concluyó que la medida sólo es parcialmente idónea, al no estar totalmente conectada con el fin que pretende, pues ella deja sin protección a otras personas que podrían tener el mismo grado de vulnerabilidad. En efecto, para que la medida estuviera totalmente encaminada a la consecución de su

<sup>48</sup> Véase, nuevamente, el Amparo Directo en Revisión 988/2004.

objetivo tendría que comprender a los padres cuyos hijos estén en una situación que les impida valerse por sí mismos, ya sea por su edad, por tener alguna discapacidad, por su salud, o por cualquier otra situación que los coloque en una situación que merezca una protección reforzada.

Ahora bien, en sesión de cuatro de abril de dos mil diecisiete, se sometió la propuesta de declarar la invalidez de la porción normativa “*de discapacidad*” contenida en la fracción I, del artículo 144, a consideración del Tribunal Pleno. Los señores Ministros Luna Ramos, Zaldívar Lelo de Larrea, Piña Hernández y Medina Mora I. se manifestaron a favor de la propuesta, mientras que los señores Ministros Cossío Díaz, Pardo Rebolledo, Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales se manifestaron en contra, con ausencia del Ministro Franco González Salas. Lo anterior dio lugar a un empate de cinco votos. De igual forma, a propuesta de algunos Ministros, se sometió a consideración del Tribunal Pleno el estudio de constitucionalidad de la porción normativa “doce años de edad” contenida en el artículo 144, fracción I. Los señores Ministros Luna Ramos, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Piña Hernández y Presidente Aguilar Morales se manifestaron a favor de la constitucionalidad de la norma, mientras que los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Medina Mora I., Laynez Potisek y Pérez Dayán se manifestaron en contra, con ausencia del Ministro Franco González Salas. Lo anterior derivó en un empate de cinco votos.

Por tanto, al no obtenerse una mayoría calificada, de acuerdo con los artículos 105, fracción II, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 72 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Tribunal Pleno determinó desestimarlas.

**SEXTO. Efectos.** La invalidez del artículo 139 en la porción normativa “*de forma exclusiva*”, surtirá efectos retroactivos al diecisiete de junio de dos mil dieciséis, fecha en que entro en vigor dicha norma, conforme a lo dispuesto en el artículo transitorio primero de la Ley Nacional de Ejecución Penal, correspondiendo a los operadores jurídicos competentes decidir y resolver, en cada caso concreto sujeto a su conocimiento, de acuerdo con los principios generales y las disposiciones legales aplicables en esta materia.

Así, de conformidad con los artículos 73 y 41 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal, la presente resolución surtirá sus efectos a partir de la notificación de los puntos resolutive de esta sentencia al Congreso de la Unión.

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

**PRIMERO.** Es procedente y parcialmente fundada la acción de inconstitucionalidad 61/2016.

**SEGUNDO.** Se desestima la acción de inconstitucionalidad respecto de la impugnación de los artículos 137, párrafo segundo, en la porción normativa “Excepcionalmente, cuando las condiciones económicas y familiares del beneficiario lo permitan, éste cubrirá a la Autoridad Penitenciaria el costo del dispositivo”, y 144, fracción I, en las porciones normativas “de doce años de edad” y de “discapacidad”, de la Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciséis de junio de dos mil dieciséis.

**TERCERO.** Se reconoce la validez de los artículos 36, párrafo tercero y 141, fracción VII, de la Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciséis de junio de dos mil dieciséis.

**CUARTO.** Se declara la invalidez del artículo 139 en la porción normativa “*de forma exclusiva*” de la Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciséis de junio de dos mil dieciséis, en los términos precisados en el considerando quinto de esta sentencia.

**QUINTO.** La declaración de invalidez decretada en este fallo surtirá sus efectos a partir de la notificación de los puntos resolutive de esta sentencia al Congreso de la Unión, para los efectos precisados en su considerando sexto.

**SEXTO.** Publíquese esta resolución en el Diario Oficial de la Federación y en el Semanario Judicial de la Federación.

**Notifíquese;** haciéndolo por medio de oficio a las partes y, en su oportunidad, archívese el expediente.

Así lo resolvió el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

**En relación con el punto resolutive primero:**

Se aprobó por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Luna Ramos, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Medina Mora I., Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales, respecto de los considerandos primero, segundo, tercero y cuarto relativos, respectivamente, a la competencia, a la oportunidad, a la legitimación y a las causas de improcedencia.

Se aprobó por mayoría de nueve votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Medina Mora I., Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales, respecto del considerando quinto, relativo al estudio de fondo, en sus apartados I “El desarrollo jurisprudencial del principio de reinserción social” y II “Alcances del derecho a la igualdad y no discriminación”. La señora Ministra Luna Ramos votó en contra.

**En relación con el punto resolutive segundo:**

Se expresó una mayoría de seis votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, por consideraciones distintas, Piña Hernández, Medina Mora I. y Presidente Aguilar Morales, respecto del considerando quinto, relativo al estudio de fondo en su apartado III “Estudio de los conceptos de invalidez”, subapartado 2 “Examen de constitucionalidad del artículo 137, de la Ley Nacional de Ejecución Penal”, consistente en declarar la invalidez del artículo 137, párrafo segundo, en la porción normativa, “Excepcionalmente, cuando las condiciones económicas y familiares del beneficiario lo permitan, éste cubrirá a la Autoridad Penitenciaria el costo del dispositivo”, de la Ley Nacional de Ejecución Penal. Los señores Ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Laynez Potisek y Pérez Dayán votaron en contra.

