



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MÉXICO**



FACULTAD DE DERECHO

**CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE
DERECHOS HUMANOS: NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL**

“TRABAJO TERMINAL DE GRADO”

MODALIDAD: TRABAJO TERMINAL DE GRADO POR CAPÍTULO DE LIBRO

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:

M. EN D. ALEJANDRO ALBARRÁN SALGADO

TUTOR ACADÉMICO:

DRA. EN D. CLAUDIA ELENA ROBLES CARDOSO

TUTORES ADJUNTOS:

DRA. EN D. MARÍA ELIZABETH DIAZ LÓPEZ

DR. EN D. CARLOS MUÑIZ DIAZ

TOLUCA, MÉXICO, MARZO DE 2017

ÍNDICE

“CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL”

INTRODUCCIÓN	3
AGRADECIMIENTOS	6
PROTOCOLO	7
a. Objeto de estudio.	7
b. Planteamiento del problema.	7
c. Hipótesis.	8
d. Objetivos generales y específicos.	8
e. Bibliografía que presenten los antecedentes.	9
f. Marco Teórico.	10
g. Estado del conocimiento del objeto de estudio.	10
h. Metodología general.	16
Documento probatorio de publicación emitido por la editorial.	17
Documento probatorio de capítulo o artículo enviado.	18
CAPÍTULO CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD <i>EX OFFICIO</i> EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL	19
1. Consideraciones previas.	19
2. Antecedentes.	21
3. Consideraciones generales del control difuso de convencionalidad.	24
4. Obligación de acatar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	28
5. Suplencia de la deficiencia de la queja e interés superior del menor.	31
6. Obligación de emitir sentencias definitivas aplicando el control de convencionalidad <i>ex officio</i> en materia	

de derechos humanos, en beneficio de menores.	36
7. Conclusiones.	46
8. Fuentes consultadas.	48

INTRODUCCIÓN

La presente modalidad de trabajo terminar de grado por capítulo de libro que se titula “**CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL**”, es evidentemente interesante, innovador y actual y relata la forma en cómo ha evolucionado el derecho desde el momento en que entró en vigor la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

Hoy en día, que no es suficiente exponer una serie de ideas y pensamientos en hojas de papel, sino que es indispensable que reúnan los atributos de claridad, exactitud, propiedad y precisión, requisitos esenciales en cualquier investigación e incluso en el terreno del conocimiento social que ocupa.

El tema a desarrollar en este capítulo se seleccionó por la importancia que siempre han tenido las controversias del estado civil de las personas y del derecho familiar y más aún cuando se ventilan asuntos relacionados con menores, de ahí, que resulta atractivo realizar una investigación que tendrá como resultado el saber aplicar el control difuso de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos al cual los juzgadores ahora están obligados por lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin pasar por alto que existen otras instituciones de igual importancia como lo sería el matrimonio, el divorcio, las sucesiones o la posesión en materia civil; pero, se decidió tomar como base la reforma constitucional sobre derechos humanos y la institución jurídica de la guarda y custodia, pues desde hace años llama poderosamente la atención tanto a los que administran justicia como a la sociedad entera, por considerarse un derecho primordial con el que debe contar todo ser humano y más aún por la función social que hoy en día desempeña.

El problema a abordar es el saber si el control difuso de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos podrá ayudar a resolver controversias del

estado civil de las personas y del derecho familiar, referentes a la guarda y custodia, siempre en aras del interés superior del menor.

Y si el decretar la custodia compartida o régimen de visitas y convivencias abierto de menores al aplicar ese control, suplencia de la deficiencia de la queja e interés superior del menor, servirán para cumplir con el mandato establecido en el párrafo segundo del artículo 1° constitucional, pues la interpretación de la norma interna ahora tendrá de efectuarse en conjunto con los tratados internacionales, celebrados y ratificados por el estado mexicano, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Por ello, la inquietud de saber con base en la investigación, si al hacer uso del control de convencionalidad *ex officio* en materia familiar servirá para enaltecer el principio supremo del interés superior del menor.

Hago mío el postulado de que la Universidad se caracteriza por la búsqueda de nuevas estrategias para dar respuesta a las crecientes demandas de la sociedad. Por eso, este trabajo es un marco ideal para expresar que se reconoce como un problema social las controversias relativas a la guarda y custodia de menores, de ahí la importancia de saber aplicar correctamente el control difuso de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, máxime si ahora es obligatorio por mandato constitucional.

El sistema de administración de justicia en México se ha construido a través de un proceso de formación a lo largo del tiempo, actualmente es el encargado de ser el receptor del ámbito más sensible de la sociedad mexicana, de ahí la importancia de su estudio a través de una institución relevante que es la familia, por lo que espero, redunde en beneficios que permitan comprender la administración de la justicia hoy en día.

Por otro lado, también se debe hacer referencia a las fuentes de donde nació esta investigación, ya que fueron consultadas distintas obras, algunas escritas por reconocidos juristas y otras tantas por doctrinarios no tan conocidos, algunos

nacionales y otros de origen extranjero, lo cual se puede apreciar de la bibliografía que se menciona en el apartado correspondiente, también se tuvo que analizar algunas sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y principalmente la referente al caso Rosendo Radilla Pacheco en contra del estado mexicano, pues también ella resultó primordial en la reforma constitucional.

El capítulo se integra de temas como: 1. consideraciones previas, 2. Antecedentes, 3. Consideraciones generales del control difuso de convencionalidad, 4. Obligación de acatar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5. Suplencia de la deficiencia de la queja e interés superior del menor y 6. Obligación de emitir sentencias definitivas aplicando el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, en beneficio de menores.

El último tema, se considera la parte vertebral de la investigación, porque es aquí donde se explica la forma de cómo aplicar el control de convencionalidad para resolver controversias del estado civil de las personas y del derecho familiar, referentes a la guarda y custodia y por eso es que se habla también de la sentencia en el caso Rosendo Radilla Pacheco en contra del Estado Mexicano, esa resolución hizo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación diera inicio al expediente varios 912/2010, esa determinación junto con los factores sociales, políticos, económicos y culturales que se vivían en ese momento en nuestro país fueron los que dieron nacimiento a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

Para concluir ésta introducción, indicó que en algún momento un gran amigo que hizo saber que en cualquier investigación se debe tener plena responsabilidad sobre las fallas y omisiones y pedir una vez más, como siempre paciencia y comprensión, pues aún cuando es de todos sabido, se recuerda que el docente y el investigador se hacen con estudio, con trabajo y con el paso de los años.

M. EN D. ALEJANDRO ALBARRÁN SALGADO.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS.

Por todo lo que me ha dado y dejado vivir.

A mi esposa e hijos.

Por apoyarme a concluir con esta etapa de mi vida.

A los Doctores en Derecho.

CLAUDIA ELENA ROBLES CARDOSO.

MARÍA ELIZABETH DIAZ LÓPEZ.

CARLOS MUÑIZ DIAZ.

Por la noble institución a la que pertenecen y sobre todo por apoyarme a obtener este logro profesional.

PROTOCOLO

a. Objeto de estudio.

El presente trabajo que culmina en el capítulo de un libro titulado “**Problemas contemporáneos del derecho público**”, aborda como objeto de estudio el nuevo modelo constitucional, además el contenido de tratados internacionales y por último el análisis de legislación interna, ello para asegurar bienestar y protección a las niñas, niños y adolescentes. Esto nace a raíz de la reforma constitucional de junio de 2011, en donde se hace patente el hecho de que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias (principalmente las dedicadas a la administración de justicia) tienen la obligación de llevar a cabo un control difuso de convencionalidad que tenga como finalidad aplicar la norma ya interna, ya externa; pero, siempre la que proteja más ampliamente a la persona.

El objeto de estudio surge por la preocupación que existe en la forma en que se encuentra regulada la institución jurídica de la patria potestad, pues el derecho interno no es flexible ante las controversias a resolver en ese tópico; sin embargo, con la presencia de un nuevo modelo constitucional el abanico de posibilidades es vasto, sólo falta llevar a cabo su estudio y análisis para que su aplicación se materialice a la realidad y de esa manera dejar de pensar que los tratados internacionales sólo son documentos sin aplicación alguna.

b. Planteamiento del problema.

¿Podrá el control difuso de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos ayudar a resolver controversias del estado civil de las personas y del derecho familiar, referentes a la guarda y custodia, siempre en aras del interés superior del menor?

¿El decretar la custodia compartida o régimen de visitas y convivencias

abierto de menores al aplicar el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, suplencia de la deficiencia de la queja e interés superior del menor, servirán para cumplir con el mandato establecido en el párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues la interpretación de la norma interna ahora tendrá que efectuarse en conjunto con los tratados internacionales, celebrados y ratificados por el Estado Mexicano, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia?

c. Hipótesis.

