



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho.

LA RECLUSIÓN PENAL EN LUGARES CERCANOS
AL NÚCLEO FAMILIAR
MEDIO PARA CONCRETAR LA PARTE
SUSTANCIAL DEL SISTEMA JURÍDICO

Opción de titulación
Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener Grado de Maestra en Derecho

Presenta:

Nelly Azucena García Álvarez

Dirigido por:

Jesús Manuel Couch Velasco

Mtro. Jesús Manuel Couch Velasco
Presidente


Firma

Mtro. Jesús García Hernández
Secretario


Firma

Mtra. Diana Olvera Robles
Vocal

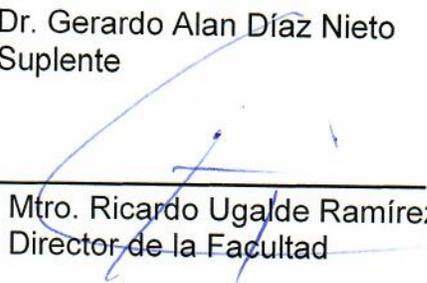

Firma

Mtro. Agustín Martínez Anaya
Suplente


Firma

Dr. Gerardo Alan Díaz Nieto
Suplente


Firma


Mtro. Ricardo Ugade Ramírez Piña
Director de la Facultad


Dra. María Guadalupe Flavia Loarca
Directora de Investigación y Posgrado

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
Enero de 2019

Resumen

El presente trabajo de investigación se centra en que una sentencia jurídica ya no puede únicamente fundarse en un aspecto de mera formalidad. Si bien es un requisito necesario, no es suficiente, pues debe además buscarse que la parte sustancial de la Constitución, entendida como aquella que contiene valores supremos que son el eje de su conformación, esto es, los derechos fundamentales, se cumpla para gradualmente alcanzar mejores estándares para su materialización. Este requisito es primordial porque las sentencias, además de que deben integrar dicho análisis para ajustarse al sistema, deben generar antecedentes para ir fundando el parámetro de aplicación de las normas y la culminación de los derechos fundamentales. Por tal motivo, la sentencia sometida a análisis debió tomar también como eje de estudio el derecho fundamental a la familia, lo que es el punto de partida para determinar el lugar de compurgación de la pena de una persona sentenciada. Los anteriores fundamentos son necesarios para cumplir a cabalidad con la validez sustancial del sistema jurídico.

Palabras clave: derecho fundamental a la familia, dimensión sustancial del sistema jurídico, reclusión penal.

Summary

The present research work focuses on the fact that a legal sentence can no longer be based on an aspect of mere formality. Although it is a necessary requirement, it is not enough, since it must also be sought that the substantial part of the Constitution, understood as that which contains supreme values that are the axis of its conformation, that is, fundamental rights, is met to gradually reach better standards for its materialization. This requirement is paramount because the judgments, in addition to the fact that they must integrate this analysis in order to comply with the system, must generate antecedents for founding the parameter of application of the norms and the culmination of the fundamental rights. For this reason, the sentence under analysis must also take as its axis of study the fundamental right to the family, which is the starting point to determine the place of compilation of the sentence of a sentenced person. The previous foundations are necessary to fully comply with the substantial validity of the legal system.

Key words: criminal imprisonment., fundamental right to the family, substantial dimension of the legal system,

Dedicatoria

A mis padres y hermana:

Una meta ha sido cumplida, mil palabras no bastarán para
Agradecerles su apoyo, su comprensión y
sus consejos en los momentos difíciles.

Gracias por haberme comentado en mí el deseo
de superación en la vida, por compartir mis penas y mis alegrías,
siempre con una palabra de aliento para continuar luchando.

A ustedes debo este logro y con ustedes
felizmente lo comparto.

Agradezco a mi familia por la paciencia en todo este procedimiento, así como al Programa Titúlate de la Facultad de Derecho por las facilidades y oportunidad de obtener el grado de Maestra en Derecho

ÍNDICE

Resumen.....	III
Summary.....	IV
Dedicatoria.....	V
Agradecimientos.....	VI
Índice.....	VII
Introducción.....	8

CAPÍTULO PRIMERO

Sentencia del juicio de amparo indirecto 739/2013-I.....	9
---	----------

1.1. Hechos que dieron origen al juicio de amparo indirecto 739/2013-I.....	9
1.2. Reforma referente a derechos fundamentales como parte sustancial de la Constitución Federal.....	11
1.3. La reinserción social como objeto primordial del sistema penitenciario.....	17

CAPÍTULO SEGUNDO

Sentencia del juicio de amparo indirecto 739/2013-I. Expresión del positivismo rígido.....	23
---	-----------

2.1. La sentencia del juicio de amparo indirecto 739/2013-I, sus argumentos principales.....	23
2.2. La sentencia como expresión del positivismo al darle superioridad al principio de legalidad y debido proceso.....	25

CAPÍTULO TERCERO

La falta de análisis del derecho a una reclusión social cercana al domicilio del recluso como una violación a la parte sustancial del sistema jurídico mexicano.....	33
---	-----------

3.1 La importancia de hacer efectiva la parte sustancial de la Constitución.	
3.2 ¿Que debió analizar la autoridad, además de las cuestiones de formalidad, para darle el debido peso a la parte sustancial?.....	33

Conclusiones.....	42
Bibliografía	44
Anexo, sentencia del juicio de amparo indirecto 739/2013-I	46

Introducción

El presente trabajo se centra en demostrar cómo a partir del cambio de paradigma, el cual toma la formalidad como rectora del sistema jurídico, también llamada la parte sustancial, que se refiere a todos los valores considerados supremos para dicho sistema que incluye los derechos fundamentales, genera la obligación de verificar una validez formal y una validez sustancial.

La tarea de verificar el cumplimiento de ambos requisitos obedece a la necesidad de que las normas estén adecuadamente pronunciadas por el órgano encargado de emitir las y se ajusten a la validez sustancial, con el propósito de cumplir y alcanzar la materialización de los derechos fundamentales.

Es por lo tanto obligación de las autoridades jurisdiccionales analizar tanto los requisitos de forma en los actos de autoridad como el cumplimiento de los derechos fundamentales, pues la primera exigencia es necesaria mas no suficiente para legitimar una sentencia.

En el caso que ocupa a la presente tesis se desarrollará cómo el derecho del recluso de compurgar en un sitio cercano a su núcleo familiar la pena a la que ha sido acreedor resulta también necesario para que una sentencia esté correctamente formulada y, con ello, además contribuir al avance gradual por medio de precedentes para la realización plena de los derechos fundamentales.

Además, se deja de manifiesto en este trabajo que las limitaciones a los derechos fundamentales deben de ser proporcionales y justificadas, y que de establecerse alguna restricción es obligatorio, para su aplicación, el acreditar de manera fehaciente su actualización.

CAPÍTULO PRIMERO

Sentencia del juicio de amparo indirecto 739/2013-I

1.1. Hechos que dieron origen al juicio de amparo 739/2013-I del Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Querétaro.

Por reforma de junio de 2008, se insertó el siguiente párrafo al artículo 18 de la Constitución Federal:

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

Partiendo de tal premisa, las autoridades administrativas del Centro Penitenciario del Estado de Querétaro realizaron una interpretación extensiva, es decir, fueron más allá del texto constitucional, y concluyeron que los reos que fueron calificados de alta peligrosidad podrían ser transferidos a Centros Penitenciarios con mayor seguridad. En particular, argumentaron que el quejoso que promueve el juicio de amparo materia de esta tesis, dentro de la causa penal #316/2004 del índice del Juez Tercero de Primera Instancia Penal del Distrito Judicial de Querétaro, fue sentenciado por los delitos de homicidio y robo calificado, y que a fin de dar cumplimiento de dicha sentencia puso al quejoso a disposición del Ejecutivo del Estado de Querétaro para la compurgación de su pena de prisión, y éste lo confinó para ello en el Centro de Readaptación Social, hoy Reinserción Social de San José el Alto, Querétaro, lugar donde permaneció por espacio aproximado de 9 años cumpliendo su pena.