Se suscitó un empate de cinco votos a favor de los señores Ministros Luna Ramos apartándose de consideraciones, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Piña Hernández y Presidente Aguilar Morales, y cinco votos en contra de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Medina Mora I., Laynez Potisek y Pérez Dayán, respecto del considerando quinto, relativo al estudio de fondo en su apartado III "Estudio de los conceptos de invalidez", subapartado 5 "Examen de constitucionalidad del artículo 144 de la Ley Nacional de Ejecución Penal", consistente en reconocer la validez del artículo 144, fracción I, en la porción normativa "de doce años de edad", de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

Se suscitó un empate de cinco votos a favor de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Luna Ramos apartándose de consideraciones, Zaldívar Lelo de Larrea, Piña Hernández y Medina Mora I., y cinco votos en contra de los señores Ministros Cossío Díaz, Pardo Rebolledo, Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales respecto del considerando quinto, relativo al estudio de fondo en su apartado III "Estudio de los conceptos de invalidez", subapartado 5 "Examen de constitucionalidad del artículo 144 de la Ley Nacional de Ejecución Penal", consistente en declarar la invalidez del artículo 144, fracción I, en la porción normativa "de discapacidad", de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

Dado el resultado obtenido, el Tribunal Pleno determinó desestimar el planteamiento consistente en declarar la invalidez de los artículos 137, párrafo segundo, en la porción normativa "Excepcionalmente, cuando las condiciones económicas y familiares del beneficiario lo permitan, éste cubrirá a la Autoridad Penitenciaria el costo del dispositivo", y 144, fracción I, en la porción normativa "de discapacidad", de la Ley Nacional de Ejecución Penal y reconocer la validez del artículo 144, fracción I, en la porción normativa "de doce años de edad", de la Ley Nacional de Ejecución Penal, al no alcanzar una mayoría calificada, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 105, fracción II, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 72 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

#### **En relación con el punto resolutive tercero:**

Se aprobó por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Luna Ramos, en contra de las consideraciones relacionadas con el juicio de razonabilidad, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Medina Mora I., Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales, respecto del considerando quinto, relativo al estudio de fondo en su apartado III "Estudio de los conceptos de invalidez", subapartado 1 "Examen de constitucionalidad del artículo 36 de la Ley Nacional de Ejecución Penal", consistente en reconocer la validez del artículo 36, párrafo tercero, de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

Se aprobó por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, en contra de las consideraciones, Luna Ramos, apartándose de las consideraciones, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, apartándose de las consideraciones, Medina Mora I., Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales, respecto del considerando quinto, relativo al estudio de fondo en su apartado III "Estudio de los conceptos de invalidez", subapartado 4 "Examen de constitucionalidad del artículo 141 de la Ley Nacional de Ejecución Penal", consistente en reconocer la validez del artículo 141, fracción VII, de la Ley Nacional de Ejecución Penal. Los señores Ministros Cossío Díaz, Piña Hernández, Laynez Potisek y Presidente Aguilar Morales anunciaron sendos votos concurrentes.

#### **En relación con el punto resolutive cuarto:**

Se aprobó por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Luna Ramos, en contra de las consideraciones, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Medina Mora I., Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales, respecto del considerando quinto, relativo al estudio de fondo en su apartado III "Estudio de los conceptos de invalidez", subapartado 3 "Examen de constitucionalidad del artículo 139 de la Ley Nacional de Ejecución Penal", consistente en declarar la invalidez del artículo 139, en la porción normativa "de forma exclusiva", de la Ley Nacional de Ejecución Penal. El señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena anunció voto concurrente.

#### **En relación con el punto resolutive quinto:**

Se aprobó por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Luna Ramos, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Medina Mora I., Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales, respecto del considerando sexto, relativo a los efectos, consistente en determinar, por un lado, que surtirán a partir de la notificación de los puntos resolutive de esta sentencia al Congreso de la Unión y, por otro lado, que la invalidez decretada surtirá efectos retroactivos al diecisiete de junio de dos mil dieciséis, fecha en que entró en vigor la Ley Nacional de Ejecución Penal, correspondiendo a los operadores jurídicos competentes decidir y resolver, en cada caso concreto sujeto a su conocimiento, de acuerdo con los principios generales y las disposiciones legales aplicables en esta materia.

#### **En relación con el punto resolutive sexto:**

Se aprobó por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Luna Ramos, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Medina Mora I., Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales.

El señor Ministro José Fernando Franco González Salas no asistió a la sesión de cuatro de abril de dos mil diecisiete previo aviso a la Presidencia.

El señor Ministro Presidente Aguilar Morales declaró que el asunto se resolvió en los términos precisados.

Firman el señor Ministro Presidente y el señor Ministro Ponente, con el Secretario General de Acuerdos que autoriza y da fe.

El Presidente, Ministro **Luis María Aguilar Morales**.- Rúbrica.- El Ponente, Ministro **Arturo Zaldívar Lelo de Larrea**.- Rúbrica.- El Secretario General de Acuerdos, **Rafael Coello Cetina**.- Rúbrica.

LICENCIADO **RAFAEL COELLO CETINA**, SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CERTIFICA: Que esta fotocopia constante de veintisiete fojas útiles, concuerda fiel y exactamente con el original de la sentencia del cuatro de abril de dos mil diecisiete, dictada por el Tribunal Pleno en la acción de inconstitucionalidad 61/2016. Se certifica con la finalidad de que se publique en el Diario Oficial de la Federación.- Ciudad de México, a dieciocho de abril de dos mil dieciocho.- Rúbrica.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 61/2016.**

En sesión celebrada el cuatro de abril de dos mil diecisiete, a propuesta de mi ponencia, el Tribunal Pleno resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, promovida en contra de la Ley Nacional de Ejecución Penal por la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

El propósito de este voto es reiterar las consideraciones que me llevaron a presentar el proyecto en los términos en los que cuales lo estudió el Tribunal Pleno. Específicamente, en relación con los puntos que no fueron compartidos por la mayoría. Primero, abordaré la discusión sobre los brazaletes electrónicos y, posteriormente, retomaré los puntos relacionados con la sustitución de penas para las personas a cargo de menores de doce años o con una discapacidad que no les permita valerse por sí mismos.