Sí en una controversia de orden familiar en donde deba dilucidarse lo relativo a la guarda y custodia de menores, se determina que ésta tendrá que ser compartida o establecer un régimen de visitas y convivencias abierto sustentada en el ejercicio del control difuso de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, suplencia de la deficiencia de la queja e interés superior del menor, entonces se estará cumpliendo con el mandato establecido en el párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a que la interpretación de la norma interna debe efectuarse en conjunto con los tratados internacionales, celebrados y ratificados por el Estado Mexicano y de esa manera cumplir con el principio *pro homine*.

Sí por mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Poder Judicial tiene la obligación de ejercer un control difuso de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, entonces se deberá dar otro enfoque a la institución jurídica de la guarda y custodia.

d. Objetivos generales y específicos.

El objetivo general de este capítulo lo es para que los operadores jurídicos sepan, interpreten, implementen y apliquen la reforma constitucional en derechos humanos en todo lo que atañe a su actuar, además para que los encargados en la

defensa de esos derechos soliciten de forma adecuada el ejercer un verdadero control difuso de convencionalidad y de esa manera se logre llevar a la excelencia al principio *pro persona*.

Como objetivos específicos está:

- Conocer las características del control difuso de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos.
- Establecer los parámetros para el uso del control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos.
- Estudiar los beneficios de la suplencia de la deficiencia de la queja.
- Analizar la figura del interés superior del menor.
- Estudiar la figura del principio *pro homine*.
- Estudiar la institución jurídica de la familia.
- Estudiar la institución jurídica de la guarda y custodia.
- Estudiar lo relativo al régimen de visitas y convivencias abierto.

Si se llegan a lograr estos objetivos, se considerará que la investigación alcanzó una utilidad académica, que en el campo profesional sería muy interesante su contenido, ya que se podría advertir si se está aplicando de manera correcta la obligación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos impuso al Estado Mexicano al dictar la sentencia en el caso Rosendo Radilla Pacheco, que lo fue ejercer un control convencional entre normas internas y externas.

e. Bibliografía que presenten los antecedentes.

Doctrina sobre este tema, bastante; pero, sobre la forma en cómo se debe llevar a cabo un verdadero ejercicio del control difuso de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos aún no existe, tan es así que instituciones como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Universidad Nacional Autónoma de México, el Instituto Tecnológico y Autónomo de México, la Comisión de Derechos

Humanos de la Ciudad de México y la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, escribieron en ocho tomos una propuesta metodológica para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, en la que participaron docentes, investigadores y operadores jurídicos de la talla de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Zamir Fajardo Morales, Marycarmen Color Vargas, Magdalena Cervantes Alcayde, Luis Miguel Cano López, Ricardo Alberto Ortega Soriano entre otros.

En esos tomos se abordan temas como: Principio *pro persona*, bloque constitucional, interpretación conforme, control difuso de constitucional y convencionalidad. También se obtiene referencia de libros escritos por Carlos Arrellano García, Eduardo Pallares, Rafael Rojina Villegas y Ernesto Gutiérrez y González.

f. Marco Teórico.

Como marco de referencia se toman dos importantes instituciones que son el derecho constitucional y su nueva vertiente que es el control difuso de convencionalidad, considerados como principios rectores de interpretación y aplicación de la norma, que son temas de actualidad y obligatorios para los operadores jurídicos en cuanto a su contenido con la finalidad de que se favorezca en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Respecto al marco histórico la parte fundamental del artículo se basa en la información que doctrinalmente se obtenga de los temas de patria potestad, guarda y custodia, pruebas periciales en materia de psicología, también de los tratados internacionales en materia de derechos humanos relacionados con niñas, niños y adolescentes.

g. Estado del conocimiento del objeto de estudio.

La doctrina del control difuso de convencionalidad fue creada por las Cortes Internacionales con el fin de generar un sistema supranacional de derecho constitucional válidamente aplicable en los estados que forman parte de los tratados en materia de derechos humanos, ese control pretende que los tribunales nacionales evalúen y comparen el derecho local con el internacional y ejerzan un control *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El objetivo del control difuso de convencionalidad es determinar si la norma nacional es o no “convencional”, esto es, acorde con la Convención. Se trata, de un análisis de confrontación normativa.

El control de convencionalidad y la aplicación del principio *pro homine* fue incorporado al derecho interno, primeramente con las reformas al artículo 1° Constitucional y posteriormente ha sido interpretado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Así, la adopción el control y el principio quedó reconocido en el marco constitucional de la manera siguiente:

“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.

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.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...”¹

¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, página electrónica, consultada el día 20 de octubre de 2016. <http://www.juridicas.unam.mx/>.

De acuerdo con el artículo 1° Constitucional, a partir de su reforma, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a respetar, promover, proteger y garantizar no sólo los derechos humanos contenidos en la Constitución, sino también los que se prevean en los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*.

El control difuso de convencionalidad implica buscar la compatibilidad entre las normas de derecho interno y la Convención Americana, de ahí que todos los operadores jurídicos deben armonizar las normas nacionales y las convencionales, para establecer una efectiva protección de los derechos humanos en *pro* de las personas.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, importa tener en cuenta una regla que esté orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano. En el ámbito del derecho nacional, a partir de la reforma a la Constitución del artículo 1° se ha establecido el principio *pro homine*. Este principio se puede considerar como un criterio hermenéutico que informa todo el cuerpo normativo de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer y proteger derechos de las personas. Resulta evidente que el objetivo primordial es reconocer derechos al ser humano, por lo que la interpretación debe hacerse a favor del individuo, o en otras palabras, debe hacerse aquella que mejor lo proteja de una violación a sus derechos humanos.

El principio *pro persona* se manifiesta de tres maneras diferentes, que podrían ser denominadas como:

1. La conservación de la norma más protectora.
2. La aplicación de la norma más favorable.
3. La interpretación con el sentido más protector.

1. Una de las formas es aplicar la regla de interpretación *pro homine* cuando a una determinada situación concreta, le es posible aplicar dos o más normas vigentes, nacionales e internacionales, cualquiera que sea su jerarquía. Con esta regla, el juez y el intérprete deben seleccionar de entre varias normas concurrentes, eligiendo a aquélla que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo o la víctima en relación con sus derechos humanos. Aquí se trata de que la norma de derechos humanos que mejor proteja a la persona, prevalezca sobre otra de igual, interior o incluso de superior rango y sea aplicada en tanto más protectora del o de los derechos fundamentales del ser humano.

2. También, a partir de los instrumentos internacionales, el principio *pro homine* actúa como una regla de interpretación y aplicación en el caso de sucesión de normas, esto es, cuando una norma posterior tiene vocación para desaplicar o derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía de manera expresa o tácita. A diferencia de la regla anterior, en este caso se ingresa en el terreno de la temporalidad. En virtud de esta regla del principio *pro homine*, una norma posterior no derogaría o desaplicaría otra anterior, independientemente de su jerarquía, en tanto la anterior consagre mejores o mayores protecciones, para las personas, que deben conservarse.

3. Puede señalarse la aceptación del principio *pro persona*, cuando un juez se encuentre frente a una norma de derechos humanos donde pudieran existir varias interpretaciones posibles. A diferencia de las dos reglas anteriores, esta regla no se aplica para casos donde existen dos o más normas con vocación de aplicabilidad a una situación concreta, sino que tiene incidencia al momento de analizar el significado de una determinada norma, sin que exista una situación de concurrencia o sucesión de distintas normas.

En este capítulo es de importancia conocer las reglas de aplicación del control difuso de convencionalidad y para ello es necesaria la identificación del supuesto de contradicción normativa que será materia de ese control y establecer sus efectos, mismo que puede presentarse en tres supuestos:

1. La existencia de una colisión normativa;
2. La existencia de una coincidencia; o
3. Que no haya coincidencia, ni colisión porque sólo se prevé en la Constitución o en un tratado internacional; pero, no en el sistema doméstico ordinario.

Un precepto es contradictorio cuando permite lo que otro diverso prohíbe o a la inversa y recíprocamente se destruyen, ya sea total o parcialmente, en este caso se da la colisión normativa. Se actualiza una coincidencia cuando en ambas normas protegen el derecho humano, es decir existe compatibilidad normativa; pero, puede darse el caso de que no exista coincidencia ni colisión, porque en la norma interna no se prevea el derecho humano.

Existe un ejercicio para saber cuál es el supuesto de contradicción normativa y a saber es:

- a). Identificación de la norma.

Para efectuar un control de convencionalidad, en principio, debe definirse qué tipo de norma externa es la que prevé el derecho humano a salvaguardar, después hacer lo mismo para identificar el precepto de derecho local, si la hay, o bien, determinar que existe disposición reguladora.

- b). Comprobación del supuesto de contradicción normativa.

Se deberá establecer si la norma de derecho interno permite una actuación que está prohibida por el instrumento internacional o si prohíbe una actuación que supranacionalmente debe realizarse para proteger un derecho.