El quejoso observó buena conducta durante su estadía, pero se le confirió a un módulo cerrado, no por su accionar dentro del Centro Penitenciario sino como una medida extra de seguridad debida al tipo de delito por el cual se le había sentenciado; tan es así, que dicha persona ostentaba las siguientes prerrogativas:

A. La visita de su familiar originaria y vecina de la Ciudad de Querétaro los días de visita, miércoles y domingos de las 8:00 a las 15:30 horas, con la introducción de comida para el convivio familiar.

B. La introducción y conservación de T.V. y radio modular, parrilla eléctrica y ropa de invierno

C. La entrevista de su abogado defensor diariamente de 9:00 a las 17:00 horas.

Todo lo anterior quedó incorporado a la persona del quejoso como un derecho adquirido que ostentó por 9 años aproximadamente y que anexó a su patrimonio personal. Además, cabe añadir que de acuerdo con el punto B dentro de los Centros Penitenciarios, tales prerrogativas son beneficios que pocas personas consiguen y que sólo se pueden conservar observando una excelente conducta.

Ahora bien, tomando como fundamento la reforma constitucional del 7 de marzo de 2013, las autoridades penitenciarias, sin mediar procedimiento administrativo alguno y sin ponderar también el derecho que confiere el mismo artículo 18 Constitucional referente al derecho de que tienen los sentenciados para purgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio para así lograr su reintegración social, enviaron al quejoso de su reclusión penal donde cumplía su sentencia al punto de confinamiento lejano a más de 200 kilómetros al Centro Federal de Readaptación Social #12, ubicado en carretera Lagunas de Guadalupe, Rancho Piedras Negras, Municipio de Ocampo, Guanajuato. De este modo, se anularon todas las prerrogativas y derechos adquiridos que anteceden, a lo que se añade que el lugar de reclusión a donde fue enviado no contaba con cobijas ni calefacción, incluía encierro permanente en su celda, permitía visitas familiares solo cada mes por 15 minutos, carecía de comunicación exterior telefónica y le negaba las entrevistas con su defensor.

Los hechos narrados son importantes porque dejan ver la tendencia de los centros penitenciarios de tratar a sus internos conforme a las conveniencias de la institución, no de acuerdo con lo que resulte mejor para lograr los fines establecidos por la Constitución; entre éstos, conseguir la readaptación social y el respeto a la dignidad humana. No es posible obtener tales fines si por principio de cuentas no se cumple el principio de legalidad básico y mucho menos los principios reconocidos en cualquier corriente filosófica jurídica.

1.2. Reforma referente a derechos fundamentales como parte sustancial de la Constitución Federal

La dimensión sustancial, como señala Ferrajoli, refiere que los sistemas jurídicos se encuentran conformados por normas formales y normas sustanciales¹. Las primeras son la clásica postura Kelseniana de validez formal de las disposiciones, que indica las autoridades y el procedimiento correctos para crearlas.

Ferrajoli explica un requisito extra para la validez plena de una disposición y de las normas que se crean con ella². Al respecto, se refiere a las normas sustanciales que son el centro de las decisiones: los principios y valores inscritos en la Constitución, que comprenden los derechos fundamentales.

Si se interprete a partir de la corriente iusnaturalista, tales principios y valores son los que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, cuyo requisito positivista será que la previsión de los mismos por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento es, en suma, condición de su existencia.

En resumen, la validez de una disposición y de las normas que con ellas

¹ Ferrajoli, Luigi. "El derecho como sistema de garantías." *Noésis, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, Filosofía analítica y filosofía del derecho en Italia*, 03, 2018, 77-95.

² *Loc.cit.*

se crean deben incluir para su cumplimiento dos aspectos sumamente importantes: por una parte, su aspecto formal (que se haya creado por el órgano correspondiente y atendiendo a las exigencias de su creación), pero además, de acuerdo con la naturaleza garantista de nuestra Constitución, ajustarse a la exigencia de la parte sustancial del sistema jurídico, es decir, los principios y valores inscritos en la Constitución.

De lo contrario, la validez estará viciada de nulidad, es decir, el acto existe, pero de modo imperfecto. En otras palabras, si bien tiene efectos, estos pueden destruirse de manera retroactiva mediando el pronunciamiento de una autoridad procesal.³

Dicho argumento cobra importancia dada la reforma constitucional de 2011, donde se incorporan premisas que dejan en claro la parte sustancial cobra plena presencia que en nuestra Carta Magna, y que se pretende su cumplimiento como una extensión de la validez de las normas en el sistema jurídico.

Así la cosas, el 10 de junio de 2011 se publica en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional en materia de derechos humanos, donde se puede distinguir principalmente lo siguiente:

1. Modifica el término “garantías individuales” por el de “derechos humanos”, puesto que este último se utiliza en el ámbito internacional. Sin embargo, al estar incorporado a un cuerpo positivo, lo correcto debió haber sido el nombre de derechos fundamentales.
2. Reconoce los derechos humanos sin indicar que son otorgados; es decir se puede observar que los individuos ya tienen tales derechos por el solo hecho de ser personas, y no son una figura que crea

³ Miramón Parra, Araceli. "Teoría de las nulidades e ineficiencias del acto jurídico.." Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 01, 2018. consultado el 12, 2018. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/8.pdf>.

el Estado como regalo a sus integrantes.

3. Refiere una “interpretación conforme”, o sea, que las disposiciones deben interpretarse para generar normas acordes con la Constitución, lo que implica también proteger en esa exégesis los derechos humanos que se traducen en la parte sustancial de la Carta Magna.

4. Incorpora el principio “pro persona”. Según este principio, de entre diversas interpretaciones se debe acudir a la que sea más favorable a la persona o aquella que dé una protección más amplia del derecho humano en análisis.

5. Genera una obligación por parte del Estado mexicano: su completud, la exigencia de promover, respetar y garantizar los derechos humanos. La parte sustancial cobra esencia para la Constitución.

6. Exige el cumplimiento de los derechos humanos de parte de las autoridades mexicanas, bajo la perspectiva de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.⁴

7. Vincula al Estado cuando exista un menoscabo a los derechos humanos, en virtud del cual aquél deberá investigar, sancionar y reparar sus violaciones, y buscar medios efectivos para prevenirlos.

8. Hace explícita la prohibición de discriminación por “preferencias sexuales”.

9. Indica, por lo que respecta a la educación, que una de sus finalidades es el respeto a los derechos humanos.

⁴ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Nonagésima Sexta ed. Vol. Distrito Federal, México: SISTA, 2014. 11-12.

10. Inserta con grado constitucional el asilo para personas perseguidas por causas políticas, al igual que un “derecho de refugio” para personas con motivos humanitarios.

11. Obliga al sistema penitenciario nacional a respetar los derechos humanos, para lo que dicho régimen penitenciario debe ser compatible con la Constitución.

12. Modifica la conocida figura de la extradición, donde a personas extranjeras que se consideraban perniciosas se les podía, sin mediar audiencia, obligarlas a abandonar el territorio. Esta acción ahora está prohibida, y se respeta la garantía de audiencia.

13. Traslada a la Comisión Nacional de Derechos Humanos la facultad que fuera de la Suprema Corte de Justicia de la Nación referente a la atracción para investigación.

14. Hay un avance significativo por lo que refiere a las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como en las emitidas por las comisiones estatales. En caso de que un servidor público no aceptara estas últimas, deberá dicho funcionario fundar motivar y hacer pública su negativa. Además, debe responderse si se rechazan o aceptan tales recomendaciones.