**I. La inconstitucionalidad del artículo 137, párrafo segundo, de la Ley Nacional de Ejecución Penal.**

La Comisión Nacional de Derechos Humanos impugnó el artículo 137, párrafo segundo, de la Ley Nacional de Ejecución Penal al considerar que éste discrimina al tomar en cuenta la situación económica de las personas para acceder a la libertad condicional. Lo anterior debido a que el artículo impugnado estipula que, para ser beneficiario de la libertad condicionada, las personas privadas de la libertad cuyas condiciones económicas y familiares lo permitan deberán cubrir los costos del aparato de monitoreo electrónico.

Ahora bien, el proyecto sometido a consideración del Pleno proponía declarar la inconstitucionalidad del precepto impugnado. No obstante, la propuesta no alcanzó la votación necesaria para declarar la inconstitucionalidad del artículo. Pese a lo anterior, considero que la porción normativa impugnada sí discrimina a las personas que solicitan la libertad condicional con base en su situación económica.

Para efectos de una mejor comprensión de mi postura, me permito transcribir la porción normativa impugnada:

**Artículo 137. Requisitos para la obtención de la libertad condicionada**

[...]

La Autoridad Penitenciaria tendrá bajo su responsabilidad la adquisición, mantenimiento y seguimiento de los sistemas de monitoreo electrónico. Excepcionalmente, cuando las condiciones económicas y familiares del beneficiario lo permitan, éste cubrirá a la Autoridad Penitenciaria el costo del dispositivo.

Como menciona la sentencia, el primer punto para estudiar si la norma transgrede el derecho a la igualdad es determinar si ésta hace distinción entre dos grupos en relación con un beneficio. Considero evidente que la norma lo hace. En efecto, se distingue entre las personas privadas de la libertad que cuentan con recursos económicos o familiares y aquellos que no. Lo anterior en relación con la posibilidad de acceder al beneficio de libertad condicionada.

Habiendo determinado lo anterior, la norma debe estudiarse bajo el test de escrutinio estricto, toda vez que la posición económica constituye una categoría sospechosa.

Dicho lo anterior, en primer término se debió identificar, en primer término, si la norma obedece a una finalidad constitucionalmente imperiosa. Pues bien, considero que la norma en estudio no cumple con ese primer paso del test de escrutinio estricto, razón por la cual es innecesario continuar con los pasos siguientes.

De una interpretación integral de los informes justificados rendidos en el juicio de amparo por los representantes de la Cámara de Diputados y la de Senadores, el informe de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal y el pedimento de la Procuraduría General de la República, se puede derivar que **la distinción busca, a través de la reducción de gastos, lograr el rediseño del sistema penitenciario**. En efecto, las autoridades señalan que la norma busca que el Estado pueda redirigir los recursos que no use en cubrir el costo de los aparatos, en otras obras de infraestructura, equipamiento, tecnología de la información y comunicación; e incluso, el costo de los dispositivos de los sentenciados que no tengan suficientes recursos para cubrirlos por su cuenta.

Si bien es deseable que el Estado cuente con suficientes recursos para el mantenimiento y mejora del sistema penitenciario, no se puede derivar apoyo de la Constitución a esta medida. Dicho de otra forma, **una carga adicional a las personas en reclusión para contribuir con el rediseño del sistema penitenciario no tiene asidero constitucional y, más bien, constituye un fin ilegítimo.**

No ignoro que existe, en nuestra Constitución el deber de contribuir al gasto público. No obstante, este deber se enmarca en el sistema que prevé nuestro sistema jurídico para la recolección de recursos, esto es, mediante el pago de impuestos previstos en nuestras leyes fiscales. Así, pretender reducir gastos mediante una medida dirigida a un grupo particular de personas deja de lado todo el sistema antes mencionado.

En ese sentido, como rector del sistema penitenciario, es el Estado y no los sentenciados, el encargado de reunir los recursos para dar mantenimiento y mejora a éste. En suma, el Estado no puede pretender transferir legítimamente sus obligaciones a los particulares.

Diversos instrumentos internacionales apoyan lo anterior. Los **Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas**, disponen que al aplicarse medidas alternativas o sustitutivas de la libertad, los Estados deberán proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia.<sup>1</sup> De igual forma, las **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas**

<sup>1</sup> Véase el Principio II, inciso 4:

4. *Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad*

sobre las **Medidas No Privativas de la Libertad** (Reglas de Tokio) disponen que las reglas se apliquen sin discriminación en razón del patrimonio de los sentenciados.<sup>2</sup> En consonancia con lo anterior, los **Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos**, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, proscriben la discriminación de los sentenciados en razón de su posición económica.<sup>3</sup>

A mayor abundamiento, la Comisión Nacional de Derechos Humanos adujo correctamente que tomar en cuenta la condición económica de los familiares de las personas privadas de la libertad que buscan tener acceso al beneficio de libertad condicional se presta a diversas injusticias. Por ejemplo, la norma da lugar a casos en los que se niegue el pago del dispositivo por parte del Estado y el acceso al beneficio para la persona privada de la libertad quede en manos de su familia, la cual podría rehusarse a pagarlo.

En consecuencia, considero que debió invalidarse la porción normativa “*Excepcionalmente, cuando las condiciones económicas y familiares del beneficiario lo permitan, éste cubrirá a la Autoridad Penitenciaria el costo del dispositivo*”.