Cuando se advierte que una norma del derecho interno se contrapone al reconocimiento de los derechos humanos establecido en los tratados internacionales, se actualizada la colisión normativa y en ese caso, el juzgador deberá inaplicar la disposición interna; pero, para ello tendrá en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana, pues las sentencias emitidas por la Corte son vinculantes para las autoridades del país.

Ahí es cuando la controversia deberá ser resuelta bajo la aplicación del instrumento internacional en materia de derechos humanos, en su caso se debe hacer la correspondiente interpretación conforme y *pro persona*, si fuere necesario.

Ahora, cuando existe coincidencia normativa, entonces se debe preferir la disposición normativa doméstica, sin mayor razonamiento, dado que no se justifica la aplicación de los tratados internacionales.

Y por último, cuando la norma interna no se ubica en un plano de coincidencia ni colisión porque el derecho interno ordinario no regula el derecho humano, entonces lo que se debe hacer es aplicar directamente la norma del tratado internacional.

Por lo que sin duda existe una vinculación determinante entre lo que es el control difuso de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos y la guarda y custodia, por ello es que se apuesta a la realización de esta investigación, ya que sólo de esa manera se podrá saber si es conveniente el que se decida sobre una custodia compartida o un régimen de visitas y convivencias abierto y así eliminar dar vigencia al interés superior del menor.

h. Metodología general.

Esta publicación es eminentemente documental e histórica, ya que en un primer momento se aborda el tema de los antecedentes que dieron surgimiento a la reforma constitucional de junio de 2011, como lo fue el caso de Rosendo Radilla Pacheco y que la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligó a las autoridades del Estado Mexicano a realizar un control difuso de convencionalidad en materia de derechos humanos, esto con la finalidad de proteger de manera más amplia a las personas.

También es jurídica, pues se tuvo necesidad de saber el contenido de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derecho Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño, para vincularlos a temas de guarda y custodia, suplencia de la deficiencia de la queja e interés superior del menor y con ello tener como resultado la existencia de una colisión normativa entre lo que se regula en el Código Civil y lo que se indica en esos tratados, para concluir que los operadores jurídicos cuando deban de resolver controversias sobre guarda y custodia tendrán la obligación de efectuar un control difuso de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos.

México, D.F., a 25 de enero de 2017

Estimado **Alejandro Albarrán Salgado**,

Por medio de la presente, se hace constar que el artículo denominado "**Control difuso de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos: Nuevo paradigma constitucional**" de **Alejandro Albarrán Salgado**, ha sido aceptado para su participación en la obra colectiva: "**Problemas Contemporáneos del Derecho Público**", la cual está en proceso de publicación.

Se extiende la presente constancia para los fines que convenga al interesado, en la Ciudad de México, a los veinticinco días del mes de enero de dos mil diecisiete.
Sin otro particular, quedo a sus apreciables órdenes para cualquier aclaración.

Atentamente



Lic. Carlos Apartado
Coordinador de producción editorial

• www.coedicion.com
• www.fontamara.com.mx
✉ coedicion@fontamara.com.mx
☎ (0155) 6382.5506
☎ (04455) 1068.2926



36 AÑOS DIFUNDIENDO
EL PENSAMIENTO
ACADÉMICO EN MÉXICO

• @EditorFontamara
• /editorialfontamara

Av. Miguel Hidalgo No. 47 – B, Col. Del Carmen, Coyoacán, C.P. 04100, México, D.F.



GOBIERNO DEL
ESTADO DE MÉXICO

"2016. Año del Centenario de la Instalación del Congreso Constituyente"



GOBIERNO QUE TRABAJA Y LOGRA
enGRANDE

ESCUELA NORMAL NO. 3 DE TOLUCA

No. de oficio: 398-1-27/2016-17

Asunto: el que se indica

Toluca, México a 7 de noviembre de 2016

**M. en D. ALEJANDRO ALBARRÁN SALGADO
PRESENTE**

Por este medio, la dirección de la Escuela Normal Núm. 3 de Toluca, a través de la coordinación editorial, tiene a bien informarle que su trabajo **"REFORMA EDUCATIVA EN MÉXICO. SU IMPACTO EN LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN. UN ENFOQUE DESDE LOS DERECHOS HUMANOS"** ha sido dictaminado y aceptado favorablemente para ser publicado en el número 22 de la revista Temachtiani, con número de registro ISSN: 1870-6576. De igual forma aprovecho la ocasión para agradecerle su inapreciable participación.

Sin otro particular por el momento, le hago llegar mi consideración y estima personal.



ATENTAMENTE,

Sara Graciela Mejía Penaloza
**PROFRA. SARA GRACIELA MEJÍA PENALOZA
DIRECTORA**



SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
SUBSECRETARÍA DE EDUCACIÓN BÁSICA Y NORMA
DIRECCIÓN GENERAL DE EDUCACIÓN NORMAL Y DESARROLLO DOCENTE
SUBDIRECCIÓN DE EDUCACIÓN NORMA
ESCUELA NORMAL No. 3 DE TOLUCA

AV. JOSÉ MA. PINO SUÁREZ SUR No. 1100, COL. UNIVERSIDAD, TOLUCA ESTADO DE MÉXICO, C.P. 50130
TELS. (01 722) 2-12-24-16 Y 2-12-21-97
normal3toluca@hotmail.com

CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL

*Alejandro Albarrán Salgado*²

SUMARIO: 1. Consideraciones previas, 2. Antecedentes, 3. Consideraciones generales del control difuso de convencionalidad, 4. Obligación de acatar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5. Suplencia de la deficiencia de la queja e interés superior del menor, 6. Obligación de emitir sentencias definitivas aplicando el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, en beneficio de menores, 7. Conclusiones, 8. Fuentes consultadas.

1. Consideraciones previas.

El presente capítulo aborda el tema de control difuso de convencionalidad, como un nuevo paradigma en la impartición de justicia, lo anterior como resultado de la reforma constitucional del 2011 en la que el sistema jurídico mexicano adopta como nuevo medio de defensa el control de constitucionalidad y convencionalidad.

Se recuerda que este nuevo sistema se implementa en nuestro país a raíz del cumplimiento que México hace de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) en el caso Rosendo Radilla Pacheco vs México en 2009 y para ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación integra el expediente varios 912/2010, engrose que finalmente da origen a la mencionada reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011, lo que ahora se analiza, pues impone nuevas obligaciones a todas las autoridades del Estado Mexicano y principalmente a los impartidores de justicia.

² El autor es Doctor en Derecho por el Centro de Estudios de Posgrado en Derecho, Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México y Licenciado en Derecho por la misma Universidad.

La comentada reforma constitucional de 2011, se encaminó principalmente a que nuestro país colocará en el centro de su actuación la protección y garantía de los derechos humanos reconocidos no sólo en la propia Constitución sino también los contenidos en los tratados internacionales de los que México sea parte. Es por ello, que este tema impacta de manera sustantiva la labor de todas las autoridades del país, toda vez que su actuación ahora está condicionada tanto al respeto como a la protección de los derechos humanos siempre favoreciendo la protección más amplia a las personas.

Lo anterior pareciera que es sencillo; sin embargo, en la práctica resulta ser un cambio total del paradigma en la actuación de las autoridades, pues en primer lugar, ahora deben de estudiar, conocer, dominar y tener a la mano, todas las disposiciones legales, tratados, convenciones, declaraciones y pactos, que México haya firmado y ratificado, aclarando que se trata de ordenamientos legales internacionales que contengan derechos humanos aunque propiamente no sean en específico de esta materia, basta que dentro de su articulado establezcan o reconozcan algún derecho de esa naturaleza; posteriormente deberán realizar un estudio del caso en concreto para determinar cuáles son los derechos humanos que pueden verse afectados ello a fin de protegerlos; pero, siempre buscando el beneficio más amplio a las personas, lo que conlleva la aplicación del principio pro persona, que muchas veces puede verse en contraposición con los derechos de la parte contraria o con lo dispuesto por las leyes internas u ordinarias, he ahí donde surgen los conflictos de la aplicación.

Lo descrito implica, entre otras cuestiones, el replanteamiento de estructuras y categorías de pensamiento utilizadas tradicionalmente por los juristas, el abandonar posturas positivistas con las que quizá se actuó durante décadas, además se requiere desarrollar una profunda reflexión sobre el papel de impartición de justicia en un estado democrático y constitucional de derecho, ahora preponderantemente protector de derechos humanos, no sólo nacional sino también internacionalmente.

Esta problemática, así como las acciones que se han implementado a partir de la reforma constitucional, el camino que se tiene que seguir y los posibles errores que

se pueden cometer y se han cometido es lo que se analiza en el presente trabajo de investigación, que tiene como principal objetivo el brindar a los juristas y sobre todo a las autoridades jurisdiccionales encargadas de la impartición de justicia, una información más práctica y digerible de la forma en que ahora deberán actuar y resolver, de acuerdo a la obligación constitucional consagrada en el tercer párrafo del artículo primero constitucional.

