

Volume 25

2020  
Presidente Prudente/SP

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 25	234 páginas	2020
------------	---------------------	-------	-------------	------

ISSN 1516-8158

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado  
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi  
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

**REVISTA INTERTEMAS**

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva  
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento  
Periodicidade semestral

**EDITORES**

Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)  
Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)  
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

**COMISSÃO EDITORIAL**

André Simões Chacon Bruno (USP)  
Alessandra Cristina Furlan (UEL)  
Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)  
Dennys Garcia Xavier (UFU)  
Daniela Braga Paiano (UEL)  
Felipe Rodolfo de Carvalho (UFMT)  
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)  
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)  
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UENP)  
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

**EQUIPE TÉCNICA**

Daniela Mutti (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

**Versão eletrônica**

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

**Indexadores e Diretórios**

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

**Permuta/Exchange/Échange**

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

**Contato**

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: [nepe@toledoprudente.edu.br](mailto:nepe@toledoprudente.edu.br)

Intertemas: Revista da Toledo, v. 25 – 2020

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo". 2019. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5  
ISSN 1516-8158

## Sumário/Contents

<b>NOTA AO LEITOR</b> .....	<b>5</b>
<b>ALIENAÇÃO PARENTAL: VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR SAUDÁVEL</b> .....	<b>7</b>
PAIANO, Daniela Braga.....	7
FERRARI, Melissa Mayumi Suyama .....	7
SACOMAN, Sofia Sanches.....	7
<b>DA NECESSIDADE DE SE ATRIBUIR À UNIÃO POLIAFETIVA O STATUS DE FAMÍLIA</b> .....	<b>24</b>
GESSE, Carlos Eduardo .....	24
<b>CASAMENTO E HERANÇA NO SÉCULO XIX: ANÁLISE À LUZ DE HONORÉ DE BALZAC E JOSÉ DE ALENCAR</b> .....	<b>45</b>
RIBEIRO, Rafael Rego Borges.....	45
<b>CONTRAMAJORITÁRIO MA NON TROPPO: COTEJO DO ATIVISMO JUDICIAL NO STF E NA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA</b> .....	<b>61</b>
GOMES, Carolina Rodrigues Oliveira.....	61
<b>DOS EFEITOS DA RESCISÃO E REVOGAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA: DA (I)LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS FRENTE A DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA NO PROCESSO PENAL</b> .....	<b>77</b>
CHIQUETTI, Lucas Mantovani .....	77
RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira.....	77
<b>A RESTRIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DO AIRBNB PELA CONVENÇÃO DO CONDOMÍNIO</b> .....	<b>92</b>
DE SEIXAS, Bernardo Silva .....	92
CABRAL, Yasmin Lemos.....	92
<b>AS CONTRIBUIÇÕES DA TEOLOGIA POLÍTICA DE JOÃO CALVINO PARA ESTRUTURAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO E PARA O PENSAMENTO DE LIVRE MERCADO</b> .....	<b>120</b>
LEITE, Eduardo Delatorre.....	120
MORAES, Gerson Leite de.....	120
<b>REFORMA AGRARIA E A CONCENTRAÇÃO DAS TERRAS NO BRASIL E NO NORDESTE: REALIDADE ATUAL E SUAS IMPLICAÇÕES SOCIAIS</b> .....	<b>137</b>
PRAZERES, Paulo Joviano Alvares dos .....	137
DEL PINTO, Michele.....	137
<b>NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN CHIAPAS, MÉXICO</b> .....	<b>150</b>
NUNES, Roberto Leonardo Cruz.....	150

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 25	234 páginas	2020
------------	---------------------	-------	-------------	------