15. Define que las únicas materias de las cuales no puede ahora conocer la Comisión Nacional de Derechos Humanos y las Comisiones Estatales, son los asuntos electorales y jurisdiccionales.

16. Inserta un mecanismo de consulta pública para la elección del titular de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y los miembros del Consejo Consultivo de la institución.

17. Otorga a la Comisión Nacional de Derechos Humanos la facultad de realizar investigaciones ante violaciones graves de derechos humanos, facultad que se puede iniciar de motu proprio o a petición del Presidente de la República, el gobernador de un Estado, alguna de las cámaras del Congreso o una de las legislaturas locales.

18. Para armonizar la reforma constitucional, dentro de sus transitorios previó que se debía, dentro del periodo de un año, promulgar una ley sobre reparación de las violaciones a los derechos humanos, entre otras, esto para hacer efectiva dicha reforma. Por lo tanto, la parte sustancial de la Constitución cobra plena vigencia material.

Es importante puntualizar que con dicha reforma toma fuerza el reconocer en serio los derechos humanos. En este caso, al estar ya integrados en la Constitución entendidos como derechos fundamentales, las Naciones Unidas indican que son tutelados por los siguientes atributos:

a) Universales e inalienables

La universalidad, como lo indica Gustavo Adolfo Vargas, es inherente al hombre, al ser derechos que se manifiestan como la expresión de la dignidad intrínseca de todo individuo. En ese sentido, deben ser aceptados y respetados por todos los Estados, con independencia de su sistema ideológico-político, económico y social.⁵

La inalienabilidad se refiere a que los derechos humanos no deben suprimirse, excepto en situaciones extraordinarias y guardando las debidas garantías procesales para su determinación.

⁵ Vargas Gustavo, Adolfo. "La universalidad de los Derechos Humanos." *El Nuevo Diario*. 06, 2004. consultado el 11, 2018. <http://archivo.elnuevodiario.com.ni/opinion/153395-universalidad-derechos-humanos/>.

b) Interdependientes e indivisibles

Estos atributos indican la imposibilidad de jerarquizar los derechos humanos, ya que son inseparables y complementarios. Jerarquizar significaría que alguno puede superar a otro y suprimirlo, y los derechos fundamentales no se pueden excluir unos a otros porque se ubican en la misma categoría; tan es así, que el progreso de uno facilita el de los demás. De la misma forma, la privación de un derecho perturba negativamente a los demás; es decir la materialización de cada derecho estriba en el cumplimiento de los demás.⁶

La indivisibilidad se refiere que los derechos humanos están en la misma jerarquía, el mismo nivel, lo que imposibilita su división por categorías debido su igual importancia. Por ello, los Estados tienen la obligación de respetarlos por igual.

c) Iguales y no discriminatorios

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas indica en su página electrónica que este punto se puede definir de la manera siguiente:

La no discriminación es un principio transversal en el derecho internacional de derechos humanos (...) El principio se aplica a toda persona en relación con todos los derechos humanos y las libertades, y prohíbe la discriminación sobre la base de una lista no exhaustiva de categorías tales como sexo, raza, color, y así sucesivamente. El principio de la no discriminación se complementa con el principio de igualdad, como lo estipula el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.⁷

⁶ "Derechos interdependientes e indivisibles..." GLOOBAL. 06, 2004. consultado el 11, 2018. <http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Terminos&id=2548>.

⁷ "¿Qué son los derechos humanos?" Naciones Unidas Derechos Humanos. 01, 2004. consultado el 11, 2018. <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>.

1.3 El derecho a la familia, como derecho fundamental protegido a favor de personas en reclusión penal

1.3.1 El aspecto internacional

El derecho a la familia es un derecho humano que ha sido reconocido por la Convención Interamericana de Derechos humanos en su artículo 17.1:

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Debe entonces entenderse el concepto de familia, el cual se puede definir como:

un grupo humano, cuyos miembros se hallan relacionados el uno al otro; compartiendo no solo un espacio común, sino una serie de actividades definidas a través de los roles. La familia es más que un concepto, es un importante instrumento educativo ya que ejerce una gran influencia en la formación del ser, solo a través de esta expresión, el hombre puede alcanzar su completo desarrollo intelectual, psicológico y físico. Desde esta perspectiva, la familia mantiene y proyecta la vida humana y se constituye en una especie de intérprete de requerimientos y aportes de las personas hacia la sociedad y a la vez que de la sociedad a ellas.⁸

Tal argumento permite afirmar que “nadie puede quitarle a una persona el derecho de mantener su vínculo familiar, incluso a aquel que está cumpliendo una condena privativa de libertad.”⁹

⁸ Montenegro Pérez, Evelin Paola. "Estructura y dinámica de las familias de los internos del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de la ciudad de Ipiales..." 01, 2012. consultado el 11, 2018. <http://biblioteca.udenar.edu.co:8085/atenea/biblioteca/85310.pdf>.

⁹ Hurtado, Alberto. "Postpenitenciario." *Bloq postpenitenciario*. 09, 2006. consultado el 11, 2018. <http://postpenitenciario.blogspot.com/2006/09/pongo-su-disposicin-articulo-sobre.html>.

Es claro entonces que la reclusión, además de acarrear la pérdida de la libertad de desplazamiento de una persona, trae consecuencias como el rompimiento de la dinámica tradicional familiar. Esta restricción debe limitarse de manera rigurosa, como ya lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, que señala:

154. La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática.

Es deber entonces del Estado buscar la protección del derecho a la familia como derecho fundamental. Por lo tanto, es necesario que el Estado, al momento de aplicar la condena dentro de las medidas de ejecución busque, si bien ya está siendo afectado dicho derecho, medidas para aminorar esta afectación. Cada caso en particular será diferente, pero siempre buscando que la interpretación que genere la norma por aplicar se ajuste al principio pro persona¹⁰.

Respecto a dicho tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el asunto "Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 31983", ha establecido

¹⁰*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Párrafo reformado. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

que las personas privadas de su libertad deben gozar de condiciones compatibles con su dignidad personal y seguir en comunicación con su familia:

159. La Corte ha establecido que, de conformidad con los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención, el Estado debe garantizar a toda persona privada de libertad el derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, en razón de la posición especial de garante en que se encuentra. Es deber del Estado salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, así como garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. La incomunicación debe ser excepcional, dado que el aislamiento del mundo exterior puede generar una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral y perturbaciones psíquicas para el detenido y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles. El aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano. Las personas privadas de la libertad tienen derecho a contactar a sus familiares.

1.3.2 El derecho a la familia y la reclusión penal en el sistema jurídico mexicano.

El sexto párrafo del artículo 18 de la Constitución Federal dispone que:

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán purgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Esta reforma constitucional tiene su antecedente en la Iniciativa de Ley que indica el número 001205, enviada al H. Congreso de la Unión por el Presidente

Vicente Fox a los Secretarios de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, por el que presenta el proyecto de Decreto de reformas y adiciones a los artículos 4º, 18, 26, 53, 73, 115 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde en la parte que interesa para esta tesis señalaba:

Artículo 18.-

(...)