2. Antecedentes.

El nuevo modelo constitucional consistente en el control difuso de convencionalidad tiene su origen en dos hechos determinantes; el primero de ellos es precisamente la mencionada reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en la que, entre otras cosas, se establece que los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México sea parte, adquieren protección y reconocimiento constitucional, por lo que cualquier norma relacionada con ellos se interpretará de conformidad con la propia Constitución y con dichos tratados, favoreciendo en todo tiempo a las personas en su protección más amplia.³

En el aspecto que interesa a este capítulo, el artículo 1º Constitucional incluyó que las personas gozarán no sólo de los derechos humanos que reconoce la Constitución, sino también de los que reconozcan los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, además, se estableció el principio *pro persona*, que implica que el derecho debe de interpretarse siempre de la manera que más favorezca a las personas. También se introdujo la interpretación conforme, que adecua el significado de una disposición de jerarquía menor, al significado que se le haya establecido en otras normas de rango superior o en un principio general del derecho. Conceptos importantes que los juristas y principalmente los jueces, requerirán tener muy claros, para hacer una

³ Artículo 1º Constitucional, segundo párrafo: “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”.

correcta interpretación y aplicación de la ley al momento de la impartición de justicia, pues habrá que recordar que el principio *pro homine*, precisamente es el principio rector de esa interpretación y esa aplicación, utilizado al momento de materializar las consecuencias de cualquier supuesto jurídico y lo que se busca es utilizar la que más favorezca al ser humano.

El segundo hecho que terminó la implementación de este control de convencionalidad y que dio origen a la reforma constitucional fue el caso Rosendo Radilla Pacheco, pues la Corte IDH, mediante la sentencia condenatoria que emitió en contra de México consideró probados los hechos de los que se le acusó por la desaparición forzada de dicha persona, condenándolo como responsable de las violaciones a los derechos de libertad, integridad personal, reconocimiento a la personalidad jurídica y a la vida de Rosendo Radilla.

Pues se recuerda brevemente lo sucedido en Atoyac de Álvarez, Guerrero, el 25 de agosto de 1974, cuando el ejército mexicano detuvo sin razón alguna a Rosendo Radilla Pacheco, bajo el argumento de que componía corridos para Lucio Cabañas, quien en las décadas de los años sesentas y setentas formó un grupo opositor al gobierno denominado partido de los pobres (PDLP).

Constituyéndose de esta forma el delito de lesa humanidad relativo a la desaparición forzada, situación que motivo a las hijas de Rosendo Radilla Pacheco, Andrea y Tita de apellidos Radilla Martínez para iniciar un arduo camino de exigir justicia, buscando un responsable y castigo por la desaparición de su padre, así como encontrarlo vivo o muerto. Por ello, en 1992 y 1999 denunciaron (ante los Tribunales Militares y la Procuraduría General de la República) su desaparición forzada, sin obtener justicia; pero, eso no freno su lucha, pues Tita Radilla Martínez lo intento de nuevo en el año 2000 y 2001 ante la PGR y por presiones políticas fue que se consignó al General Francisco Quiroz Herмосillo como probable responsable de la desaparición forzada, posteriormente atrajo dicho asunto la justicia militar,

quien sobreseyó la acción penal, pues el General había fallecido.⁴

Y seguía sin haber justicia y castigo a los responsables de la comisión del injusto, por ese motivo el 15 de noviembre de 2001, Tita Radilla Martínez en su carácter de vicepresidenta de la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México y la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos presentó una denuncia ante la Corte IDH en contra del Estado Mexicano por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco, alegando violación a derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, principalmente el derecho a la vida, (artículo 4), a la integridad personal (artículo 5), a la libertad personal (artículo 7), garantías judiciales (artículo 8) y protección judicial (artículo 25).

Así las cosas, la demanda fue admitida el 12 de octubre de 2005 y después de agotar las etapas procesales, el día 23 de noviembre de 2009, se emitió sentencia definitiva condenando a México como responsable de la violaciones a los derechos humanos denunciado, misma que se le notificó el día 9 de febrero de 2010.

La primer consecuencia de la sentencia de referencia fue el reconocimiento que hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación por medio de las diversas jurisprudencias que ha emitido sobre la obligatoriedad de las sentencias, jurisprudencias y criterios emitidos por la Corte IDH, generándose a su vez tres obligaciones concretas para el Poder Judicial: la primera es que los jueces de todas las instancias deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio*, es decir la implementación de un modelo de control difuso de constitucionalidad; la segunda es que dentro de los asuntos que se ventilen en los que participe un civil y un militar, por ningún motivo deberá ser conocido por la jurisdicción militar sino ser atendido por la jurisdicción ordinaria; y el tercero es que el Poder Judicial debe

⁴ Caso Rosendo Radilla Pacheco 1ª y 2ª parte, (2011), [en línea], disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=K-UBjN63sk>. <https://www.youtube.com/watch?v=qKgy4xU3u2k>.

implementar medidas administrativas eficientes para brindar capacitación a todo el personal jurisdiccional y jurídico a fin de que se conozca y respete el sistema interamericano de protección a los derechos humanos.

Comprendido así el origen del control de convencionalidad, se tienen claros los objetivos y la finalidad de este sistema, por lo que, si bien, de acuerdo al precepto constitucional, todas las autoridades, en el ámbito de su competencia, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, por antonomasia las autoridades jurisdiccionales son las primeras responsables y encargadas de esta labor, pues su actuación diaria es la interpretación y aplicación de la ley y es precisamente en el ambiente jurisdiccional donde existen mayores violaciones a los derechos humanos, por lo que esta investigación se centrara únicamente a la labor jurisdiccional de impartición de justicia ejerciendo un control difuso de convencionalidad, haciendo un enfoque en lo que se considera aún más peligroso, la protección de los derechos humanos de los menores.

3. Consideraciones generales del control difuso de convencionalidad.

Como ya se ha mencionado, el control de convencionalidad en México cobra vigencia a partir de la reforma constitucional del 2011 que se dio producto de la resolución que México recibió en contra por el caso de Rosendo Radilla Pacheco.

El control de convencionalidad es el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos principalmente, pues es este el tratado que México tiene suscrito en materia de derechos humanos, recordando que no es el único, pues también se cuenta con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y sus pactos derivados, así como muchos otros convenios universales e interamericanos de los que México forma parte.

Por ello, se puede decir que el control de convencionalidad es la revisión que

debe hacerse para constatar que la conducta de las autoridades está de acuerdo con el tratado internacional y demás disposiciones aplicables en el caso en cuestión. Algunos autores consideran que el control de convencionalidad implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos, expresados en tratados o convenciones e interpretado, en su caso, por los órganos supranacionales que poseen esta atribución. Equivale, en su propio ámbito, al control de constitucionalidad que ejercen los tribunales de esta especialidad (o bien, todos los tribunales en supuestos de control difuso) cuando aprecian un acto desde la perspectiva de su conformidad o incompatibilidad con las normas constitucionales internas.⁵

Entendido así que el control de convencionalidad es el instrumento mediante el cual las autoridades analizarán si las normas y los propios actos de diversas autoridades están conforme o respetan las normas relativas a derechos humanos contenidas en tratados internacionales, convenciones o pactos que México haya suscrito; pero, ahora se verá quién puede hacer valer este instrumento de defensa.

El control de convencionalidad puede ser ejercido por el órgano especializado para analizar las cuestiones de constitucionalidad, lo cual se denomina como control **concentrado**, pues la facultad revisora se concentra en una sola autoridad, como fue, para México, antes de la reforma constitucional, al ser una facultad concedida únicamente para la Corte IDH, quién realizaba este control cuando verifica de forma subsidiaria que las disposiciones internas, las conductas y los actos de los Estados parte de la Convención Americana sean acordes y no violenten su contenido. La Corte Interamericana aplica el control de convencionalidad cuando en sus veredictos descarta normas locales, incluso constitucionales, contrarias a lo contenido en la Convención.

Así mismo, existe el control de convencionalidad **difuso**, el cual entro en

⁵ García Ramírez y Morales Sánchez, (2011). La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011). México: Porrúa y UNAM.

vigencia en México a partir de la multicitada reforma del 2011, siendo éste en el que todas las autoridades sin necesidad de tener un nombramiento expreso que las faculte pueden realizar el control de convencionalidad, es a lo que también se le llama una atribución *ex officio*, es decir fuera de su propia facultad expresamente concedida, pues por mandato constitucional pueden hacerlo, convirtiéndose así en una actividad cotidiana en las labores jurisdiccionales.