## II. La inconstitucionalidad del artículo 144 de la Ley Nacional de Ejecución Penal

La Comisión Nacional de Derechos Humanos impugnó la porción normativa de “*doce años de edad*” de la fracción I del artículo 144 de la Ley Nacional de Ejecución Penal al considerar que margina a los mayores de trece años y menores de dieciocho años. Por las mismas razones que en el apartado anterior, se transcribe la norma impugnada:

### Artículo 144. Sustitución de la pena

El Juez de Ejecución podrá sustituir la pena privativa de la libertad por alguna pena o medida de seguridad no privativa de la libertad, previstas en esta Ley cuando durante el periodo de ejecución se actualicen los siguientes supuestos:

[...]

I. Cuando se busque la protección de las hijas e hijos de personas privadas de la libertad, siempre que éstos sean menores de doce años de edad o tengan una condición de discapacidad que no les permita valerse por sí mismos. Esto cuando la persona privada de la libertad sea su cuidadora principal o única cuidadora, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.

Como se ha indicado, para estudiar la constitucionalidad de una norma a través del test de igualdad, es necesario establecer en primer término, si la misma establece una distinción, ya sea *por exclusión tácita* o *por exclusión expresa*. En este caso concreto, la medida legislativa examinada *distingue implícitamente* entre los padres que son cuidadores únicos o principales de niños menores de doce años y los padres de niños mayores de esta edad, en tanto los primeros *podrán* acceder al beneficio de sustitución de la pena, mientras que los segundos no tienen esa posibilidad.

Si bien podría argumentarse que el precepto no distingue entre los niños menores de doce años y los mayores a esta edad, sino entre sus padres, lo cierto es que los niños cuyos padres están prisión sí reciben un trato diferenciado en razón de su edad, en tanto los mayores de esta edad no podrán recibir la atención y cuidado de sus padres, por lo que implícitamente se les está excluyendo del goce de esos derechos.

También queda claro que la distinción se hace con base en una categoría especialmente protegida por la Constitución General, en tanto en el artículo 1° se establece que nadie podrá ser discriminado en razón de su “edad”. Por tal motivo, es preciso hacer un escrutinio estricto de la disposición que ahora se analiza.

Así, debe verificarse que la medida persiga una finalidad constitucionalmente imperiosa, que esté estrictamente conectada con la consecución de dicho fin, y que no exista una medida alternativa menos lesiva para lograr dicho propósito. La medida que ahora se analiza consiste en la distinción entre los niños menores y mayores de doce años.

De acuerdo con lo antes expuesto, lo primero que debe determinarse es si la distinción realizada en el artículo 144, fracción I de la Ley Nacional de Ejecución Penal, persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa. De una interpretación integral de los informes justificados rendidos en el juicio de amparo por los representantes de la Cámara de Diputados y la de Senadores, el informe de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal y el pedimento de la Procuraduría General de la República, puede desprenderse que la medida examinada tiene como finalidad **la protección de las personas con un mayor grado de vulnerabilidad y que dependen, principal, o exclusivamente, de sus tutores que se encuentran en prisión.**

---

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia.

Al aplicarse las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, los Estados Miembros deberán promover la participación de la sociedad y de la familia, a fin de complementar la intervención del Estado, **y deberán proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia.**

<sup>2</sup> Alcance de las medidas no privativas de la libertad

[...]

2.2 Las Reglas se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, **patrimonio**, nacimiento o cualquier otra condición.

<sup>3</sup> 2. No existirá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, **posición económica**, nacimiento u otros factores.

De tal modo, estimo que la distinción impugnada persigue una finalidad imperiosa, ya que distintos artículos de la Constitución General imponen al legislador la obligación de proteger a las personas en especial situación de vulnerabilidad, como es el caso de los niños y las personas con discapacidad.

Por un lado, el interés superior del niño tiene asidero en el artículo 4° constitucional.<sup>4</sup> Asimismo, es uno de los principios rectores más importantes del marco internacional de los derechos del niño. No sólo es mencionado expresamente en varios instrumentos, sino que es constantemente invocado por los órganos internacionales encargados de aplicar esas normas. El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que en cualquier medida que tomen las autoridades estatales deben tener en cuenta de forma primordial el interés superior del niño. Los artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40 también mencionan expresamente este principio. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el interés superior del niño es un “punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades”,<sup>5</sup> y ha dicho también que se trata de un criterio al que “han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”.<sup>6</sup>

Así, se ha enfatizado en varios precedentes la importancia del principio del interés superior del menor en la interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los derechos del niño.<sup>7</sup> Al respecto, se ha señalado que este principio comprende varias dimensiones o funciones normativas:<sup>8</sup> (i) como pauta interpretativa aplicable a las normas y actos que tengan injerencias respecto de los derechos de niñas y niños;<sup>9</sup> y (ii) como principio jurídico rector que exige una máxima e integral protección de los derechos cuya titularidad corresponda a un menor de edad.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> **Artículo 4o.** *El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.*

*Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.*

*Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.*

*Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.*

*Párrafo adicionado*

*Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.*

*Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.*

*Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.*

*Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.*

*En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.*

*Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.*

*El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.*

*Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.*

*Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia.*

<sup>5</sup> *Opinión Consultiva OC-17/2002, párrafo 59.*

<sup>6</sup> *Opinión Consultiva OC-17/2002, párrafo 59.*

<sup>7</sup> Al respecto, véanse las siguientes tesis: “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO.” [Tesis: 1a. CXLI/2007. Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta tomo XXVI, julio de 2007 página 265], “MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA.” [Tesis: P. XLV/2008. Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta tomo XXVII, junio de 2008 página 712].

<sup>8</sup> Al respecto, véanse la siguiente tesis: “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SUS ALCANCES Y FUNCIONES NORMATIVAS.” [Tesis aislada 1a. CXXI/2012 (10a.). Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IX, junio de 2012, Tomo 1, página 261].

<sup>9</sup> Al respecto, véanse la siguiente tesis: “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PAUTA INTERPRETATIVA PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS POR INCOMPATIBILIDAD EN EL EJERCICIO CONJUNTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.” [Tesis aislada 1a. CXXIII/2012 (10). Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IX, junio de 2012, Tomo 1, página 259].