SERRANO, Ana Rossa Nunes .....	150
<b>DOCUMENTACIÓN DE UN CASO POR INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIONES DE DESASTRES NATURALES.....</b>	<b>167</b>
VILLANUEVA, Toledo Gerardo.....	167
CASTAÑEDA, Altamirano Yolanda.....	167
<b>CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: REGLA PROCESAL IMPERATIVA CIMENTADA EN PRINCIPIOS .....</b>	<b>191</b>
LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez .....	191
<b>INEFICACIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DECRETOS HUMANOS. ANÁLISIS Y PROPUESTAS .....</b>	<b>207</b>
FERNÁNDEZ, Vicente Fernández .....	207
CAMACHO, Marcela Albiter .....	207

## NOTA AO LEITOR

Com alegria, a Revista Intertemas apresenta à comunidade acadêmica o seu novo volume.

O cenário atual é certamente desafiador a todo aquele que se dedica à pesquisa e que procura, de algum modo, se informar sobre as questões urgentes suscitadas pela dramática realidade humana.

Não só o Brasil, mas o mundo como um todo, atravessa um difícil momento, proveniente da pandemia do coronavírus, que força a sociedade a um estado de isolamento, obrigando-a a repensar o seu modo de vida, sua perspectiva de futuro e também sua ideia de Direito.

Neste instante, enquanto muitos precisam se dedicar ao combate à doença ou à manutenção das condições primárias da existência, outros, por uma razão humanitária, necessitam ficar em casa e evitar o contato social.

Trata-se, apesar de tudo, de uma oportunidade para a reflexão. Com efeito, na medida em que se está mergulhado no cotidiano, nos afazeres do dia-a-dia, raros são os períodos em que se interrompe a marcha automática, possibilitando-se uma meditação sobre as interrogações que mais interessam.

Daí, pois, a boa hora em que esta publicação vem à tona, trazendo para a leitora e para o leitor a ocasião de poder desbravar novos temas jurídicos, aprofundar-se sobre antigos problemas e estabelecer um livre diálogo com o pensamento.

Os trabalhos aqui publicados fazem jus ao título do periódico, apresentando uma fecunda e valiosa discussão intertemática. Os artigos atravessam assuntos relacionados, por exemplo, ao Direito de Família, ao Direito Processual Penal, ao Direito Constitucional e aos Direitos Humanos, demonstrando todos eles, sem exceção, uma preocupação em apresentar e debater, sempre com rigor e adequação, dilemas concretos e contemporâneos.

De uma análise geral, fica manifesto o caráter interdisciplinar e transdisciplinar do conteúdo desta edição, que cruza as fronteiras das ideias e coloca em contato autores nacionais e estrangeiros, unidos

numa busca comum de levar a consciência jurídica a um grau elevado de discernimento.

Por tudo isso, especialmente pela qualidade das produções recolhidas, bem como pela urgência destes tempos de se parar para ponderar, é que a Revista Intertemas convida a todas e a todos para acompanhar as próximas páginas, na certeza de que encontrarão um material de qualidade, capaz de pôr em questão o mundo jurídico e oferecer respostas para as suas demandas.

Felipe Rodolfo de Carvalho

Professor da Universidade Federal de Mato Grosso. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo.

## **CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: REGLA PROCESAL IMPERATIVA CIMENTADA EN PRINCIPIOS**

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez<sup>1</sup>

**RESUMEN:** El artículo pretende dar respuesta a las cuestiones: ¿el control difuso de convencionalidad debe ser considerado como exigencia para la validez del proceso? y ¿el control difuso de convencionalidad es una regla o un principio procesal?, mediante la metodología de investigación jurídica denominada análisis jurisprudencial constitucional y convencional.

**Palabras clave:** Control de convencionalidad, control difuso, derechos humanos, regla procesal, principios.

**ABSTRACT:** The article tries to answer the questions: should the diffuse control of conventionality be considered as a requirement for the validity of the process?, and is the diffuse control of conventionality a rule or procedural principle?, using the legal research methodology called analysis Constitutional and conventional jurisprudence.