Es de relevancia precisar que el concepto de control de convencionalidad aparece en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* y desarrollado posteriormente, precisando como marco específico del rol de los jueces y juezas, se describe de esta manera:⁶

El control difuso es la facultad, que nace a partir los señalamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la reforma constitucional en derechos humanos y la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la cual se desaplicó el criterio jurisprudencial mediante el cual se prohibía la aplicación del control difuso que tienen todos los jueces para observar el bloque de constitucionalidad y en consecuencia poder inaplicar normas inconstitucionales para el caso concreto sin hacer una declaración de invalidez. Están incluidos los jueces del fuero común, los jueces federales, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la

⁶ Este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. *CIDH*, (2009). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123. *Revista Estudios Constitucionales* Vol. 7, 2009 (2), pp. 109-128.

Federación a través de sus medios de impugnación y también la Suprema Corte.

Esta práctica constitucional implica que las autoridades deberán tener mayor énfasis y cuidado en su deber de fundamentación y motivación, protegiendo siempre el principio de certeza jurídica que implica tener congruencia en la argumentación facilitando la comprensión de las determinaciones, circunstancias que lamentablemente no han sido como se esperaban o más bien como se idealizaron.

Así las cosas, resulta pertinente compartir el método para la práctica de control difuso de convencionalidad que describe Luis Miguel Cano, establecido principalmente en cinco etapas: La primera es identificar la existencia de derechos humanos, es decir, los juzgadores deben advertir los derechos que se encuentren involucrados en el litigio, pues si no se advierte la presencia de estos derechos no se va encontrar justificación para el ejercicio del control de convencionalidad. Posteriormente, se deberá identificar el problema de contraste normativo, es decir analizar la legislación ordinaria aplicable al caso en concreto y si su decisión se fundamentará únicamente en dicha legislación o tomará en consideración otras quizá no especiales de la materia, siempre que tenga cierta aplicación.

En tercer lugar, se tendrá que hacer lo mismo que en el segundo paso; pero, ahora viendo la legislación internacional, es decir, advirtiendo que tipo de tratado pudiera ser aplicable al caso en beneficio de las partes. Finalmente se concretará al caso y se decidirá la legislación local o internacional aplicable en protección de los derechos humanos que se estimó existentes, decidiendo cuál legislación le trae mayor beneficio, debiendo justificar con la debida argumentación la decisión de cuál legislación será aplicable, atendiendo de manera crítica la interpretación que se le dé.

Derivado del anterior estudio, si resulta que el ordenamiento jurídico más favorable para la persona es el interno, pues obviamente el caso se resolverá sustentado en dicho marco normativo, concluyendo aquí el ejercicio del control difuso de convencionalidad; pero, si por el contrario, el ordenamiento más favorable para la

protección de las personas es el de fuente internacional entonces se le deberá dar preferencia normativa al marco legal más garantista, sin invalidar el que no lo sea, sólo dejándolo de aplicar para dicho caso en particular.⁷

Es así que el principal reto al que se enfrentan las autoridades jurisdiccionales es el deber de contrastar la legislación interna con la internacional y decidir de forma correcta cuál de ellas aplicar y cuál no, pese a que se trate de una norma de cualquier nivel jerárquico, pues lo principal es abrir la justicia y proteger el bien humano de toda persona.

4. Obligación de acatar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cuando se habla de bloque de constitucionalidad o del parámetro de control de convencionalidad, debe ponerse especial atención a la obligación de los jueces nacionales de acatar la jurisprudencia de la Corte IDH, ya que dada su naturaleza garantista, supone la mayor protección de los derechos humanos.

Así, es de precisar que posterior a la reforma constitucional, los tribunales Federales de México, mediante la emisión de tesis aisladas, establecieron que a su vez la jurisprudencia de la Corte Interamericana sólo resultaban vinculante en los casos en que el Estado Mexicano haya sido parte, criterio que posteriormente fue superado en la contradicción de tesis **293/2011**, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁸ el 3 de septiembre de 2013, donde se determinó que

⁷ Cano, Luis Miguel, (2013) “Un futuro incierto para la práctica del control difuso de convencionalidad” en García, P. (coord.), *El control de convencionalidad y las cortes nacionales*, México, Porrúa.

⁸ Época: Décima. Registro: 2006224. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 20/2014 (10a.). Página: 202.

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN

toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana resulta obligatoria para los juzgadores, siempre que resulte más favorable a la persona.

Ahora, en el sistema jurídico mexicano, el concepto de jurisprudencia puede variar de un autor a otro, por ejemplo Arellano García precisa que es “la fuente formal del Derecho que origina normas jurídicas generales, abstractas, imperativas e impersonales del sentido interpretativo o integrador que se contiene en decisiones jurisdiccionales precedentes”.⁹

A su vez, Burgoa señala que: “La jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señale la ley”.¹⁰

EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

⁹ Arellano García, Carlos, (2001) *El juicio de amparo*, 7ª. Ed., México, Porrúa.

¹⁰ Burgoa, Ignacio, (2001) *El juicio de Amparo*, 11ª. Ed., México, Porrúa.

Así, en México se puede considerar a la jurisprudencia como la interpretación constitucional y legal que crean los órganos jurisdiccionales facultados al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento para fijar el correcto sentido y alcance de una norma, con fuerza obligatoria; sin embargo, cuando se habla de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se alude a los criterios sustentados por este Tribunal, tanto en sus resoluciones como en la parte considerativa de sus sentencias, sin que trascienda su reiteración o no.

Así, desde el primer precedente del control difuso de convencionalidad emitido en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* y posteriormente en *Caso Rosendo Radilla vs. México*, la Corte se ha pronunciado sobre la obligatoriedad de los criterios jurisprudenciales de sus resoluciones, ello como última interprete de la Convención Americana. Sin embargo, es en el caso *Gelman vs. Uruguay* donde se expone con mayor claridad lo vinculante de los criterios de interpretación, con independencia a que los Estados hayan sido parte o no de la contienda en que fueron determinados, siendo de importancia a este trabajo la transcripción de su contenido: ¹¹

¹¹ 67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia.

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación,

De lo anterior, se puede precisar que el fundamento de la obligatoriedad de la jurisprudencia se sustenta sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Estatuto de la Corte Interamericana, pues de ellas se advierte el compromiso de los Estados parte de cumplir de buena fe las resoluciones de la Corte; en tanto que cuando los Estados no son parte dentro de la contienda, aún así, resultan vinculantes los criterios y ello obedece a que suscribieron la Convención y por tanto, todas las autoridades están obligadas no sólo por el Tratado, sino por los precedentes y lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana, amén del deber incuestionable de respetar y garantizar los derechos humanos.

Por ello, que el campo normativo internacional que debe conocer el juez nacional es bastante amplio y todo debe dominarlo y tenerlo a su alcance al momento de resolver y más aún cuando se ejerza un control de convencionalidad difuso, por ello sin duda la tarea jurisdiccional no es fácil; pero, se debe de asumir e implementar de la mejor manera posible, estudiando y capacitándose constantemente.

5. Suplencia de la deficiencia de la queja e interés superior del menor.

Entendido lo qué es, lo que implica y lo que debe de hacerse con la obligación de ejercer control difuso de convencionalidad, ahora se analizan dichos beneficios en un tema en particular, en el cual se centra el presente trabajo de investigación que es

juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

72. De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad. Sentencia CIDH caso Gelman vs Uruguay, 2011: 23-25.

precisamente en donde muchas veces se cometen la mayor cantidad de violaciones a los derechos humanos, los menores.

Es importante recordar que nuestra legislación local ya se ha actualizado en este tema, pues ha insertado en el Código de Procedimientos Civiles, dos conceptos importantes; el primero es el contenido en el artículo 5.8 referente a la suplencia de la queja, la cual anteriormente se daba únicamente en materia penal (hablando sólo del Estado de México, no de cuestiones federales); pero, a raíz precisamente de tantas violaciones a la esfera de los menores que muchas veces se ven desprotegidos en un litigio de adultos, es por lo que se insertó esta figura, cuyo objetivo es salvaguardar sus derechos sin importar que no fueron como tal motivo de la controversia o no se hicieron valer en la vía y forma legal que corresponda y de alguna manera se pueden ver afectados con la resolución.

Con relación a ello, Gómez Lara establece que: “la suplencia de la queja entraña la posibilidad de que el juez pueda traer al proceso las argumentaciones no aducidas por una parte torpe o débil, lo que implica contrariar el principio de sentenciar según lo planteado, pedido, probado y alegado por las partes, en verdad el juez puede incluir en el proceso consideraciones no aducidas”.¹²

La suplencia de la deficiencia de la queja es una institución jurídica de carácter procesal y su función es compensar el desequilibrio que existe entre los sujetos de un proceso debido a sus características personales, en especial atendiendo a su vulnerabilidad o bien porque existen situaciones objetivas que deben atenderse aunque no se hagan valer, como lo es la presencia de menores de edad o adultos mayores.

A decir de Ortega Castro existen cuatro niveles de suplencia de la queja, dos en un plano argumentativo, uno en el plano probatorio y el último implica alteración de la litis.