Los indígenas podrán compurgar sus penas preferentemente en los establecimientos más cercanos a su domicilio, de modo que se propicie su reintegración a la comunidad como mecanismo esencial de readaptación social.¹¹

Es de apreciarse que en un inicio la reforma propuesta sólo era consagrada a favor de las personas integrantes de la comunidad indígena, pero cuando pasó a dictamen ante las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Asuntos Indígenas de la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, este punto en particular fue modificado para beneficiar a todas las personas en dicha circunstancia, como se muestra a continuación:

Se adiciona un sexto párrafo al artículo (*sic*) 18 para disponer que los sentenciados, según disponga la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios mas (*sic*) cercanos a su domicilio, sin limitar esta disposición a los indígenas, como se proponía en las iniciativas materia del dictamen de la Colegisladora, por tratarse de un derecho que debe otorgarse a todos los mexicanos y no solamente a los mexicanos indígenas.¹²

Cuando pasó a discusión la anterior reforma, sólo se hizo el referente comentario por parte del diputado Juan Manuel Carreras López:

¹¹ Fox Quesada, Vicente. "Iniciativa de Levantada al H. Congreso de la Unión por el Presidente Fox." Cámara de Diputados. 12, 2000. consultado el 11, 2018. <http://www.diputados.gob.mx/comisiones/asunindi/Iniciativa%20de%20%20Presidente%20VFo>.

¹² "De las Comisiones de Puntos Constitucionales y de Asuntos Indígenas con proyecto de decreto por el que se adiciona un segundo y tercer párrafos al artículo 1; se reforma el artículo 2; se deroga el párrafo primero del artículo 4; y se adiciona un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos." *Gaceta Parlamentaria* (Distrito Federal), 04, 2001, IV ed., 737 sec.

(...) Ese debe ser también nuestro compromiso y tampoco creo que puedan estar de luto nuestros compañeros indígenas, cuando se añade también un párrafo al artículo 18 para que en materia de readaptación social todos los sentenciados puedan compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a sus domicilios para propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social. Esto como garantía de ellos, pero también de todos los mexicanos.

Por lo que al ser aprobada dicha reforma constitucional el 14 de agosto de 2001, aún sin una visión profunda o con esa intención directa, lo que logró fue fortalecer la protección al derecho a la familia que tienen todas las personas, al inferirse que la localidad o comunidad estipula el lugar donde tiene el reo su núcleo familiar.

Reforzando dicha propuesta, en enero de 2012 la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó¹³ que la reclusión de reos en un penal cercano a su localidad es un derecho fundamental, el cual sólo puede ser menoscabado siguiendo los lineamientos del corpus juris del derecho internacional de protección de derechos humanos, que incluye a la misma Carta Magna so pena de invalidez.

Por lo tanto, el derecho a la reclusión en un lugar cercano al de la localidad y con ello al de la familia del reo, sólo puede ser restringido cuando el recluso fue sentenciado y compurga la ejecución de la pena por delincuencia organizada o requiera de medidas especiales de seguridad.

El ministro Ramón Cossío subrayó que este derecho fundamental no es un mero instrumento de derecho a la reinserción social, sino que tiene identidad propia,

¹³ "Derecho Humano del sentenciado a purgar la pena de prisión en el centro penitenciario más cercano a su domicilio..." Semanario Judicial de la Federación. 12, 2012. consultado el 12, 2018. <https://sjf.scjn.gob.mx/sjf/sist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24156&Clase=DetalleTesisEjecutorias#>.

que cobró vigencia a partir de las reformas a la Constitución en materia de derechos humanos.¹⁴

CAPÍTULO SEGUNDO

Sentencia del juicio de amparo indirecto 739/2013-I

Expresión del positivismo rígido

2.1. Sentencia del juicio de amparo indirecto 739/2013-I. Sus argumentos principales.

¹⁴ SCJN avala reclusión en penal cercano a domicilio del preso." Excelsior. 01, 2012. consultado el 10, 2018. <https://www.excelsior.com.mx/2012/01/10/nacional/800901>.

La sentencia que se analiza sólo en sus aspectos formales fue para efectos de concederse el amparo y protección de la justicia federal al quejoso. A partir de dicho análisis, se desarrollaron los argumentos que más adelante pueden leerse en este trabajo.

El organismo jurisdiccional fundó parte de su sentencia en la violación a la seguridad jurídica del gobernado, donde se utiliza la siguiente cita sin indicar apropiadamente la referencia:

En la obra “Las Garantías de Seguridad Jurídica”, editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que señala: “En efecto, la seguridad jurídica es la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, su familia, sus posesiones o derechos serán respetados por la autoridad, pero si ésta debe producir una afectación en ellos, deberá ajustarse a los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias.

Con base en tal premisa, dicho órgano concluía que las autoridades tienen la obligación de cumplir con los requisitos previamente establecidos por las leyes, indicados como necesarios para afectar a los particulares y con ello respetar la garantía de acceso efectivo a la justicia, que procura que ninguna persona quede en estado de indefensión.

También como argumento principal, la sentencia acudió a la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se dispone que con base en dicho principio todo acto de autoridad debe constar por escrito, dimanar de una autoridad que esté facultada por la ley para su emisión, además de precisar los preceptos legales en los que ésta funda su competencia y el acto que emite, así como los motivos o circunstancias que motivan su determinación y la adecuación a la hipótesis normativa. De ahí se concluye que el principio de legalidad considera:

La existencia de una norma legal que atribuya a favor de la autoridad, de manera nítida, la facultad para actuar de determinado sentido.

La existencia de los hechos o antecedentes fácticos o circunstancias que permiten colegir con claridad que sí procedía aplicar la norma correspondiente y, consecuentemente, que justifique con plenitud el que la autoridad haya actuado en determinado sentido y no en otro.

De aquí se puede decir que no solo se busca frenar que los actos de autoridad sean arbitrarios, sino que éstos se apliquen de acuerdo con preceptos legales como su fundamento, y que se expresen las razones de hecho y derecho para su emisión.

Hace referencia también a que cuando el Estado a través de las autoridades competentes aplica la ley y ejerce sus funciones de órgano sancionador de los infractores de la ley, debe hacerlo dentro de un procedimiento público regulado por la legislación, toda vez que el fin de la pena es la reinserción al orden social, lo que significa reencauzar al hombre delincuente dentro de la sociedad.

Señala además que, pese a que el numeral 18 de la Constitución permita adoptar medidas especiales tratándose de procesados en materia de delincuencia organizada o de aquellos que requieran de medidas particulares de seguridad, esto no implica que las referidas circunstancias queden sujetas a la apreciación arbitraria de las autoridades administrativas.

Es decir, para que se estime legal y constitucional el traslado de un procesado a un centro especial de reclusión, deberá quedar plenamente justificado alguno de los supuestos antes referidos, a lo que se añade la exigencia de una conexión causal que no realiza la autoridad ordenadora al omitir el hecho o hechos concretos desplegados por el peticionario de garantías que permitieron a las autoridades responsables definir que implica un riesgo institucional.

Si bien las autoridades responsables se encuentran facultadas para realizar el traslado de reos de un penal a otro, la sentencia hace énfasis en que esto no puede ni debe efectuarse de manera arbitraria, con fundamento en el artículo 44 del Reglamento Interno de los Centros de Readaptación Social del Estado de Querétaro, que dispone: "...el citado traslado se realizará previa audiencia con el interno para su conocimiento...".

En este sentido, ofrece una breve conclusión donde se fundamenta mayormente la concesión del amparo al afirmar que la garantía de audiencia implica la existencia de un juicio previo frente a actos privativos. De ahí se desprende que el acto reclamado se llevó a cabo sin que la autoridad le otorgara garantía de audiencia al quejoso, no obstante que se trataba de un acto privativo, pues este último implicó alejarlo de su familia sin que se probara la alta peligrosidad del recluso, aunado a que no se respetó su derecho a ser escuchado, el cual debió materializarse para que el traslado del quejoso fuese legal.

2.2. La sentencia como expresión del positivismo al darle superioridad al principio de legalidad

Lo expuesto en el apartado anterior pone de manifiesto el grado predominante que se le da a los principios de legalidad, el ver únicamente la función constitucional como una comparación entre el acto y el cumplir con cuestiones formales para su concreción, alejándose, siempre que es posible, de un análisis a cuestiones de fondo que implica también una evaluación con el apego a esa parte sustancial del derecho al que se ha estado haciendo referencia.