<sup>10</sup> Véanse las siguientes tesis: “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PRINCIPIO JURÍDICO PROTECTOR.” [Tesis aislada 1a. CXXII/2012 (10ª). Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IX, junio de 2012, Tomo 1, página 260] Ver, en un sentido similar, la tesis: “MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA.” [Tesis P. XLV/2008. Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXVII, junio de 2008, página 712].

En consecuencia, en los juicios en los que directa o indirectamente se ven involucrados los derechos de los menores, el interés superior del niño le impone al juez resolver la controversia atendiendo a **lo que es mejor para el niño**.<sup>11</sup> En esa línea, se ha afirmado que el principio de interés superior ordena a todas las autoridades estatales que la protección de los derechos del niño se realice a través de medidas “reforzadas” o “agravadas”, y que los intereses de los niños deben protegerse con mayor intensidad. Esta obligación deriva tanto de una pluralidad de precedentes de esta Suprema Corte,<sup>12</sup> como de distintos instrumentos internacionales.<sup>13</sup>

Por otro lado, se ha reconocido la especial protección que merecen las personas con discapacidad. En efecto, el mandato de protección a las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con el principio de igualdad y no discriminación. En este sentido fueron resueltos el **Amparo en Revisión 159/2013** y el **Amparo en Revisión 410/2012** por la Primera Sala de esta Suprema Corte. De éste último, derivó la tesis V/2013 de rubro: “**DISCAPACIDAD. EL ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES EN LA MATERIA DEBE REALIZARSE A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN**”.<sup>14</sup>

No obstante, aunque la protección que reciben las personas con discapacidad en nuestro sistema jurídico se encuentra enmarcada en la protección de todas las personas como iguales, ésta no debe entenderse como un simple reconocimiento formal. En efecto, este mandato implica la búsqueda de la igualdad material para las personas con discapacidad. Derivado de esto, nuestra Constitución y los diversos instrumentos internacionales en la materia han retomado el **modelo social de discapacidad**. La Primera Sala ha advertido que uno de los valores instrumentales de este modelo consiste en medidas de naturaleza positiva, es decir, elementos diferenciadores que buscan la nivelación contextual de las personas que poseen alguna diversidad funcional con el resto de la sociedad. Así, el modelo social de discapacidad brinda una protección reforzada a las personas con discapacidad social al fungir como un medio para remover los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad.

De lo anterior claramente se advierte que la protección de los niños y las personas con discapacidad, no sólo es un fin constitucionalmente válido, sino constitucionalmente exigido. En efecto, resulta imperativo pretender proteger en mayor medida a los grupos de personas más vulnerables, en tanto éstos merecen medidas de protección reforzada de acuerdo a la Constitución General.

Ahora bien, una vez superada la primera grada del test de igualdad, es necesario determinar si la distinción está *directamente conectada* con dicho objetivo, siendo insuficiente que la medida esté, en algún grado o potencialmente conectada, con tal fin.

En ese sentido, debe mostrarse que la distinción entre niños menores y mayores de doce años está directamente conectada con el propósito de proteger en mayor medida a quien más lo necesita. Como se advierte, esta etapa del test implica una cuestión empírica consistente en determinar si efectivamente los niños menores de doce años se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

Tratándose de cuestiones empíricas relacionadas con el uso de categorías sospechosas, como es el caso de la distinción de derechos con base en la edad, se ha establecido que es necesario que se muestre con base en pruebas técnicas o científicas que efectivamente existen características especiales entre los grupos que se están distinguiendo. Dichas diferencias **deben ser probadas, y no especulativas o imaginarias**. Por tanto, **no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de las personas que estén especialmente protegidas por la Constitución**.<sup>15</sup>

En este sentido, el artículo impugnado será idóneo para alcanzar los fines perseguidos por el legislador, consistentes en otorgar mayor protección a los grupos de personas más vulnerables, en la medida que exista evidencia a partir de la cual pueda mostrarse que los niños menores de doce años se encuentran en un estado de mayor vulnerabilidad en oposición a los niños mayores a esta edad.

De los informes justificados se advierte que, a decir de las autoridades, durante la primera infancia se requiere de mayor participación de los padres, pues en esta etapa los niños atraviesan el periodo más rápido de crecimiento y cambio en todo su ciclo vital, se crean vínculos emocionales fuertes con los padres, se establecen relaciones importantes con otros niños, y empiezan a captar activamente las dimensiones físicas, sociales y culturales del mundo.

<sup>11</sup> Dicho criterio es utilizado en varios precedentes, tales como: Contradicción de tesis 430/2013; amparo directo en revisión 3466/2013, amparo directo en revisión 2293/2013; amparo directo en revisión 3859/2014, amparo directo en revisión 249/2015 y amparo directo en revisión 2618/2013

<sup>12</sup> Dicho criterio se ve reflejado en los siguientes precedentes emitidos por la Primera Sala. amparo directo en revisión 12/2010 resuelto el 2 de marzo de 2011, amparo directo en revisión 1038/2013, resuelto el 4 de septiembre de 2013, amparo directo en revisión 2618/2013, resuelto el 23 de octubre de 2013, amparo directo en revisión 3466/2013 resuelto el 7 de mayo de 2014 y amparo directo en revisión 1222/2014 resuelto el 15 de octubre de 2014.

<sup>13</sup> Así, en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño se avanzó la idea de que el niño merece una “protección especial”. De igual forma, en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se establece que éste requiere “protección y cuidado especiales”. Asimismo, en el artículo 19 de la Convención Americana se señala que todo niño debe recibir “las medidas de protección que su condición de menor requieren. [Corte I.D.H., Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.]