¹² Gómez Lara, Cipriano, (1976) *Teoría general del proceso*, México, editorial textos universitarios.

El primer nivel se refiere a la obligación del juzgado de suplir, subsanar o completar argumentaciones deficientes, esto es, se aducen razones; pero, éstas son incompletas y es necesario perfeccionarlas, por ello la suplencia se dirige a completar las alegaciones. El segundo nivel alude a la obligación de, ante la ausencia total de argumentaciones, crear el razonamiento correspondiente al momento de estudiar oficiosamente el asunto.

El tercer nivel se refiere a la carga procesal de probar, pues establece la obligación del juez de, ante la omisión de aportar pruebas que son necesarias para dilucidar la controversia, se ordene reponer el proceso para recabar oficiosamente los medios probatorios que se estimen necesarios. El cuarto nivel, además de comprender los niveles anteriores, contempla la excepcional posibilidad de mutar la litis, desatendiendo la original causa de pedir e incorporando una nueva y distinta que a consideración del juez es la que conviene mejor a los derechos del sujeto procesal a favor de quien se suple la deficiencia, aquí se pueden incorporar pretensiones y hechos no narrados en los escritos que fijan la litis.¹³

Con relación a este concepto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversas jurisprudencias al respecto; pero, resulta importante y aplicable en particular a la situación de menores la que se indica al pie.¹⁴

¹³ Ortega Castro, Juan Carlos., (2011) "Los alcances de la suplencia de la queja en materia familiar en la legislación mexicana" en *Ex Legibus*, número 1, abril-octubre pp. 171 - 176.

¹⁴ **MENORES DE EDAD O INCAPACES. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, EN TODA SU AMPLITUD, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE.** La suplencia de la queja es una institución cuya observancia deben respetar los Jueces y Magistrados Federales; suplencia que debe ser total, es decir, no se limita a una sola instancia, ni a conceptos de violación y agravios, pues el alcance de la misma comprende desde el escrito inicial de demanda de garantías, hasta el periodo de ejecución de la sentencia en caso de concederse el amparo. Dicha suplencia opera invariablemente cuando esté de por medio, directa o indirectamente, la afectación de la esfera jurídica de un menor de edad o de un incapaz, sin que para ello sea determinante la naturaleza de los derechos familiares que estén en controversia o el carácter de quien o quiénes promuevan el juicio de amparo o, en su caso, el recurso de revisión, ello atendiendo a la circunstancia de que el interés jurídico en las controversias susceptibles de afectar a la familia y en especial a menores e incapaces, no corresponde

El segundo concepto importante en la materia que se analiza y sin duda trascendental para el control difuso de convencionalidad es el contenido en el diverso artículo 5.16 de la ley procesal de la materia vigente en nuestro Estado referente al interés superior del menor, el cual también se reconoce e inserta en nuestra Constitución Federal en el artículo 4º, que en esencia establece:

*[...]En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez [...].*¹⁵

Es así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el interés superior del niño es un principio de rango constitucional implícito en la regulación de los derechos de las personas menores de dieciocho años previstos en el artículo 4º Constitucional, pues se reconoce expresamente que uno de los objetivos del órgano reformador era adecuar el marco normativo interno a los compromisos internacionales contraídos por nuestro país materia de protección de

exclusivamente a los padres, sino a la sociedad, quien tiene interés en que la situación de los hijos quede definida para asegurar la protección del interés superior del menor de edad o del incapaz. Se afirma lo anterior, considerando la teleología de las normas referidas a la suplencia de la queja, a los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como a los compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano, que buscan proteger en toda su amplitud los intereses de menores de edad e incapaces, aplicando siempre en su beneficio la suplencia de la deficiencia de la queja, la que debe operar desde la demanda (el escrito) hasta la ejecución de sentencia, incluyendo omisiones en la demanda, insuficiencia de conceptos de violación y de agravios, recabación oficiosa de pruebas, esto es, en todos los actos que integran el desarrollo del juicio, para con ello lograr el bienestar del menor de edad o del incapaz (SJF y su Gaceta, 2006: 167).

¹⁵ *Diario Oficial de la Federación (2011) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México.*

los derechos de los menores.¹⁶

También nuestro máximo órgano jurisdiccional, ha indicado que el interés superior del niño, es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un menor en un caso concreto o que pueda afectar sus intereses. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma, tome en cuenta los deberes de protección del niño y sus derechos especiales previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez, tal y como se observa de la jurisprudencia al pie.¹⁷

Con el objeto de garantizar a los menores la tutela y el respeto de los derechos reconocidos en la Constitución a nivel nacional existe la ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, a nivel federal como local, esta protección tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y

¹⁶ **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL.** De acuerdo a una interpretación teleológica, el interés superior del niño es principio de rango constitucional, toda vez que en el dictamen de la reforma constitucional que dio lugar al actual texto del artículo 4o., se reconoce expresamente que uno de los objetivos del órgano reformador de la Constitución era adecuar el marco normativo interno a los compromisos internacionales contraídos por nuestro país en materia de protección de los derechos del niño. En este sentido, el interés superior del niño es uno de los principios rectores más importantes del marco internacional de los derechos del niño. En el ámbito interno, el legislador ordinario también ha entendido que el interés superior es un principio que está implícito en la regulación constitucional de los derechos del niño, ya que es reconocido expresamente en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes como un principio rector de los derechos del niño (SJF y su Gaceta, 2011: 310).

¹⁷ **INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.** En términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño (SJF y su Gaceta, 2012: 334).

moralmente en condiciones de igualdad.

Como resultado de lo anterior, ahora se sabe que de acuerdo al control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos todos los jueces tienen la facultad de inaplicar normas contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales y más aún cuando se afecten derechos de menores.

De los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano, la convención sobre los derechos del niño es el instrumento específico más relevante en el que se plantea un conjunto de disposiciones generales relativas a las personas menores de dieciocho años, entre ellas algunas relacionadas con la justicia que se les deberá impartir, así como las obligaciones especiales que los estados contraen respecto de la infancia.

Por otra parte, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos es el principal instrumento de carácter vinculante de dicho sistema, alude en su artículo 19 a los derechos de la infancia, señalando que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que en su condición de menor requiere por parte de la familia, de la sociedad y del estado.

6. Obligación de emitir sentencias definitivas aplicando el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, en beneficio de menores.

Para saber cómo se emite una sentencia definitiva aplicando el control de convencionalidad, que como ya quedo establecido en líneas precedentes, es obligatorio para todos los jueces sin importar el fuero ni la materia de la controversia, identificar el supuesto de contradicción normativa y establecer los efectos de la aplicación de ese control, para ello se pueden presentar tres escenarios, a saber:

- a). La existencia de una colisión normativa.
- b). La existencia de una coincidencia.
- c). Que no haya colisión, ni coincidencia, porque sólo se prevé en la Constitución o en un tratado internacional; pero, no en el sistema interno.

Se establece que un precepto es contradictorio cuando permite lo que otro diverso prohíbe o a la inversa y recíprocamente se destruyen, ya sea total o parcialmente, en este caso se da la colisión normativa. Se actualiza una coincidencia cuando ambas normas protegen el derecho humano, es decir existe compatibilidad normativa y puede darse el caso de que no exista coincidencia, ni colisión, porque en la norma interna no se prevea el derecho humano reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en el tratado internacional, es decir, la norma de derecho interno simplemente no lo prevé.

Se ahonda en la colisión normativa, la cual existe cuando entre lo que establece por un lado, la Carta Magna y los tratados internacionales y el Código Civil vigente para el Estado de México, son incompatibles, por ello su principal efecto es el que se deberá de inaplicar la disposición que más perjudique a la persona, persistiendo la que traiga mayor beneficio, siguiendo el postulado constitucional establecido en el párrafo segundo del artículo primero referente al principio *pro persona*, interés superior del menor y siguiendo los pasos de aplicación en el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, indicados en párrafos anteriores.

Para ejercer ese control, en principio, debe definirse cuál es la norma internacional que prevé el derecho humano a salvaguardar y cuáles son las que se contienen en el derecho local. En materia de menores ya se mencionó el contenido del artículo 4° Constitucional, siendo esto lo que el derecho local prevé, en cambio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referentes a los derechos del niño en su artículo 19 indica que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

La Declaración de los Derechos del Niño establece que el infante, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, además que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle, para que logre una infancia feliz; e insta a los padres y autoridades que reconozcan esos derechos y luchan por su observancia, con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente y por eso se establecen algunos principios.

Así mismo en la Convención sobre los Derechos del Niño, se indica que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Su gama de artículos es basta como para que se vea sufrir a un niño y entre los que colisionan con la legislación local, están los indicados al pie de página.¹⁸

¹⁸ Artículo 3. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Artículo 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 9. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño [...].