La pregunta ahora es a que qué tipo de paradigma responde esta dimensión predominante de la legalidad. Como lo indica Moreso,¹⁵ tal vez pertenece a la tesis de la identificación del derecho, que sostiene que el derecho no puede

¹⁵ Joan Moreso, Joseph. "El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho." *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 04, 2004, 45-62.

depender de criterios morales, que es una interpretación del positivismo jurídico exclusivo. Esta propuesta indica que la existencia y la aplicación del derecho no está coligada a su adecuación a la moralidad; por lo tanto, las decisiones judiciales no tendrán su validez en una correlación de tipo moral, porque se considera que los jueces cometen discreción al incorporar conceptos morales.

Por lo tanto, la pregunta ahora es, ¿qué tiene que ver la moralidad con la aplicación de la parte sustancial de la Constitución? Precisamente la reforma constitucional del 2011 gravita su peso en la redacción del Artículo 1º Constitucional, donde se establece cómo el Estado se limita a reconocer derechos universales e inherentes al ser humano.¹⁶

En un primer lugar, al reconocer la universalidad de los derechos humanos, como lo hace nuestra Constitución, se está vinculando a este principio con la “moralidad intrínseca de los derechos humanos, es decir, son normatividad robusta, y por lo tanto contienen principios morales. También hace referencia a la titularidad de los derechos, que son, obviamente, todos los derechos humanos”.¹⁷

Por otra parte, al hablar de la aplicación de la parte sustancial de la Constitución se está haciendo referencia a la protección de valores que se consideran importantes para el sistema, porque “el derecho implica también un elemento moral, valorativo.”¹⁸ Recuérdese que este es el punto trascendental del cambio de paradigma jurídico que trajo la reforma del 2011: ver la validez no desde una óptica formal sino también sustancial, como indica Ross:

¹⁶ Lara Ponte, Rodolfo H... "La reforma de Derechos Humanos de 2011. Hacia el estado constitucional." Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 03, 2015. consultado el 11, 2018. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/39777.pdf>

¹⁷ Castañeda Camacho, Gustavo Eduardo. "La transición "garantista" y los principios de los derechos humanos..." Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 07, 2017. consultado el 11, 2018. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11439/13333>.

¹⁸ Aienza, Manuel. "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista." *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 08, 2014.

La validez en sentido normativo no cumple ninguna función en la descripción de la realidad. Su función consiste en reforzar el orden jurídico al proclamar que las obligaciones jurídicas de ese orden no son meras obligaciones jurídicas, respaldadas por sanciones, sino también deberes morales.¹⁹

Todo lo anterior significa que se da un paso de la legalidad a la juridicidad, que a continuación se explica.

El racional principio de legalidad que ha actuado durante mucho tiempo como la espina medular de la aplicación del derecho, evolucionó para dar cabida a la perspectiva sustancial del sistema.

Tal principio es aquel por el cual “los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho”,²⁰ y siempre se ha observado como el que indica que las autoridades pueden hacer sólo lo que la ley les permite y a los particulares todo lo que la ley no les prohíbe.²¹ Este concepto se traduce en una certeza, certeza a la que anteriormente se había apegado nuestro sistema jurídico: la tesis de la identificación del derecho, por la que el derecho no puede depender de criterios morales, que Moreso esquematiza con precisión:

- 1) Hay una inmensa discrepancia acerca de qué comportamientos son moralmente correctos.
- 2) Para respetar la autonomía moral de las personas, debemos gobernar el comportamiento humano mediante reglas claras y precisas que nos permitan determinar con certeza cuándo determinados comportamientos están jurídicamente prohibidos.
- (1) y (2) implican
- 3) Si para identificar los comportamientos que están jurídicamente prohibidos se debe acudir al razonamiento moral, entonces habrá mucha

¹⁹ Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Cuarta ed. Vol. México, Distrito Federal: Fontamara, 2006. 24

²⁰ "Principio." Real Academia Española. 01, 2014. consultado el 11, 2018. <http://dle.rae.es/?id=UC5uxwk>.

²¹ Raz, Joseph. "El positivismo de Joseph Raz." Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 05, 2015. consultado el 11, 2018. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4063/5.pdf>.

discrepancia y, por lo tanto, la certeza será sacrificada y la autonomía personal vulnerada.

Por lo tanto,

4) El derecho debe ser identificado sin recurrir a la moralidad.²²

El principio de legalidad visto desde esta óptica se comprende como a mayor certeza, mayor protección para las personas sobre quienes recae la aplicación del derecho. Por ello, entre menos se busque entrar a un análisis de parámetros sustanciales que se consideran subjetivos, se genera una mejor aplicación del derecho y, en consecuencia, un sistema más fuerte.

Esta perspectiva, donde la búsqueda de certeza predomina, es entendible y justificable si se recuerda que el principio de legalidad nace como el resultado de la búsqueda de barreras a los excesos de un Estado absolutista, que fue la manera como ese poder se veía limitado. Así, entre más certero es todo el sistema, el actuar del Estado es más certero, lo que incluye la valoración de los derechos a favor de los ciudadanos y no se limita al actuar del Estado como aplicador de su poder, sino se transmite también al derecho en la función jurisdiccional.

Si bien es verdad que el referido paradigma responde a realidades que necesitaban ser frenadas, también lo es que la manera como los sistemas jurídicos generan avances es gradual y lenta, y que uno de los factores que es claramente un obstáculo en este avance es la falta de ejecución de todos los medios previstos por el sistema. Es decir, el omitir la parte sustancial de la Constitución impide la materialización de dicha parte y, por lo tanto, los gobernados no pueden beneficiarse de ésta.

La pregunta entonces sería, ¿el aplicar la parte sustancial de la constitución menoscabará la certeza y traerá con ello graves perjuicios a los gobernados? La

²²Joan Moreso, Joseph. "El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho." Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho., 04, 2004, 55.

respuesta es no. Una manera clara de ejemplificar cómo evoluciona un sistema donde no se permite la inclusión de cuestiones morales al que los prevé, es el proporcionado por Moreso. En este caso, se modifica la premisa segunda y con ella la conclusión del argumento vertido en la página anterior, quedando de la siguiente manera:

1) Hay una inmensa discrepancia acerca de qué comportamientos son moralmente correctos.²³

la premisa 2) debe ser cambiada por:

2") Para respetar la autonomía moral de las personas, debemos gobernar el comportamiento humano mediante reglas claras y precisas, que incorporan *defeaters* con contenido moral, que nos permitan determinar con un grado de certeza razonable cuándo determinados comportamientos están jurídicamente prohibidos.

1") y 2") no implican 3) ("Si para identificar los comportamientos que están jurídicamente prohibidos se debe acudir al razonamiento moral, entonces habrá mucha discrepancia y, por lo tanto, la certeza será sacrificada y la autonomía moral vulnerada"), sino una versión debilitada de 3) como la siguiente:

3") Si para identificar los comportamientos que están jurídicamente prohibidos se debe acudir al razonamiento moral, entonces habrá algún grado de discrepancia y, por lo tanto, algún grado de certeza será sacrificado en aras del respeto a la autonomía moral.

Y lo que es más importante: 1"), 2") y 3") no permiten concluir de ningún modo:

4) El derecho debe ser identificado sin recurrir a la moralidad puesto que, y éste ha sido el núcleo de mi argumento, 2") supone ya el rechazo de 4).²⁴

²³ Joan Moreso, Joseph. "El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho." Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho., 04, 2004, 55.

²⁴ Joan Moreso, Joseph. "El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho." Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho., 04, 2004, 55.

En consecuencia, el nuevo paradigma, donde se pone como centro la dignidad humana y con ello su autonomía moral, puede justificadamente compaginarse sin que con ello se generen estados de indefensión.