**Keywords:** Conventionality control, fuzzy control, human rights, procedural rule, principles

### **INTRODUCCIÓN**

El proceso es un medio de solución de controversias jurídicas, para su validez los jueces tienen que cumplir con una serie de requisitos, que en su conjunto son exigencias fundamentales previstas a nivel constitucional, en el caso de México, en los diversos artículos que conforman el primer título *De los Derechos humanos y sus garantías*, entre los principales están los descritos en el artículo 14 que ordena cumplir con las *“las formalidades del procedimiento”* en todo juicio; el numeral 16 en el que se exigen cinco requisitos básicos de todo acto del Estado: ser dictado por autoridad competente, estar fundado, motivado y firmado de manera autógrafa; el precepto 17 prevé el derecho de toda persona a que se le administre justicia por tribunales, de manera expedita, en los plazos y términos que fijen las leyes, emitir resoluciones de manera

---

<sup>1</sup> Investigador del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel 1. Doctor en Derecho Público. Profesor e Investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas, <https://orcid.org/0000-0003-0367-4716>. Contacto: lazcanoalf14@hotmail.com

pronta, completa e imparcial y gratuito, además de los que se refieren específicamente a las garantías de los procesos penales, normas para la prisión preventiva, derechos del imputado y la probable víctima, artículos 19 y 20 respectivamente.

El artículo 8o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominado *Garantías judiciales*, entre otras prevé las exigencias mínimas procesales en la sustanciación de cualquier proceso, señala:

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

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos...

En forma afín, en la teoría general del proceso y en la práctica judicial se conoce a los presupuestos procesales, que de acuerdo con COUTURE, citado por el OVALLE FAVELA (1995, p. 71), como: "aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal".

En resumen, los presupuestos procesales son las condiciones indispensables para que se integre el proceso y sea factible emitir la sentencia que entre al fondo del asunto, como son la legitimación de las partes, la competencia, el emplazamiento a juicio, entre otros.



Las cuestiones a resolver son determinar si el control difuso de convencionalidad es parte de las exigencias fundamentales para la validez del proceso, además si es una regla procesal o un principio.

## 2 PRINCIPIOS Y REGLAS

Las normas jurídicas son factibles de dividirlas en dos grupos: principios y reglas. Los principios no están diseñados a través de una hipótesis normativa determinada en el texto, en el cual que establezcan límites taxativos *a priori*; los principios son utilizados para adecuar la respuesta a un caso concreto, en busca esencialmente que se cumpla con la finalidad que el mismo principio contiene.

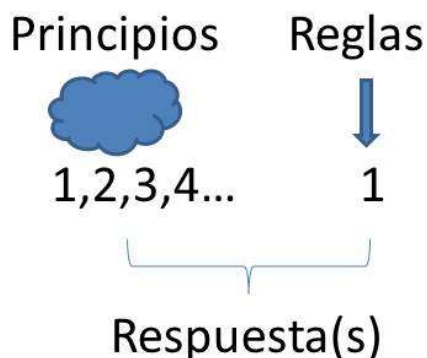
Los principios son criterios orientadores, que sirven mediante la argumentación y creación del derecho, para fundar la resolución de un conflicto jurídico, de acuerdo con las características, el contexto, el entorno físico o la situación a resolver, ya sea político, histórico, cultural o de cualquier otra índole.

Las reglas (normas en sentido estricto) son creadas para regular una situación específica o determinada, de manera uniforme, a través de una consecuencia previamente definida.

Los principios difieren de las reglas, al no ser comandos inmediatamente descriptivos de conductas específicas, sino son normas que consagran determinados valores o indican fines públicos que se deben realizar a través de distintos medios. La definición del contenido de cláusulas como la dignidad de la persona humana, racionalidad, solidaridad o eficiencia, también transfieren al intérprete una dosis de discrecionalidad (BARROSO, 2008, p. 14).

