

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.

VOTO PARTICULAR EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 61/2016

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.

VOTO PARTICULAR EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 61/2016

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.¹ De igual forma, las **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas 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.² En consonancia con lo anterior, los **Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos**, adoptados por la Asamblea General de las

¹ Véase el Principio II, inciso 4:

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

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.

² 2. 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.*

Naciones Unidas, proscriben la discriminación de los sentenciados en razón de su posición económica.³

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

³ 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.

VOTO PARTICULAR EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 61/2016

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.

VOTO PARTICULAR EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 61/2016

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.**

De tal modo, estimo que la distinción impugnada persigue una finalidad imperiosa, ya que distintos artículos de la Constitución

VOTO PARTICULAR EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 61/2016

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.⁴ Asimismo, es uno de los principios rectores

⁴ **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

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”,⁵ 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”.⁶

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.⁷ Al respecto, se ha señalado que este principio comprende varias dimensiones o funciones normativas:⁸ (i) como pauta interpretativa aplicable a las

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.

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

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

⁷ Al respecto, véanse las siguientes tesis: “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO.” [Tesis: 1a. CXXI/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].

⁸ 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

normas y actos que tengan injerencias respecto de los derechos de niñas y niños;⁹ y (ii) como principio jurídico rector que exige una máxima e integral protección de los derechos cuya titularidad corresponda a un menor de edad.¹⁰

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**.¹¹ 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,¹² como de distintos instrumentos internacionales.¹³

Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IX, junio de 2012, Tomo 1, página 261].

⁹ 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].

¹⁰ 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].

¹¹ 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

¹² 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.

¹³ 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 Reeducción del Menor vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.]

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”**.¹⁴

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.

¹⁴ 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.

VOTO PARTICULAR EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 61/2016

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.¹⁵

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.

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,¹⁶

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

¹⁶ 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. ¹⁶ 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.

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,¹⁷ o ya sea porque requieren estimulación psicoemocional a través de la interacción continua con sus padres.¹⁸ 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.¹⁹ 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.²⁰ 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.²¹

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.

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

¹⁸ Ibid, pág. 22.

¹⁹ 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.

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

²¹ 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, pág. 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 Vandergrift, Laurence Steinberg, *Child Dev.* 2010 ; 81(3): 737–756. doi:10.1111/j.1467-8624.2010.01431.x.

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.²²

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.²³ 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.²⁴

²² Véase, por todos, el artículo 397 del Código Civil Federal.

²³ Observación General N° 7 (2006), párrafo 36.

²⁴ 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*

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, 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.²⁵

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.²⁶

superior del niño" [Corte I.D.H., Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 párrafo 160.]

²⁵ 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.

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

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.”²⁷

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 preestablecidas, 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.²⁸

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.

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

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

VOTO PARTICULAR EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 61/2016

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 vulnerabilidad.

Es por lo anterior que propone 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:

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.

MINISTRO

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

AMIO/RLA