El constitucionalismo imperante en nuestro sistema es el llamado garantista, donde se da una verdadera importancia a los mecanismos que actúan para hacer eficaces los derechos fundamentales. A estos mecanismos se les llama garantías, los cuales aseguran el cumplimiento de los derechos fundamentales. Por lo tanto, la perspectiva de la aplicación del derecho será entonces el buscar la efectividad de esa parte sustancial de la Constitución.

Así se avanza de un principio de legalidad a un principio de juridicidad, que es la "adecuación del principio de legalidad a la estructura compleja y sistemática actual de la Ley (*sic*), misma que ya no se identifica solamente con las reglas, sino también con principios y valores no positivados necesariamente, de manera que la estructura normativa va más allá de lo que tradicionalmente se conocía bajo la mirada del positivismo (kelseniano)."²⁵

El principio de juridicidad se traduce en un Estado de derecho, como lo define Ferrajoli:

El término «estado de derecho» se usa aquí en la segunda de ambas acepciones; y en este sentido es sinónimo de «garantismo. Por eso designa no simplemente un *estado legal» o «regulado por la ley», sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público -legislativo, judicial y administrativo- está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las

²⁵Arvizu Galván, Israel. "Principio de Legalidad vs. Principio de Juridicidad: Evolución Constitucional en México..." *Letras Jurídicas*, 01, 2017, 15-39.

leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial.²⁶

La sentencia analizada como se centró en analizar sólo lo legal entendido como lo subsumible, es decir, lo que puede tipificarse claramente dentro de la disposición con los hechos de facto, expresando así el positivismo jurídico duro que repulsa lo que considera fuera de la disposición, donde el derecho se entiende como “artificial y contingentemente construido, más que descubierto a través del uso de la razón”²⁷

Ahora bien, la resolución que se comenta, como se observó en el primer punto de este apartado, se basa únicamente en analizar y darle cabida a la protección del debido proceso como manifestación de certeza jurídica. Esta postura no es errónea, pero evolucionar a una aplicación donde se tomen en cuenta los parámetros sustanciales es importante. Por lo tanto, la sentencia, al omitir el análisis de la afectación de dichos derechos, deja inacabado el argumento que debía sostenerse tomando como parámetro tanto la validez formal como la sustancial, lo que tal sentencia es perfectible.

Todo esto va un poco más allá de lo que se ha explicado, en lo respectivo a analizar qué significa que el órgano no aplique el material jurídico previsto en el sistema. Como Nino señala, es “interesante seguir la sugerencia de Hart y Raz e

²⁶Ferrajoli, Luigi. “Derecho y razón”. Teorías del garantismo penal. Décima ed. Vol. Trotta, 2018. 856-857.

²⁷Atria, F. “La ironía del positivismo jurídico.” Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho., 04, 2004, 81

identificar a las normas jurídicas no por el órgano que pudo haberlas dictado, sino por los órganos que las reconocen.”²⁸

Tal condición señala una problemática más profunda, porque “los jueces tienen cada vez una mayor incidencia en la protección de los derechos humanos.”²⁹ Si bien los órganos jurisdiccionales están constreñidos al sistema jurídico y a las reglas jurídicas que asientan los parámetros de comportamiento, es de señalar que la verdadera validez se da de facto. O sea, la validez, como lo menciona Nino en la cita del párrafo anterior, se materializa mediante el reconocimiento de los órganos que deben utilizarlo.

En este caso específico, el Poder Judicial de la Federación le da la respectiva validación cuando lo reconoce y aplica en las resoluciones donde resuelve los derechos que le son puestos a su consideración. Ergo, si un órgano jurisdiccional no cumple con esa parte sustancial, esté de manera implícita desconociendo la Constitución.

CAPÍTULO TERCERO

La falta de análisis del derecho a una reclusión social cercana al domicilio del recluso como una violación a la parte sustancial del sistema jurídico mexicano

3.1. La importancia de hacer efectiva la parte sustancial de la Constitución

²⁸Santiago Nino, Carlos. “Respuesta a J.J. Moreso, P.E. Navarro y M.C. Redondo,” Doxa. Cuaderno de Filosofía del Derecho, 03, 1993, 162

²⁹Lara Ponte, Rodolfo H. "La reforma de Derechos Humanos de 2011. Hacia el estado constitucional." Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones de la UNAM. 05, 2015. consultado el 11, 2018. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/397777.pdf>.

Si bien la sentencia otorga el amparo y protección de la justicia federal, estos se fundan, como ya se ha sostenido, en una mera formalidad legal que no alcanza a cubrir las exigencias del nuevo paradigma. Por ello, la finalidad inmediata, que es reintegrar al recluso al centro penitenciario donde se encontraba originalmente, cercano a su familia, se logra; no así el fin mediato, que es el lograr la progresividad del sistema de facto.

Lo que debió analizar la sentencia para que su fundamento fuera acorde al esquema garantista que se implementó en México con la reforma del 2011, no eran cuestiones de mera formalidad, sino condiciones de fondo que ayudarían a crear precedentes y dejar un claro mensaje a las autoridades ejecutoras de la pena.

3.2 ¿Que debió analizar la autoridad, además de las cuestiones de formalidad, para darle el debido peso a la parte sustancial?

En un primer lugar, se debe partir de lo que indica el Artículo 18 de la Constitución Federal:

Los sentenciados en los casos y en las condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social

La previsión constitucional además se ajusta con el Tratado sobre Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptado por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente³⁰, donde se establece como primordial la relación que tenga el recluso con su familia para lograr los objetivos señalados en el párrafo anterior, en los siguientes artículos:

³⁰ Celebrado en Ginebra en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social, en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Vinculadas jurídicamente con los artículos 1, 102 apartado B, 103 fracción I y 133 de la Constitución Federal.

61. En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin debe recurrirse, en lo posible, a la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento en su tarea de rehabilitación social de los reclusos. Cada establecimiento penitenciario deberá contar con la colaboración de trabajadores sociales encargados de mantener y mejorar las relaciones del recluso con su familia y con los organismos sociales que puedan serle útiles. Deberán hacerse, asimismo, gestiones a fin de proteger, en cuanto ello sea compatible con la ley y la pena que se imponga, los derechos relativos a los intereses civiles, los beneficios de los derechos de la seguridad social y otras ventajas sociales de los reclusos.

(...)

79. Se velará particularmente por el mantenimiento y el mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia, cuando éstas sean convenientes para ambas partes.

80. Se tendrá debidamente en cuenta, desde el principio del cumplimiento de la condena, el porvenir del recluso después de su liberación. Deberá alentarse al recluso para que mantenga o establezca relaciones con personas u organismos externos que puedan favorecer los intereses de su familia así como su propia readaptación social.

(Énfasis del tesista)

Tales disposiciones respetan además lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha definido como esencial el derecho fundamental de la familia, que se manifiesta en otorgar garantías para su conservación aún en reclusión.

El argumento tendiente a proteger el derecho a la familia y con ello la reclusión en centros penitenciarios cercanos a ella, debió entonces establecerse de la siguiente manera.

La construcción de la norma aplicable para el caso en concreto se origina en la afirmación de que “el contenido normativo previsto como una disposición por sí mismo no puede sólo resumirse a la identidad de un texto”, por lo cual se concluye que las disposiciones son la materia de la interpretación y será la norma el resultado que nazca de ello.³¹

En este sentido, resultan aplicables las siguientes disposiciones:

Convención Americana Sobre Derechos Humanos	
Artículo	Texto
17.1	La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
5.2	Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
5.3	La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
5.6	Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.
Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptado por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.	
Artículo	Texto
61.	(...) Cada establecimiento penitenciario deberá contar con la colaboración de trabajadores sociales encargados de mantener y <u>mejorar las relaciones del recluso con su familia</u> y con los organismos sociales que puedan serle útiles. (...)
79.	Se velará particularmente por el mantenimiento y el mejoramiento de las relaciones entre el recluso y <u>su familia</u> , cuando éstas sean convenientes para ambas partes.