Derivado de que las reglas jurídicas relacionan un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica de forma cerrada, en la aplicación de las mismas no se requiere de ningún tipo de liberación práctica, pues la idea que prevalece es la de tipicidad (ROMERO MARTÍNEZ, 2015, p. 206).

# NORMAS



Fonte: Elaborado pelo autor

El control difuso de convencionalidad es una regla procesal que debe cumplirse para que un proceso sea válido, porque en caso de no hacerlo el Estado parte del SIDH, le corresponderá a los órganos convencionales: la Comisión IDH y la Corte IDH, quienes de manera subsidiaria y complementaria actúan en la protección y garantía de los derechos y libertades del *Corpus Iuris Latinoamericano*.

[...] el sistema interamericano existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte IDH (2019, párrafo 59) muestra casos en que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de *convencionalidad*. En este sentido, la Corte IDH ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención ADH solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados.

La aplicación del control difuso de convencionalidad se basa en una serie de principios como el *pro homine* y la interpretación conforme y el efecto útil especialmente para la protección de los derechos humanos.

### 3 EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

El control difuso de convencionalidad es una exigencia creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la protección de los derechos y libertades previstos en el *Corpus Iuris Latinoamericano* (CIL), que exige ser ejercido por todos los órganos del Estado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), especialmente por quienes realizan materialmente funciones jurisdiccionales.

Además, las propias instituciones de carácter convencional, constituidas por los propios Estados parte del SIDH, realizan el control de convencionalidad al supervisar el cumplimiento del conjunto de derechos y libertades pactados, principalmente a través del sistema de denuncia o peticiones.

El control de convencionalidad es una exigencia procesal para las jurisdicciones nacionales, que deben ejercerla de oficio al resolver los conflictos jurídicos, en primera instancia, le corresponde por regla general a los Estados, por medio del conjunto de órganos públicos establecidos para tutelar los derechos humanos, pero si éstos no son eficaces, de manera subsidiaria, coadyuvante y complementaria es factible concurrir al SIDH, para que ante esa instancia se decida si se violaron o no los derechos convencionales, constitucionales y legales.

Es equivocado señalar que la Corte IDH realiza un tipo de control concentrado y los Estados de carácter difuso, ambas instancias están obligadas a ejercerlo, sólo hay un tipo de control, es factible señalarlo como control convencional horizontal, tanto para los tribunales nacionales como las instituciones convencionales, ya que están obligados en base a las mismas fuentes jurídicas, claro la interpretación definitiva de éstas es la que realiza la Corte IDH, toda vez que sus fallos son definitivos e inapelables.

El control de convencionalidad implica la aplicación directa de las normas, principios y valores acordados entre diversos Estados que conforman el SIDH, mediante la adecuación del orden jurídico nacional conforme al CIL y a la supresión de los impedimentos legales internos.



Fonte: Elaborado pelo autor

*Es necesario recordar que la Corte IDH ha considerado que “si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal [Interamericano] deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana, lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores” (1999, párr. 222).*

El control difuso de convencionalidad convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención ADH y a la población de los Estados parte del SIDH en sujetos de derecho interamericano, porque es a éstos a quienes está dirigida la serie de derechos y libertades previstas en los tratados.

Dicho “control de convencionalidad” se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto de San José. Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune interamericano*, en materia de derechos personales y constitucionales (SAGUES, 2010, pp. 117-136).

La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es

decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional (LAZCANO, 2014, p. 79).

El “control de convencionalidad” ha sido definido por la propia Corte IDH como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención ADH y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el Derecho interno de los Estados parte de aquélla (IBÁÑEZ, 2015, p. 9).

De los conceptos anteriores es factible sintetizar que el control difuso de convencionalidad es una herramienta que se utiliza para aplicar el derecho internacional de los derechos humanos para construir un *ius commune regional* que proteja más poderosamente los derechos humanos, cuya tarea está destinada a los operadores jurídicos.