<sup>14</sup> 1.a V/2013 (10ª.), Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, Tomo 1, de enero de 2013, página 630.

<sup>15</sup> Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 254, párrafo 109.

Asimismo, existe amplia evidencia con base en la cual es posible mostrar que los niños menores de doce años requieren de mayor atención y cuidados. En efecto, la literatura especializada señala que los padres son esenciales en la formación y el bienestar de los niños,<sup>16</sup> y que en las primeras etapas del desarrollo la presencia de los progenitores es fundamental, ya sea porque los niños son físicamente débiles y no pueden manipular objetos, sentarse, pararse, desplazarse o comer por sí mismos,<sup>17</sup> o ya sea porque requieren estimulación psicoemocional a través de la interacción continua con sus padres.<sup>18</sup> No obstante, las necesidades de los menores varían con el tiempo. Tendencialmente, su crecimiento se acompaña de un proceso de *individualización*, en la medida en la que su desarrollo demanda de necesidades que no dependen en estricto sentido de los padres.<sup>19</sup> Así, en etapas posteriores los menores se desvinculan *incrementalmente* de sus progenitores, volviéndose más autónomos y poniendo su atención en el desarrollo de relaciones sociales con otros niños a través del juego y la interacción.<sup>20</sup> Con todo, los estudios muestran que los cuidados y la orientación de los padres siguen incidiendo en el desarrollo emocional y conductual de los niños incluso bien entrada la adolescencia.<sup>21</sup>

Más aun, esta distinción puede verse en nuestras leyes. Por ejemplo, en los casos de adopción, los menores de doce años en adelante deben dar su consentimiento.<sup>22</sup>

A partir del reconocimiento de la evolución gradual de la madurez y capacidades del menor, esta Suprema Corte también ha establecido, por un lado, la **protección “doblemente” reforzada de los niños pequeños** y, por otro, la **progresividad en la autonomía del menor de edad**. Aspectos que también son recogidos en el derecho internacional de los derechos de los niños.

Respecto al primer punto, la Suprema Corte, al resolver la facultad de investigación 1/2009 estableció que cuando entran en juego los derechos de niños pequeños, las medidas de protección que impone el principio de interés superior deben ser doblemente reforzadas. Así, se precisó los deberes de protección de los derechos fundamentales de los niños son deberes agravados y doblemente reforzados en el caso de niños en la primera infancia.

Tal obligación también es compartida por distintos órganos internacionales de derechos humanos. En efecto, el Comité de Derechos del Niño ha señalado que la protección a los menores tiene que ser más intensa cuando se trata de niños que se encuentran en la primera infancia.<sup>23</sup> En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha sostenido en varias ocasiones que los niños pequeños deben tener una protección especial reforzada.<sup>24</sup>

Esta mayor protección encuentra su justificación en la especial vulnerabilidad de los niños a esta edad, ya que es evidente que las capacidades motrices y comunicativas de los niños en la primera infancia son muy limitadas, de tal manera que dependen por completo de sus padres y cuidadores para poder sobrevivir.

Cabe precisar que la definición de primera infancia elaborada por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, abarca todos los niños pequeños, desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar y hasta la transición al período escolar. No obstante se reconoce la dificultad de establecer una edad determinada, pues diferentes países utilizan distintos parámetros, el Comité propone,

---

<sup>16</sup> Mary D.S. Ainsworth & John Bowlby, (1991). *An Ethological Approach to Personality Development*, 46 (4). Am. Psychol, págs. 333-341 (en adelante Mary D.S. Ainsworth & John Bowlby, 1991). Ellen Moss, Denise Rousseau, Sophie Parent, Diane St-Laurent and Julie Saintonge. (1998). *Correlates of Attachment at School Age: Maternal Reported Stress, Mother-Child Interaction, and Behavior Problems*, Child Development, 69, No. 5, págs 1390-1405; Op. Cit. Deborah Laible, 2006. <sup>16</sup> L. Alan Sroufe, (2005) *Attachment and Development: A Prospective, Longitudinal Study from Birth to Adulthood*, Attach & Human Dev. 7, págs. 349-367; Michal Al-Yagon (2008). *Maternal Personal Resources and Children's Socioemotional and Behavioral Adjustment*. M. Child Psychiatry Hum Dev, 39, págs. 283; op cit. Chen, F.M., Lin, H.S. & Li, C.H. J Child Fam Stud (2012); op. cit. Zietlow, A., Schlüter, M.K., Nonnenmacher, 2014; op. cit. Deborah Laible, 2006; Alison Clarke-Stewart (1977) *Child Care in the Family: A Review of Research and Some Propositions for Policy*, Academic Press, Nueva York, págs. 33-45. (en adelante Alison Clarke-Stewart, 1977); Amato, P.R. (2000) The consequences of divorce for adults and children. *Journal of Marriage and the Family*, 62, págs. 1269-1287.

<sup>17</sup> Alison Clarke-Stewart (1977) *Child Care in the Family: A Review of Research and Some Propositions for Policy*, Academic Press, Nueva York, págs. 14.

<sup>18</sup> Ibid, págs. 22.

<sup>19</sup> Alison Clarke-Stewart presenta una extensa revisión de literatura que ilustra cómo varían las necesidades de los menores en el tiempo en relación con sus padres, dividiendo la exposición por etapas de i) 6 meses, ii) 6 meses a 3 años, iii) 3 años a 6 años, iv) 6 años a 9 años. Véase: Alison Clarke-Stewart, *Child Care in the Family: a review of research and some propositions for policy*, Academic Press, Nueva York, 1977, págs. 11-47.

<sup>20</sup> Alison Clarke-Stewart (1977) *Child Care in the Family: A Review of Research and Some Propositions for Policy*, Academic Press, Nueva York, págs. 37.