³¹Guastini, Ricardo. “Teoria e Dogmatica delle Fonti.”. ed. Vol. Italia, Milano, 1998. 16

80.	Se tendrá debidamente en cuenta, desde el principio del cumplimiento de la condena, el porvenir del recluso después de su liberación. Deberá alentarse al recluso para que mantenga o establezca relaciones con personas u organismos externos que puedan favorecer los intereses de su <u>familia</u> así como su propia readaptación social.
	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
18	(...) Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad. (...)

(Énfasis del tesista)

Respecto a la interpretación utilizada para generar la norma aplicable, debe acudirse a los siguientes métodos, de acuerdo con los parámetros establecidos por el sistema jurídico mexicano:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Constitución Política del Estado de Querétaro.
- Tratados y disposiciones internacionales en materia de derechos humanos celebrados por el Estado mexicano.
- Criterios gramatical, sistemático y funcional.
- Aplicación el principio pro persona.

Por ello, para la protección de los derechos fundamentales consagrados en los diversos ordenamientos internacionales y en la Constitución Nacional, debe protegerse el derecho a la familia y buscar así la readaptación social.

El tribunal, entonces, debe decidir si los hechos en cuestión respetan el ámbito material del derecho a la vida familiar y la readaptación social, tomando como base el ordenamiento legal, y definiendo si la injerencia que se ejercita es justificada, y después, si la proporcionalidad de la medida tomada es correcta.

Como es de apreciarse, la base legal se ajusta a la protección de derechos fundamentales, la cual limita el ejercicio de tales derechos en los siguientes casos: 1. El recluso fue sentenciado y compurga la ejecución de la pena por delincuencia organizada o, 2. ser un reo que requiera de medidas especiales de seguridad.

La finalidad de la limitación referida coincide con la búsqueda de un Estado que trabaja por el bienestar de la persona tanto en lo particular como en la comunidad, por lo que en ciertos casos es necesario restringir el derecho aludido para el bien social.

Por ello, es preciso analizar si la restricción en abstracto justificada en la norma construida resulta aplicable al caso en concreto, más allá si se respetó o no el derecho de audiencia.

En el caso en concreto, se puede observar lo siguiente:

El quejoso fue sentenciado dentro de la causa penal #316/2004 del índice del Juez Tercero de Primera Instancia Penal del Distrito Judicial de Querétaro por los delitos de homicidio y robo calificado. Puso al quejoso a disposición del Ejecutivo del Estado de Querétaro para la compurgación de su pena de prisión y éste lo confinó para ello en el Centro de Readaptación Social, hoy Reinserción Social de San José el Alto, Querétaro, lugar donde permaneció por espacio aproximado de 9 años cumpliendo su pena.

El quejoso observó buena conducta durante su estadía, pero se le confirió a un módulo cerrado, no por su accionar dentro del Centro Penitenciario sino como

una medida extra de seguridad debida al tipo de delito por el cual se le había sentenciado; tan es así, que dicha persona ostentaba las siguientes prerrogativas:

- La visita de su familiar originaria y vecina de la Ciudad de Querétaro los días de visita miércoles y domingos de las 8:00 a las 15:30 horas, con la introducción de comida para el convivio.
- La introducción y conservación de T.V. y radio modular, parrilla eléctrica y ropa de invierno
- La entrevista de su abogado defensor diariamente de 9:00 a las 17:00 horas.

Se toma en consideración también que el lugar de residencia de su familia es la ciudad de Querétaro, misma donde se encontraba recluido.

De los hechos puede inferirse que los beneficios que tenía el reo, además de incorporarse a su persona como derechos adquiridos después de ejercerlos por cerca de 9 años, era signo inequívoco de haber observado una excelente conducta. Tales prerrogativas son, como se indica, recompensas a la buena conducta de los reclusos, y no son derechos que se ejerzan de manera natural en reclusión penal.

Analizando los fundamentos formales de la decisión tomada por el sistema jurídico, se obtiene lo siguiente:

1. El recluso fue sentenciado y compurga la ejecución de la pena por delincuencia organizada. Este primer punto no se tipifica en el caso en concreto.
2. Ser un reo que requiera de medidas especiales de seguridad. No aplica. Aun cuando estaba en módulo cerrado, no se justificaba su estancia allí puesto que además contaba con diversos beneficios. Además, si bien permanecía en un módulo independiente, la autoridad responsable no sustentó su estadía como necesaria. Por lo tanto, resulta contradictorio

con los derechos adquiridos y con una interpretación pro persona. Debe tomarse en cuenta una interpretación que incluya otros hechos, como el que jamás se le formó consejo técnico por tener mala conducta. Esta particularidad indica que su conducta no representaba una especial amenaza; de lo contrario, debió justificarse al momento de emitir el acto de traslado.

Si bien el Tribunal debe analizar el régimen carcelario por el cual se encuentra sometido a prisión un recluso, las restricciones correspondientes deben examinarse para determinar hasta qué punto pueden tolerarse y cuándo las medias van más allá de lo razonablemente permitido.

La medida por la cual se hace el cambio de adscripción del recluso resulta desproporcionada e injustificada en términos de la dignidad del ser humano, por lo que debe prevalecer el derecho a ser recluso en un lugar donde pueda seguir estableciendo de una manera más conveniente la relación familiar de la cual había gozado durante los 9 años de su pena compurgada.

Por lo tanto, la sentencia para cumplir con los dos aspectos de validez considerados en el nuevo paradigma constitucional debió conceder el amparo y protección de la justicia federal tomando a partir de lo siguiente:

- Si bien las autoridades responsables están facultadas para realizar el traslado de reos de un penal a otro, no puede ni debe realizarse de manera arbitraria, con fundamento en el artículo 44 del Reglamento Interno de los Centros de Readaptación Social del Estado de Querétaro, que dispone: "...el citado traslado se realizará previa audiencia con el interno para su conocimiento..."
- Al no respetar la garantía de audiencia, se afecta la seguridad jurídica del gobernado por no cumplir con los requisitos previamente

establecidos por las leyes, que se consideran necesarios para evitar afectaciones a los particulares. Con ello, se respeta la garantía de acceso efectivo a la justicia, que procura que ninguna persona quede en estado de indefensión.

- Se violenta también la garantía de legalidad contenida en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se señala que con base en dicho principio todo acto de autoridad debe constar por escrito, dimanar de una autoridad que este facultada por la ley para su emisión, además de precisar los preceptos legales en los que ésta funda su competencia y el acto que emite, así como los motivos o circunstancias que motivan su determinación y la adecuación a la hipótesis normativa.

Hasta aquí, la sentencia se remite a indicar la concesión del amparo partiendo de que la garantía de audiencia implica la existencia de un juicio previo frente a actos privativos. El acto reclamado fue decidido sin que la autoridad otorgara garantía de audiencia al quejoso, por lo que es necesario agregar este argumento para cumplir también con la parte sustancial de la Constitución.

Conforme al análisis donde existen los derechos fundamentales a la familia y junto con eso el beneficio de que una persona compurgue su pena en su domicilio cercano a ésta, se afirma que la medida aquí tomada, además de violentar la garantía de audiencia, resultaba desproporcionada al no cumplir con los extremos constitucionales para que estas prerrogativas sean restringidas, como lo son el que al recluso se le sentencie por delincuencia organizada o que por su comportamiento requiera medidas especiales de seguridad. El primer requisito no se actualiza, mientras que el segundo no demostró su necesidad. El interpretar lo contrario implicaría un examen contrario al principio pro persona, y sólo en caso de prueba contundente podría acreditarse este punto.