Fonte: Elaborado pelo autor

#### 4 FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Los dos primeros artículos de la Convención ADH son la base del control difuso de convencionalidad, el 1º obliga a los Estados parte del SIDH a respetar los derechos y libertades que prevé la misma Convención ADH, es decir, amplía el catálogo de derechos humanos para los Estados parte; el 2º constriñe a depurar el derecho positivo de los Estados parte, a eliminar toda disposición o práctica que merme la protección convencional a los derechos humanos, es decir, a realizar una labor profiláctica y el artículo 29º dispone las formas de interpretar los derechos y libertades de la Convención ADH.

Los jueces nacionales, los comisionados de la Comisión IDH y los jueces de la Corte IDH tienen la exigencia de proteger los derechos humanos del *Corpus Iuris Latinoamericano* mediante el control convencionalidad:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, para ejercerlo...a lo dispuesto en los artículos 1º. (Obligación de respetar los derechos), 2º. (Deber de adoptar disposiciones de

derecho interno) y 29 (normas de interpretación más favorables) (FERRER MAC-GREGOR, 2011, p. 341).

Así para algunos autores el deber del control difuso de convencionalidad está en la propia Convención ADH y no en la jurisprudencia de la Corte IDH:

En ese sentido, en nuestra consideración, el control de convencionalidad está claramente previsto desde el origen mismo del sistema interamericano, es una función esencial de la Corte Interamericana y no es ningún reciente descubrimiento jurídico y mucho menos una nueva competencia como algunos afirman (CASTILLA, 2011, pp. 603-604).

La Corte IDH vía jurisprudencial de manera gradual ha construido el alcance del control difuso de convencionalidad, desde *Almonacid Arrellano vs. Chile* (2006) hasta *Gelman vs. Uruguay* (2011), en el primer caso establece la obligación a los jueces de los Estados parte del SIDH de ejercer el control difuso de convencionalidad, en el segundo, esta obligación que se exige todas las autoridades, incluyendo al poder legislativo.

Desde luego hay varios casos intermedios entre los mencionados que poco a poco van diseñando los alcances del control difuso.

## **5 CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

Después de todo lo desarrollado es factible concluir ciertas características básicas del control de convencionalidad que debe ejercer todo juez nacional o convencional:

- a) Es difuso;
- b) Es de oficio;
- c) Es obligatorio;
- d) Es depurativo;
- e) Se basa esencialmente en los principios: útil y *pro persona*.

a) Es difuso porque está dirigido a todo juez sin importar su competencia.

b) Es de oficio ya que debe ser ejercido sin necesidad de que sea invocado por las partes en conflicto.

c) Es obligatorio puesto que no depende de la voluntad del operar jurídico.

d) Es depurativo porque implica adecuar el derecho nacional a los parámetros interamericanos, a través de dictar decisiones que más proteja o menos perjudique a las personas, además de interpretar las normas conforme al objeto y fin de los estándares de protección de los derechos humanos previstos en el *Corpus iuris latinoamericano* y a su interpretación, inclusive en su caso, dejar de aplicar normas contrarias a éste.

e) El principio de efecto útil implica eliminar toda disposición o práctica que merme la protección convencional a los derechos humanos y el criterio *pro persona* define prelación normativa, lo que implica seleccionar de los catálogos de derechos humanos cuál es la disposición más protectora por su contenido y no por el cuerpo normativo donde se encuentre.

Para ello es fundamental el conocimiento técnico de los jueces, porque sin él sería imposible el cumplimiento de este deber constitucional y convencional. Debido a ello en varias sentencias de la Corte IDH, bajo el principio de la garantía de no repetición, condena a los Estados a capacitar y realizar seminarios al personal judicial y administrativo.