De la interpretación integral de los preceptos antes indicados se puede advertir con meridiana claridad que en ningún momento se establecen reglas específicas relacionadas con la guarda y custodia (como si lo realiza el derecho interno a través del Código Civil del Estado de México), sino más bien indican que los menores no deben ser separados de sus padres, siempre y cuando el estar a su lado implique un perjuicio latente a su integridad física, que el niño para su perfecto desarrollo necesita amor y comprensión, cuando sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, que el interés superior del niño debe ser el principio rector de interpretación y aplicación de la ley y en caso de que los menores sean separados de los progenitores, entonces se mantendrán relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular.

Las normas supranacionales en comento son de carácter imperativo, porque nunca hablan de que la guarda y custodia provisional o definitiva en caso de separación de los padres, sólo sea otorgada a uno de ellos, pues contienen directamente un derecho a favor de los menores que consiste en que nunca deben ser separados de sus padres, salvo que sea perjudicial para su integridad física o moral. La norma protectora del derecho humano es ejecutable por sí misma, ya que se encuentra dentro de una vocación de incorporación inmediata y su aplicación en pro de los menores no puede estar condicionada a regulación legislativa o desarrollo mediante leyes reglamentarias, lo que permite su aplicación directa.

Por lo anterior, el derecho interno contiene disposiciones que colisionan con el supranacional visibles en el Código Civil, entre las que se encuentran las siguientes:

La patria potestad en caso de separación de la pareja que la ejerce.

Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (Convención Internacional sobre los Derechos de los niños, 1989).

Artículo 4.205. *En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, la o el Juez resolverá, quedando preferentemente al cuidado de la madre y atendiendo al interés superior de las niñas, niños y adolescentes.*

Quien no tenga la custodia le asiste el derecho de visita.

Guarda y custodia en la patria potestad.

Artículo 4.228. *Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones:*

I. Los que ejerzan la patria potestad convendrán quién de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor;

II. Si no llegan a algún acuerdo, el Juez atendiendo a los elementos de prueba que obren en el sumario, con base en el resultado de las pruebas periciales en materia de psicología familiar que oficiosamente habrán de practicárseles y habiendo escuchado a la niña, niño o adolescente determinará:

a) *El otorgamiento de la guarda y custodia de menores de doce años quedará preferentemente al cuidado de la madre y atendiendo al interés superior de las niñas, niños y adolescentes.*

b) *Derogado.*

c) *Los mayores de doce años elegirán cuál de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá.*

*En la resolución que ordene cuál de los padres ejercerá la guarda y custodia, se sujetará al interés superior del menor, velando en todo momento por la integridad física y mental de los hijos, atendiendo las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y a salvaguardar el sano desarrollo de los menores. En todo caso, deberá practicarse la pericial en psicología familiar a las parejas de los padres, con el fin de verificar la seguridad del menor de la guarda, custodia y aún de la convivencia.*¹⁹

Estos preceptos legales contienen una serie de condiciones y reglas para determinar a quién se le concede la guarda y custodia, tomando como base la edad

¹⁹ LEGISTEL. Gobierno del Estado de México, Código Civil para el Estado de México, página electrónica, consultada durante la elaboración del trabajo. <http://www.edomex.gob.mx>.

del menor, primero da la posibilidad de que los progenitores convengan al respecto y si no es posible, se le da preferencia a la madre y al final la decisión la tiene la autoridad, aquí es importante indicar que la participación de los infantes es de vital importancia, siempre y cuando cuenten con la edad suficiente para expresar sus necesidades, preocupaciones e inquietudes. Y aquí surge un cuestionamiento ¿Por qué decidir de esa manera lo relativo a la guarda y custodia, además el régimen de visitas y convivencias, es más por qué preferir a la madre, si los menores realmente están protegidos por tratados internacionales?

Se recuerda que los menores no son objeto, botín o instrumento que sirva para dañarse entre progenitores y es aquí en donde realmente entra la función del juzgador para ejercer eficazmente un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos. Ya se había avanzado mucho en el tema, pues anteriormente el Código Civil establecía que lo referente a la guarda y custodia no estaría sustentada en perjuicios de género, es decir daba igualdad al hombre y a la mujer y sólo se debía atender al interés superior del menor; pero, a raíz de la reforma del 14 de marzo de 2016, se vulnera otra vez el interés de los infantes menores de doce años, que sin ser escuchados de manera preferente estarán con la madre, es más se contrapone rotundamente a una jurisprudencia que se indica al pie.²⁰

²⁰ **GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR [INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO].** Como ya lo ha establecido esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad absoluta que juegue a favor de alguno de los progenitores pues, en principio, tanto el padre como la madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a los hijos. Así las cosas, el intérprete, al momento de aplicar el inciso a), de la fracción II, del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, que dispone que si no se llega a ningún acuerdo respecto a la guarda y custodia, "los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor", deberá atender, en todo momento, al interés superior del menor. Lo anterior significa que la decisión judicial al respecto no sólo deberá atender a aquel escenario que resulte menos perjudicial para el menor, sino, por el contrario, deberá buscar una solución estable, justa y equitativa que resulte lo más benéfica para éste. La dificultad estriba en determinar y delimitar el contenido del interés superior del menor, ya que no puede ser establecido con carácter general y de forma abstracta; la dinámica de las relaciones familiares es extraordinariamente compleja y variada y es dicha dinámica, así como las consecuencias y efectos que la ruptura haya ocasionado en los integrantes de la familia, la que determinará cuál es el sistema

Ahora, de una comparación entre lo estipulado en los tratados internacionales y el Código Civil del Estado de México, se obtiene que los primeros entre otras cosas indican que los menores tienen derecho a todas las medidas de protección para su pleno y armonioso desarrollo, necesitan amor y comprensión y que siempre que sea posible deberán crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, es decir, no deben ser separados contra su voluntad, salvo que exista peligro grave a su integridad física o mental y generado por alguno de los padres; pero, aún si están separados, se respetará el derecho del menor a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular.

Por otro lado, la norma interna da una serie de reglas relativas a la guarda y custodia y la primera se la concede a los progenitores para que convengan quién se hará cargo de los menores (regularmente nunca se ponen de acuerdo; pero, sólo por fastidiarse, no velan o se sacrifican por el interés superior de sus hijos), quien no la detente, tiene el derecho de visita, que será decidida por el juez atendiendo a los elementos que obren en el expediente y al resultado de la prueba pericial en materia de psicología familiar y nuevamente se dan otras reglas, a saber: en el Código Civil vigente se establece que los menores de doce años de manera preferente deberán estar al cuidado de la madre, situación que flagrantemente atenta contra el derecho de igualdad de género y esa situación tarde que temprano incidirá directamente en la vida de los menores.

Diferente es para los mayores de doce años, ya que sí pueden elegir cuál de sus padres de hace cargo de ellos, si no lo hacen el juez decide, quien deberá tomar como parámetro el interés superior, circunstancias que los afecten, como alguna alineación parental, amenazas o coacción, situaciones que valdría la pena analizar si

de custodia más beneficioso para los menores. Así las cosas, el juez habrá de valorar las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, lo cual se puede dar con ambos progenitores o con uno solo de ellos, ya sea la madre o el padre. En conclusión, la tutela del interés preferente de los hijos exige, siempre y en cualquier caso, que se otorgue la guarda y custodia en aquella forma (exclusiva o compartida, a favor del padre o de la madre), que se revele como la más benéfica para el menor. (SJF y su Gaceta, 2014: 217).

no es atentatoria de los derechos humanos del menor, máxime que se obliga a la autoridad a escuchar a los menores, situación que muchas veces puede traer mayor perjuicio, por lo que representa para ellos presentarse y ser interrogados por una autoridad judicial.

Por último, esa disposición establece que la determinación que se tome con relación a la guarda y custodia, ya provisional, ya definitiva, tendrá que sujetarse al interés superior del menor, protegiendo siempre su integridad física y mental, atendiendo a circunstancias de la litis a resolver, salvaguardando su sano desarrollo, incluso (aquí algo muy importante, que nunca se hacía) practicar la pericial psicológica familiar a las parejas de los padres y con ello tener más elementos al momento de resolver la controversia, con la aparición de ese último párrafo se pretende adecuar la norma interna a lo que se indica en el artículo 4° Constitucional.

De esta manera, se permite advertir la existencia de una contradicción normativa, porque por un lado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño, tienen como máxima que a los niños nunca se les separe de sus padres contra su voluntad, sólo y cuando estar a su lado implique un perjuicio latente a su integridad física o moral, además siempre que sea posible deberán crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y si no mantendrán relaciones personales y contacto directo con ambos de manera regular.

Lo que se traduce en que los tratados internacionales protegen enormemente a los menores, mientras las normas de derecho interno examinadas no lo hacen al imponer reglas sobre la forma en que se debe decidir lo relativo a la guarda y custodia, lo que indica que nunca se piensa en que los menores tienen el derecho a que exista contacto con ambos progenitores y que para éstos es una responsabilidad con la que deben cumplir u obligarlos al estar al lado de la madre por el sólo hecho de tener menos de doce años.