<sup>21</sup> Developmental issues in relocation cases involving young children: When, whether, and how?, Joan B. Kelly, Michael E. Lamb, *Journal of Family Psychology*, Vol. 17(2), June 2003, págs. 193-205; The importance of caregiver-child interactions for the survival and healthy development of young children: A Review, World Health Organization, Department of Child and Adolescent Health and Development, 2004, págs. 37; Do Effects of Early Child Care Extend to Age 15 Years? Results From the NICHD Study of Early Child Care and Youth Development, Deborah Lowe Vandell, Jay Belsky, Margaret Burchinal, Nathan Vandergriff, Laurence Steinberg, *Child Dev.* 2010 ; 81(3): 737-756. doi:10.1111/j.1467-8624.2010.01431.x.

<sup>22</sup> Véase, por todos, el artículo 397 del Código Civil Federal.

<sup>23</sup> Observación General N° 7 (2006), párrafo 36.

<sup>24</sup> En una de sus sentencias más relevantes en relación con los derechos de los niños, la Corte Interamericana afirmó que “el Estado debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño” [Corte I.D.H., Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 párrafo 160.]

como definición de trabajo adecuada de la primera infancia, el período comprendido hasta los 8 años de edad; señalando que los Estados Partes deberán reconsiderar sus obligaciones hacia los niños pequeños a la luz de esta definición.<sup>25</sup>

En otra línea de precedentes, esta Suprema Corte ha reconocido el **principio de la evolución de la autonomía de los niños**, señalando que la *evolución de las facultades como principio habilitador*, se basa en los procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, facultades y la comprensión de su entorno y en particular de sus derechos humanos. Tal principio también pretende hacer de los derechos de los niños, derechos efectivos que puedan ser ejercidos y determinados por ellos mismos.<sup>26</sup>

De tal forma que dicha *evolución de autonomía de los menores* se ha descrito como “nuevo principio de interpretación del derecho internacional, según el cual, a medida que los niños van adquiriendo competencias cada vez mayores, se reduce su necesidad de orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades respecto a las decisiones que afectan su vida.”<sup>27</sup>

Respecto a la edad para que los menores puedan tomar decisiones por ellos mismos, atendiendo a las observaciones generales del Comité de derechos del niño de las Naciones Unidas, la Suprema Corte estableció que al determinar el nivel de autonomía del menor y la viabilidad de sus decisiones, no es posible establecer edades fijas o condiciones prestablecidas, pues el proceso de madurez no es un proceso lineal y aplicable a todos los niños por igual. Dicha *evolución facultativa* es progresiva en función de su edad, del medio social, económico y cultural en el cual se desarrollan los infantes, y de sus aptitudes particulares.<sup>28</sup>

Es importante precisar que el reconocimiento del principio de evolución de la autonomía de los menores, no implica dejar sin protección a aquellos niños que han adquirido cierto nivel de madurez. Este principio habilita a los menores a tomar ciertas decisiones sobre el ejercicio de sus derechos, pero de ninguna manera autoriza que estos menores dejen de ser considerados como niños para efectos de su protección constitucional e internacional.

En ese sentido, derivado de la literatura especializada, del derecho internacional y de diversos precedentes de esta Suprema Corte, puede concluirse que existe un mayor grado de vulnerabilidad en los niños pequeños, y que las capacidades del menor evolucionan de manera gradual. En ese sentido, la medida que ahora se analiza es idónea para proteger al grupo de personas con mayor grado de vulnerabilidad, los niños menores de doce años.

Por otro lado, considero que la norma protege de forma especial a las personas con discapacidad. Ciertamente, estas personas también se encuentran en una situación de vulnerabilidad, por lo que se encuentra justificada su protección, o mayor atención, a través de la sustitución de la pena que se puede otorgar a sus padres.

En efecto, la norma visibiliza la difícil situación por la que pueden pasar las personas con discapacidad al perder a sus únicos o principales cuidadores. Así, atendiendo a la protección que brinda a un grupo de especial vulnerabilidad como las personas con discapacidad, se puede concluir que la norma se encamina a cumplir con el fin de la norma.

No obstante **la medida sólo es potencialmente idónea, en tanto no se encuentra totalmente conectada con el fin que pretende**, pues si bien protege a los menores de doce años y a las personas con discapacidad, que estén bajo el cuidado preferente o exclusivo de sus padres, la medida deja sin protección a otras personas que podrían tener el mismo grado de vulnerabilidad.

En efecto, si la norma analizada persigue proteger a los grupos más vulnerables de la sociedad, es imprescindible que todos los sujetos que tengan esa condición se encuentren protegidos a través del beneficio que otorga dicha disposición. En ese sentido, la medida es subinclusiva pues deja sin protección a otros grupos, como personas con alguna grave enfermedad que les impida valerse por sí mismas.

**En vista de lo anterior, si el objetivo que pretende la norma es proteger a las personas con un alto grado de vulnerabilidad, la misma no está directamente encaminada a la satisfacción de ese fin, pues excluye a parte del espectro de personas que precisamente persigue proteger.** En este orden de ideas, puede decirse que la medida legislativa impugnada protege sólo a cierto grupo de personas vulnerables, cuando para alcanzar los fines que pretende debería incluir a otros grupos con igual grado de vulnerabilidad.

Es por lo anterior que propuse la invalidez de la porción normativa “*de discapacidad*” de la fracción I del artículo 144 de la Ley de Ejecución Penal. **Esto permitiría que todas las personas sentenciadas que tengan hijos que no puedan valerse por sí mismos, y no tengan un cuidador alternativo, pudieran acceder a alguna pena o medida de seguridad no privativas de la libertad.** Así el precepto se habría leído en los siguientes términos:

<sup>25</sup> Observación General No. 7: Realización de los derechos de los niños en la primera infancia. CRC/C/GC/7/Rev.1, 12 a 30 de septiembre de 2005, Ginebra.