Por lo tanto, es necesario el otorgamiento del amparo y la protección de la justicia federal.

Conclusiones

- El sistema jurídico actual incluye un Estado garantista, donde se da una verdadera importancia a los mecanismos que actúan para hacer eficaces los derechos fundamentales. A estos mecanismos se les llama garantías que aseguran el cumplimiento de los derechos fundamentales. Por lo tanto, la perspectiva de la aplicación del derecho será entonces la búsqueda de la efectividad de esa parte sustancial de la Constitución.

- El Estado constitucional garantista considera de suma importancia la dimensión sustancial, puesto que los sistemas jurídicos se encuentran conformados por normas formales y normas sustanciales.³² Las primeras

³²Ferrajoli, Luigi. *Nósis. Filosofía analítica y filosofía del derecho en Italia.*, 06, 1997, 77-95.

corresponden a la clásica postura Kelseniana de validez formal de las disposiciones, que señala las autoridades y el procedimiento correctos para la creación de disposiciones.

- Un requisito extra para una validez plena de una disposición y de las normas que se crean con ella, es hacer cumplir la parte sustancial del sistema, es decir, los principios y valores inscritos en la Constitución, los cuales comprenden los derechos fundamentales.

- La familia, al ser un derecho fundamental protegido por el sistema jurídico mexicano, se coloca dentro de la parte sustancial del sistema.

- Dichos argumentos nos indican que la validez de una disposición y de las normas que con ella se crean, tiene para su cumplimiento dos aspectos sumamente importantes: por una parte, el elemento formal (que se haya creado por el órgano correspondiente y con las exigencias de su elaboración), pero además, con el panorama garantista de nuestra Constitución, el cumplimiento de la exigencia de ajustarse a la parte sustancial del sistema jurídico, o sea, a los principios y valores inscritos en la Carta Magna. De lo contrario, el acto estará viciado de nulidad: existe, pero de modo imperfecto. Si bien tiene efectos, éstos pueden destruirse de manera retroactiva mediando el pronunciamiento de una autoridad procesal.³³

- La sentencia analizada se centra en un examen y la pertinencia de la protección del debido proceso como manifestación de certeza jurídica, lo cual es necesario pero insuficiente para cumplir el parámetro sustancial.

- La propuesta que se analiza, además de contener cuestiones formales cuestiones de fondo, es acorde con la reforma constitucional del año 2011. No

³³ Miramón Parra, Araceli. "Teoría de las nulidades e ineficiencias del acto jurídico." Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 01, 2018. consultado el 12, 2018. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/8.pdf>.

sólo toma en cuenta el aspecto referente a la garantía de audiencia, sino busca que el derecho fundamental de protección a la familia vinculado con la reclusión penal cercana a ésta, sea protegido.

Bibliografía

Ferrajoli, Luigi. "El derecho como sistema de garantías." *Noésis, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, Filosofía analítica y filosofía del derecho en Italia*, 03, 2018.

Miramón Parra, Araceli. "Teoría de las nulidades e ineficiencias del acto jurídico." Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 01, 2018. Consultado el 12, 2018.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/8.pdf>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Nonagésima Sexta ed. Vol. Distrito Federal, México: SISTA, 2014. 11-12.

Vargas Gustavo, Adolfo. "La universalidad de los Derechos Humanos." *El Nuevo Diario*. 06, 2004. Consultado el 11, 2018.
<http://archivo.elnuevodiario.com.ni/opinion/153395-universalidad-derechos-humanos/>.

"Derechos interdependientes e indivisibles..." *GLOOBAL*. 06, 2004. Consultado el 11, 2018.
<http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Terminos&id=2548>.

"¿Qué son los derechos humanos?" Naciones Unidas Derechos Humanos. 01, 2004. Consultado el 11, 2018.
<https://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>.

Montenegro Pérez, Evelin Paola. "Estructura y dinámica de las familias de los internos del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de la ciudad de Ipiales..." 01, 2012. Consultado el 11, 2018.
<http://biblioteca.udenar.edu.co:8085/atenea/biblioteca/85310.pdf>.

Hurtado, Alberto. "Postpenitenciario." Blog postpenitenciario. 09, 2006. Consultado el 11, 2018.
<http://postpenitenciario.blogspot.com/2006/09/pongo-su-disposicin-articulo-sobre.html>.

Fox Quesada, Vicente. "Iniciativa de Ley enviada al H. Congreso de la Unión por el Presidente Fox." Cámara de Diputados. 12, 2000. Consultado el 11, 2018.

<http://www.diputados.gob.mx/comisiones/asunindi/Iniciativa%20de%20Presidente%20VFo>.

"De las Comisiones de Puntos Constitucionales y de Asuntos Indígenas con proyecto de decreto por el que se adiciona un segundo y tercer párrafos al artículo 1; se reforma el artículo 2; se deroga el párrafo primero del artículo 4; y se adiciona un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos." *Gaceta Parlamentaria* (Distrito Federal), 04, 2001, IV ed., 737 sec.

"Derecho Humano del sentenciado a purgar la pena de prisión en el centro penitenciario más cercano a su domicilio..."

Semanario Judicial de la Federación. 12, 2012. Consultado el 12, 2018.

<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24156&Clase=DetalleTesisEjecutorias#>.

SCJN avala reclusión en penal cercano a domicilio del preso." *Excelsior*. 01, 2012. Consultado el 10, 2018.

<https://www.excelsior.com.mx/2012/01/10/nacional/800901>.

Joan Moreso, Joseph. "El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho." *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 04, 2004, 45-62.

Lara Ponte, Rodolfo H. "La reforma de Derechos Humanos de 2011. Hacia el estado constitucional." Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 03, 2015. Consultado el 11, 2018. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/39777.pdf>

Castañeda Camacho, Gustavo Eduardo. "La transición "garantista" y los principios de los derechos humanos..." Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 07, 2017. Consultado el 11, 2018. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11439/13333>.

Atienza, Manuel. "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista." *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 08, 2014.

Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Cuarta ed. Vol. México, Distrito Federal: Fontamara, 2006. 24

"Principio." Real Academia Española. 01, 2014. Consultado el 11, 2018. <http://dle.rae.es/?id=UC5uxwk>.

Raz, Joseph. "El positivismo de Joseph Raz." Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 05, 2015. Consultado el 11, 2018. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4063/5.pdf>.

¹ Joan Moreso, Joseph. "El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho." *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 04, 2004, 55.

Arvizu Galván, Israel. "Principio de Legalidad vs. Principio de Juridicidad: Evolución Constitucional en México..." *Letras Jurídicas*, 01, 2017, 15-39.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Teorías del garantismo penal. Décima ed. Vol. Trotta, 2018. 856-857.

Atria, F. "La ironía del positivismo jurídico." *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 04, 2004, 81

Santiago Nino, Carlos. ""Respuesta a J.J. Moreso, P.E. Navarro y M.C. Redondo", " *Doxa. Cuaderno de Filosofía del Derecho*, 03, 1993, 162

Lara Ponte, Rodolfo H. "La reforma de Derechos Humanos de 2011. Hacia el estado constitucional." Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones de la UNAM. 05, 2015. Consultado el 11, 2018. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/39777.pdf>.

Celebrado en Ginebra en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social, en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Vinculadas jurídicamente con los artículos 1, 102 apartado B, 103 fracción I y 133 de la Constitución Federal.

Guastini, Ricardo. *Teoria e Dogmatica delle Fonti*. ed. Vol. Italia, Milano, 1998. 16

Ferrajoli, Luigi. *Nósis*. Filosofía analítica y filosofía del derecho en Italia., 06, 1997, 7¹

Miramón Parra, Araceli. "Teoría de las nulidades e ineficiencias del acto jurídico." Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 01, 2018. consultado el 12, 2018.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/8.pdf>.7-95.