## **6. METODOLOGÍA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

El control difuso de convencionalidad es la fórmula unificadora de modelos mínimos de protección de derechos humanos de los Estados parte, sin embargo, el contexto de los países de Latinoamérica, a pesar de que presentan problemas comunes, como desigualdad social, falta de democracia sustantiva, pobreza, inseguridad, entre otros, la forma de interpretar y aplicar el derecho varía de manera sustancial, para ello el control difuso de convencionalidad se presenta como una herramienta uniforme de protección mínima para todos los Estados parte del SIDH.

La Corte ha establecido que todas las autoridades estatales están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Ello se refiere al análisis que deben realizar los órganos y agentes estatales (particularmente los jueces y demás operadores de justicia) sobre la compatibilidad de las normas y prácticas nacionales con la Convención Americana. En sus decisiones y actos concretos, dichos órganos y agentes deben cumplir con la obligación general de garantizar los derechos y libertades protegidos en la Convención Americana, asegurándose de no aplicar

normas jurídicas internas violatorias de dicho tratado, así como de aplicar correctamente este tratado y los estándares jurisprudenciales desarrollados por la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (2018, p. 118).

## 6.1. México

En el caso de México la reforma a la Constitución de 2011 convencionaliza la Carta Magna dando origen a un nuevo episteme normativo jurídico:

[...] un profundo cambio de época para los juristas mexicanos. Las reglas del juego cambiaron: los estándares de nuestros razonamientos serán distintos en el futuro, los actores responsables de garantizar los derechos humanos se ampliaron de forma importante, las técnicas de interpretación de los derechos variaron (CARBONELL, 2013, p. 137).

## 6.2. Criterios de aplicación del control de convencionalidad

Para el correcto ejercicio del control de convencionalidad los tribunales federales han establecido la siguiente metodología de evaluación de las normas jurídicas:

- a) Identificar el derecho humano, subderecho o garantía prevista en la Constitución o en un tratado internacional;
- b) Reconocer los criterios de la SCJN y de la Corte IDH que establezcan su alcance e interpretación;
- c) Fijar la norma o porción normativa que será objeto de control;
- d) Determinar si ésta tiene como fin promover, respetar, proteger y garantizar otros derechos humanos;
- e) Examinar las posibles interpretaciones que la norma permite y verificar si una de ellas guarda conformidad con el derecho humano, subderecho o garantía;
- f) Si no permite interpretaciones conformes, o todas sus interpretaciones resultan disconformes con el derecho humano, debe procederse a contrastarla frontalmente, para lo cual deben tomarse en cuenta los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad, progresividad y pro homine; y,
- g) Como se dispone en la tesis: XXVII.1º (VIII Región) 15 K, Desaplicarla cuando resulte contradictoria con el derecho humano (2013, p. 1618).



### 6.3. Interpretación conforme

La interpretación conforme es el método básico del control de convencionalidad y que consiste en la obligación convencional y constitucional en los términos de los artículos 1o, 2o y 29o de la Convención ADH y el artículo 1º de la Constitución, de armonizar en lo posible todas las normas, principios y directrices creadas en el ámbito interno a los parámetros de mayor protección o menor restricción.

Interpretación conforme es la explicación del texto de una norma, principio o directriz de acuerdo a los estándares previstos en otras disposiciones a las que se les ha reconocido un fin u objeto superior, que debe alcanzarse extendiendo el significado de las primeras o eligiendo entre las opciones normativas la que más favorezca o menos perjudique (MARTÍNEZ LAZCANO, 2014, p. 39).

### 6.4. Pasos

Lo mencionado en cuanto a la característica del efecto depurativo del derecho nacional, se ha desarrollado por los tribunales mexicanos de la siguiente manera:

- a) Interpretación conforme en sentido amplio, los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia;
- b) Interpretación conforme en sentido estricto, cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y,
- c) Como se dispone en la tesis P. LXIX/2011(9a.), Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles (2011, p. 552).