Ante la materialización de la contradicción normativa, porque las normas domésticas se contraponen al reconocimiento de los derechos de los infantes que deriva de los tratados antes indicados, el juzgador al resolver una controversia del estado civil de las personas y del derecho familiar, referente a la guarda y custodia deberá inaplicar las disposiciones internas para hacer efectivo el control de convencionalidad *ex officio*. De esta forma, esos asuntos deberán ser resueltos bajo la observación de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos para inaplicar las normas del Código Civil que los colisionan.

En esa virtud y al ejercer un control de convencionalidad, que implica una compatibilidad y armonía entre las normas internas (Código Civil del Estado de México) y las supranacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño) con base en una interpretación extensiva que beneficie siempre a los menores, se colige que el imponer reglas relativas a la guarda y custodia en la patria potestad, resultan perjudiciales y afectan el interés superior del menor, contrarias a derecho, en específico a los tratados antes indicados.

En ese contexto jurídico, se concluye que la forma más adecuada para determinar lo relativo a la guarda y custodia cuando los padres estén separados, pueda ser de dos maneras, a saber: la primera, determinar una guarda y custodia compartida cuando los lugares de residencia de los padres sea cercana y no provoque incomodidad o molestia a los menores, pues se recuerda que es una obligación y responsabilidad de los padres estar al cuidado, educación y crecimiento integral de sus hijos para poder afrontar los retos que presenta la comunidad social del siglo XXI y segunda, un régimen de visitas y convivencias abierto (cuando los padres no vivan cerca el uno del otro), que asegure el hecho de que el niño siempre va a tener presente la figura del progenitor con el que no viva, con la simple comunicación de los padres para que esa convivencia suceda de manera armoniosa y siempre en aras del interés superior del menor quien no tiene culpa alguna de los altercados suscitados entre sus progenitores.

Lo que implica que ahora sean los padres los que se sacrifiquen por el bienestar de los hijos y sean aquellos los que resientan las incomodidades del conflicto que crearon por sus indiferencias e incompatibilidades y no los menores, pues ellos quisieran que nunca se separaran; pero, muchas veces eso es imposible y entonces es cuando la autoridad debe efectuar un verdadero análisis y estudio del caso para que en la medida de lo posible no se alejen del progenitor al que no se le concede la guarda y custodia y recordando siempre que la responsabilidad de la educación y orientación de los menores incumbe en primer lugar a los padres y por eso una determinación adecuada lo sería la guarda y custodia compartida o el régimen de visitas y convivencias abierto; pero, siempre en el entendido de que primero se debe pensar y actuar en favor del menor y ya no más en los mayores y de esa manera se hará efectivo el verdadero principio pro infancia.

7. Conclusiones.

El control difuso de convencionalidad es una nueva herramienta para la impartición de justicia, reconocida en México a partir de la reforma al párrafo segundo del artículo 1° Constitucional, en la que se impone como obligación a todas las autoridades, sin importar su competencia, ni materia, que velen por la protección de los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, ello bajo dos principios rectores: la interpretación conforme y el principio pro persona.

El control de convencionalidad difuso, surgió en México a partir de la sentencia condenatoria que recibió el Estado por parte de la Corte IDH en el caso Rosendo Radilla Pacheco, por diversas violaciones cometidas en contra de los derechos humanos de ésta persona, principalmente por su desaparición forzada. Sentencia que en vía de cumplimiento origino el expediente varios 912/2010 analizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, órgano que hasta la fecha sigue emitiendo criterios jurisprudenciales tratando de aclarar y hacer más fácil el entendimiento y aplicación del control difuso de convencionalidad.

El control difuso de convencionalidad implica que todas las autoridades, ya federales o locales, en materia civil, familiar, penal, laboral, administrativa y agraria, deberán ejercer control de convencionalidad, siendo esta una obligación *ex officio*, al ser un mandato constitucional, fundamentando y motivando de manera clara sus resoluciones, por ello tendrán que conocer no sólo las leyes internas, si no también todos los tratados internacionales que México ha suscrito e incluso conocer la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, por lo que resulta imprescindible la actualización y estudio constante de las autoridades.

La jurisprudencia de la Corte IDH resulta vinculante para México aunque no sea parte del litigio en el cual se emitió, lo anterior ya es reconocido por nuestro propio máximo tribunal, en consecuencia, el arsenal normativo que debe tomar en

cuenta no sólo un juzgador si no cualquier autoridad es más amplio, siendo urgente y necesario su conocimiento pues de lo contrario se pueden seguir cometiendo violaciones a los derechos humanos y México puede ser condenado nuevamente por la Corte Interamericana al no dar debido cumplimiento a la protección que se ordenó.

Ahora existen dos importantes tópicos en el Código Adjetivo Civil del Estado de México, que lo son la suplencia de la deficiencia de la queja y el interés superior, con ellos el juzgador puede proteger mejor a los menores, incapaces o adultos mayores, por su simple condición de vulnerabilidad, advirtiendo, ordenando, cuidando e indagando un poco más de lo que hayan solicitado las partes siempre y cuando se encuentren en peligro derechos de estas personas, siendo así más efectivo el control difuso de convencionalidad.

Como ya se mencionó, el control difuso de convencionalidad se convirtió en una obligación para todos los juzgadores y aunque hasta el momento no se hable de mayor responsabilidad que la propia de un juzgador ante la inaplicación de este control, resulta sumamente importante ponerlo en práctica y más aún cuando existen personas en el litigio en condiciones vulnerables, como mucho tiempo se dio, la mayor protección para los presuntos culpables en materia penal, ahora en materia familiar, se debe poner especial atención y cuidado en los menores, siempre velando porque una ruptura familiar sea lo menos traumática y cause el menor daño posible a seres tan indefensos, lo cual se encuentra por demás protegido a nivel internacional, por lo que resulta indispensable que el juez familiar conozca de todos los ordenamientos jurídicos internacionales que puedan ser aplicables al momento de resolver cualquier controversia del estado civil de las personas y del derecho familiar, con la obligación de ejercer control difuso de convencionalidad.

8. Fuentes consultadas.

Bibliográficas

Arellano, C., (2001) *El juicio de amparo*, 7ª. Ed., México, Porrúa.

Burgoa, I., (2001) *El juicio de Amparo*, 11ª. Ed., México, Porrúa.

Cano, L., (2013) “Un futuro incierto para la práctica del control difuso de convencionalidad” en García, P. (coord.), *El control de convencionalidad y las cortes nacionales*, México, Porrúa.

Góngora, M., (2007) *El bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad*. Argentina, Centro de Derechos Humanos de Nuremberg.

García Ramírez y Morales Sánchez, (2011). La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011). México: Porrúa y UNAM.

Gómez, C., (1976) *Teoría general del proceso*, México, editorial textos universitarios.

Rodríguez, G. et al., (2014) *Bloque de Constitucionalidad en México*, México, CDHDF y SCJN.

Electrónicas

Caso Rosendo Radilla Pacheco 1ª y 2ª parte, (2011), [en línea], disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=K-UBjN63skA> y <https://www.youtube.com/watch?v=qKgy4xU3u2k>.

Declaración de los Derechos del Niño, [en línea], disponible en <http://www.cndh.gob.mx>.

Convención sobre los Derechos del Niño, [en línea] disponible en <http://www.cndh.gob.mx>.

Hemerográficas

Ortega, J., (2011) “Los alcances de la suplencia de la queja en materia familiar en la legislación mexiquense” en *Ex Legibus*, número 1, abril-octubre pp. 171 - 176.

Jurisprudenciales

Tesis: 1a. /J. 191/2005, (2006) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Registro: 175053. Tomo XXIII. p.167.

Tesis: 1a. XLVII/2011, (2011) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Registro: 162354. Tomo XXXIII. p. 310.

Tesis: 1a. /J. 25/2012. (2012) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Registro: 159897. Libro XV. Tomo 1. p. 334.

Décima Época. Registro: 2006791. Libro 7. Tomo 1. p. 217.

Décima Época. Registro: 2006227. Libro 5. Tomo 1. p. 451.

Legislativas

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), San José de Costa Rica.

Convención de Viena (1969), Austria.

CIDH, (2009). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123. Revista Estudios Constitucionales Vol. 7, 2009 (2), pp. 109-128.

Diario Oficial de la Federación (2011) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México.

LEGISTEL. Gobierno del Estado de México, Código Civil para el Estado de México, página electrónica, consultada durante la elaboración del trabajo. <http://www.edomex.gob.mx>.

LEGISTEL. Gobierno del Estado de México, Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, página electrónica, consultada durante la elaboración del trabajo. <http://www.edomex.gob.mx>.