<sup>26</sup> Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 7, párrafo 17; Observación General No. 4 introducción y párrafo 4.

<sup>27</sup> Gerison Lansdown, La Evolución de las Facultades del Niño. Florencia, UNICEF. Centro de Investigaciones Innocenti Research., 2005. pp. 19 y 20.

<sup>28</sup> Gerison Lansdown, La Evolución de las Facultades del Niño. Florencia, UNICEF. Centro de Investigaciones Innocenti Research., 2005. pp. 31

**Artículo 144, fracción I:**

El Juez de Ejecución podrá sustituir la pena privativa de la libertad por alguna pena o medida de seguridad no privativa de la libertad, previstas en esta Ley cuando durante el periodo de ejecución se actualicen los siguientes supuestos:

- I. Cuando se busque la protección de las hijas e hijos de personas privadas de la libertad, **siempre que éstos sean menores de doce años de edad o tengan una condición que no les permita valerse por sí mismos.** Esto cuando la persona privada de la libertad sea su cuidadora principal o única cuidadora, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.

Considero que esta era la forma más efectiva de alcanzar el propósito que perseguía la norma: proteger al mayor número de personas posible. Tanto la propuesta del Pleno como la de la Ley Nacional de Ejecución de Penas deja a ciertos grupos que podrían requerir de sus tutores sin esta protección.

El Ministro, **Arturo Zaldívar Lelo de Larrea**.- Rúbrica.

EL LICENCIADO **RAFAEL COELLO CETINA**, SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CERTIFICA: Que esta fotocopia constante de once fojas útiles, concuerda fiel y exactamente con el original del voto particular formulado por el señor Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en relación con la sentencia de cuatro de abril de dos mil diecisiete, dictada por el Tribunal Pleno en la acción de inconstitucionalidad 61/2016. Se certifica con la finalidad de que se publique en el Diario Oficial de la Federación.- Ciudad de México, a dieciocho de abril de dos mil dieciocho.- Rúbrica.

**VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL MINISTRO JAVIER LAYNEZ POTISEK EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 61/2016**

En la sesión celebrada el cuatro de abril del dos mil diecisiete, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación discutió y resolvió la acción de inconstitucionalidad 61/2016, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), en la que demandó la invalidez de diversas disposiciones de la Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciséis de junio de dos mil dieciséis.

**I. Antecedentes**

Entre dichas disposiciones se impugnó el requisito que establece el artículo 141 en su fracción VII para que los sentenciados puedan **solicitar** la libertad anticipada, ya que para acceder a este beneficio se exige que los sentenciados que cometieron delitos dolosos hayan cumplido el setenta por ciento de su condena, mientras que sólo el cincuenta por ciento para aquéllos que cometieron delitos culposos, lo cual fue tildado de inconstitucional por la CNDH porque en su opinión toma nuevamente en cuenta la intencionalidad en la comisión del delito para el otorgamiento del beneficio cuando este elemento ya fue considerado por el Juez que dictó la pena.

**II. Razones de la mayoría**

El Tribunal Pleno, por unanimidad de votos, declaró infundado el concepto de invalidez y reconoció la validez de la norma, al estimar que es una medida razonable atendiendo a su finalidad, que es lograr la reinserción del sujeto, manteniendo la paz y seguridad social, ya que se consideró que una persona que cometió una conducta particularmente grave requerirá de apoyos especiales durante un periodo más extenso para identificar y eliminar las causas de su entorno que lo llevaron a delinquir.

Así, se concluyó que la existencia de requisitos para acceder a este tipo de beneficios es constitucionalmente válido, puesto que el criterio de tiempo mínimo de reclusión, en atención a si un delito fue voluntario o no, apunta a factores razonables, tales como la gravedad de la conducta para la sociedad y la expectativa del tiempo mínimo necesario para brindar herramientas al sentenciado para que pueda reingresarse a la sociedad de modo efectivo.

**III. Razones del disenso**

A mi juicio, si bien coincido en que la distinción que se hace entre delitos dolosos y culposos no conlleva un juicio sobre la personalidad del autor del delito, como planteó la CNDH, lo cierto es que las consideraciones que sustentan el voto de la mayoría presuponen que el tiempo necesario para que la persona alcance la reinserción social será mayor en función de la gravedad de la conducta delictiva, cuando en la realidad la reinserción puede lograrse en distintos tiempos, por lo mismo, tal argumento constituye una generalización que, a pesar de que pueda ser plausible, no puede servir de parámetro para justificar la razonabilidad del requisito en cuestión.

Por ello, considero que la validez del requisito impugnado deriva de la misma lógica normativa que rige a todo el sistema penal, el cual, a lo largo de las distintas etapas que integran el proceso, diferencia la comisión de los delitos dolosos de los culposos imponiendo distintas consecuencias jurídicas para unos que para los otros. Lo anterior significa que si el hecho delictivo cometido con dolo conlleva una pena mayor respecto del delito cometido con culpa, resulta razonable que el acceso al beneficio prelibatorio esté sujeto a requisitos de mayor rigor.

El Ministro **Javier Laynez Potisek**.- Rúbrica.- El Secretario General de Acuerdos, **Rafael Coello Cetina**.- Rúbrica.

EL LICENCIADO **RAFAEL COELLO CETINA**, SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CERTIFICA: Que esta fotocopia constante de dos fojas útiles, concuerda fiel y exactamente con el original del voto concurrente formulado por el señor Ministro Javier Laynez Potisek, en relación con la sentencia de cuatro de abril de dos mil diecisiete, dictada por el Tribunal Pleno en la acción de inconstitucionalidad 61/2016. Se certifica con la finalidad de que se publique en el Diario Oficial de la Federación.- Ciudad de México, a dieciocho de abril de dos mil dieciocho.- Rúbrica.