### 6.5. Interpretación disconforme

Sí bien el control difuso de convencionalidad ha impactado fuertemente en el derecho positivo mexicano, hace falta mayor certeza, porque

los tribunales han sido ambiguos e inclusive contradictorios en sus decisiones, lo que trae como consecuencia que la nueva implementación pueda perder su orientación por la falta de firmeza y certidumbre.

Así a partir de la resolución de la sentencia de la contradicción de tesis 293/2011 (2014, p. 96) del pleno SCJN se han empezado a emitir diversos criterios jurisdiccionales contrarios al principio *pro homine previsto en la propia Constitución*, al limitar absolutamente el control de convencionalidad a las disposiciones de la Constitución, pero además si una norma constitucional regula un derecho humano de forma más restringida a las disposiciones del SIDH, es decir da menos protección, no obstante a ello, se debe estar a lo previsto en las restricciones constitucionales, adicionalmente se impide cualquier ponderación entre las normas constitucionales y los instrumentos internacionales, lo cual es equivocado porque dicho proceder es contrario al objeto y fin de la Convención IDH y utiliza el concepto de regularidad constitucional desarrollado en la reforma constitucional de 1995 que nada tiene que ver con la justicia convencional de los derechos humanos.

## **7. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO PRESUPUESTO PROCESAL**

Los presupuestos procesales son los requisitos indispensables para que se integre el proceso y sea factible emitir la sentencia que entre al fondo del asunto, de acuerdo con Couture, nombrado por José Ovalle Favela, son: "*Aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal*", (1995, p. 71) de esta forma el deber de ejercer el control difuso de convencionalidad es un presupuesto procesal básico, porque aún que exista cosa juzgada formalmente hablando, cuando no se observen las normas convencionales del debido proceso, o los jueces no obren con independencia e imparcialidad este tipo de procesos deberá ser nulo por fraudulento, de conformidad con los artículos 8º y 25º de la Convención IDH, el primero en cuanto a las disposiciones mínimas del debido proceso o garantías judiciales, y el segundo respecto a la protección judicial de los derechos humanos.

Específicamente en relación con la figura de la cosa juzgada, recientemente la Corte precisó que el principio non bis in idem no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas

produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta” (CORTE IDH, 2006, párr. 153).

Este Tribunal ya se ha referido a la llamada “cosa juzgada fraudulenta”, que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso. A la luz del reconocimiento de responsabilidad de Colombia y los hechos probados, se desprende que los procesos del presente caso, ante los tribunales nacionales, estuvieron contaminados por tales vicios. Por tanto, no podría invocar el Estado, como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana, porque no hacen tránsito a cosa juzgada decisiones judiciales originadas en tales hechos internacionalmente ilícitos (CORTE IDH, 2005, párr. 98).

Es importante destacar que las disposiciones de las garantías judiciales del artículo 8º de la Convención ADH, se refieren a la sustanciación de cualquier acusación penal formulada, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Cuando la Corte IDH conoce un caso no sólo analiza si se observó las normas convencionales, es decir, si hubo o no una adecuada interpretación y aplicación de éstas, también si se cumplieron con los presupuestos procesales en la instancia interna, ambos requisitos: el control de convencionalidad y los presupuestos procesales conforman una unidad que da validez a todo proceso, sin limitarse a lo manifestado por la Comisión IDH:

La Corte reitera el criterio seguido en su jurisprudencia constante, en el sentido de que en el ejercicio de su competencia contenciosa, está facultada “para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de [la] Convención” (art. 62.3). Los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todas las cuestiones relativas a un caso. Ella es competente, por lo tanto, para decidir si se ha producido una violación a alguno de los derechos y libertades reconocidos por la Convención y para adoptar las disposiciones apropiadas derivadas de semejante situación; pero lo es igualmente para juzgar sobre los presupuestos procesales en que se fundamenta su posibilidad de conocer del caso y para verificar el cumplimiento de toda norma de procedimiento en la que esté envuelta la “interpretación o aplicación de [la] Convención”. En el ejercicio de esas atribuciones la Corte no está vinculada con lo que previamente haya decidido la Comisión, sino que está habilitada para sentenciar libremente, de acuerdo con su propia apreciación (2002, párr. 27).

## CONCLUSIONES

El control difuso de convencionalidad es una regla procesal que debe cumplirse para que un proceso sea válido, porque en caso de no hacerlo el Estado parte del SIDH, le corresponderá a los órganos convencionales: la Comisión IDH y la Corte IDH, quienes de manera subsidiaria y complementaria actúan en la protección y garantía de los derechos y libertades del *Corpus Iuris Latinoamericano*.

La aplicación del control difuso de convencionalidad se basa en una serie de principios como el *pro homine* y la interpretación conforme y el efecto útil especialmente para la protección de los derechos humanos.

La evolución en América Latina del control difuso de convencionalidad pretende transformar a los jueces de todos los Estados parte en los primeros guardianes de las normas convencionales de protección de derechos humanos, y es la única forma ante las precarias posibilidades de que los problemas lleguen a solventarse ante la Corte IDH.

Si bien es cierto que el control difuso de convencionalidad tiene su fundamento en la Convención ADH y no en las decisiones de la Corte IDH, la jurisprudencia generada ha sido fundamental para entender su impacto.

Es equivocado señalar que la Corte IDH realiza un tipo de control concentrado y los Estados de carácter difuso, ambas instancias están obligadas a ejercerlo, sólo hay un tipo de control, es factible señalarlo como control convencional horizontal, tanto para los tribunales nacionales como las instituciones convencionales están obligados en base a las mismas fuentes jurídicas, claro la interpretación definitiva de éstas es la que realiza la Corte IDH, toda vez que sus fallos son definitivos e inapelables.

Así a población de los Estados parte del SIDH son sujetos de derecho interamericano, porque es a éstos a quienes está dirigida la serie de derechos y libertades previstas en los tratados.

En México el control difuso de convencionalidad implica a su vez ejercer el control difuso de constitucionalidad, porque es en la propia Constitución (a. 1) en la cual se exige a todo servidor público promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos independientemente del catálogo o fuente donde se encuentren, bien en el texto de la Constitución o en un tratado internacional o en la jurisprudencia nacional o internacional, a pesar de la errada decisión de la SCJN de obligar a los órganos jurisdiccionales a estarse en lo que ha llamado "restricciones constitucionales".

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

Barroso, L. R. (2008). **El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Carbonell, M. (2013). **Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad**. México: editado por Miguel Carbonell.

Castilla, K. (2011). **El control de convencionalidad: Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco**. México: Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). **Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, El nuevo paradigma para el juez mexicano**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Ovalle Favela, J. (1995). *Derecho procesal civil*. México: Harla.

Romero Martínez, J. M. (2015). **Estudios sobre la argumentación jurídica principalista**. México: IJ-UNAM.

### Hemerografía

Ibáñez, J. M. (2015) **Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia**. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Martínez Lazcano, A. J. (2014). **El control difuso de convencionalidad y su recepción en México**, *Revista jurídica valenciana*, no. 31.

Sagues, N. P. (2010). **International obligations and “conventionality control”**. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 8, n. 1, 117-13. Obtenido de: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-)

### Corte IDH

Corte IDH. (2005). **Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia**.

Corte IDH. (2006). **Caso La Cantuta Vs. Perú**.

Corte IDH. (1999). **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala**.

Corte IDH. (2018). **Informe Anual**. Obtenido de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf>.

Corte IDH. (2019). Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala. .

### **Jurisprudencia**

Tesis 293/2011. (2014). **Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**, Décima Época, Libro 5, Tomo I.

Tesis: P. LXIX/2011(9a.). (2011). **Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**, Libro III, Décima época, Tomo 1.

Tesis: XXVII.1o. (VIII Región) 15 K. (2013). **Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**, Décima Época, Libro XXIII, Tomo 3.