



PRIMERA INSTANCIA

REVISTA JURÍDICA

Número 21, Volumen 11

Julio-diciembre

2023

EDICIÓN ESPECIAL

www.primerainstancia.com.mx

ISSN 2683-2151

DIRECCIÓN Y COMITÉ EDITORIAL DE REDACCIÓN

REVISTA PRIMERA INSTANCIA

EDITOR y DIRECTOR GENERAL

Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Profesor e investigador

Universidad Autónoma de Chiapas, México.

DIRECTOR HONORARIO

Dr. Hugo Carrasco Soulé

Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.

COEDITOR GENERAL

Dr. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas

Profesor de la Universidad Católica de Colombia.

EDITOR EN SUDAMÉRICA

Dr. Manuel Bermúdez Tapia

Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Perú.

COMITÉ EDITORIAL

Ana Carolina Greco Paes

Professora na Toledo Centro Universitário, Brasil.

Angelo Vigliani Ferraro

Director Centro de Investigación “Mediterranea International Centre for Human Rights Research, Italia.

Juan Marcelino González Garcete

Profesor de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay.

Pamela Juliana Aguirre Castro

Profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito, Ecuador.

Patricio Maraniello

Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

René Moreno Alfonso

Abogado. Profesor de la Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia.

ASESORAMIENTO CIENTÍFICO

Dra. Jania Maria Lopes Saldanha

Profesora en la Universidad Federal de Santa María, Brasil.

COORDINADORA DEL COMITÉ EDITORIAL

Neidaly Espinosa Sánchez

Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos.

REVISTA PRIMERA INSTANCIA, número 21, volumen 11, julio-diciembre de 2023, edición especial, es una revista electrónica arbitrada en español de difusión vía red de cómputo desde el 2013, resultado de investigaciones científicas originales e inéditas, difunde resultados de estudios empíricos y teóricos preferentemente del área jurídica, con la periodicidad semestral (enero-junio / julio-diciembre).

Boulevard Presa de la Angostura, número 215-12, Fraccionamiento Electricistas Las Palmas, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, C.P. 29040, Tel. (52961) 6142659, página web: <http://www.primerainstancia.com.mx/revista-primera-instancia/>

Correo: primerainstancia@Outlook.com

Alfonso Jaime Martínez Lazcano, titular de la Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2018-061813141600-203, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, ISSN 2683-2151.

Las opiniones de los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación, se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados, siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

Editorial

En esta edición de la Revista Primera Instancia, nos sumergimos en un análisis profundo de los problemas más acuciantes que enfrenta el derecho en la actualidad. Abordamos temas desde la protección de los derechos humanos hasta la gestión de recursos naturales, ofreciendo perspectivas valiosas para navegar por el complejo panorama legal del siglo XXI:

Control de convencionalidad como obligación simultánea, no subsidiaria ni complementaria, artículo de Alfonso Jaime Martínez Lazcano destaca la importancia del control de convencionalidad (CCV) como herramienta indispensable para garantizar la protección de los derechos humanos. El CCV exige que las normas nacionales se ajusten a los estándares internacionales, asegurando que los derechos fundamentales sean respetados por todos los actores jurídicos.

El principio de oralidad en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. El estudio de Hugo Carlos Carrasco Soulé López y Baden García Mendoza analiza la implementación de reformas en el sistema judicial mexicano para promover la oralidad en los procesos civiles y familiares. Estas reformas buscan simplificar y agilizar los procedimientos, haciéndolos más accesibles y garantizando una justicia más transparente y eficaz.

Estado y solidaridad, investigación de Luis Gerardo Rodríguez Lozano y Mireya García Monroy en la que exploran la evolución del sistema jurídico en relación con la protección de las prerrogativas sociales, como el derecho a la salud, la educación y la seguridad. El artículo analiza cómo el Estado ha respondido a las necesidades cambiantes de la sociedad y cómo han surgido nuevas formas de proteger a los grupos vulnerables.

Control convencional: imperativo para la protección de los derechos humanos, en este ofrece, Dulce María Romero Díaz, una clara visión del control convencional, que se centra en la revisión de las normas internas a la luz de los tratados internacionales, evaluando la aplicación efectiva de las normas y principios internacionales en la práctica.

Los recursos naturales, la seguridad y defensa nacional y el desarrollo sostenible en el Perú, de Manuel Bermúdez-Tapia en el que analiza la gestión de recursos naturales en el Perú desde la perspectiva de la seguridad nacional y el desarrollo sostenible. El artículo explora los desafíos que enfrenta el país para equilibrar la explotación de recursos con las necesidades de la población y el medio ambiente.

Derecho convencional. Lineamientos y principios que deben observarse en su aplicación en el ámbito familiar de Lorena Denis Trinidad, en este enfatiza la obligación de todas las autoridades en América Latina de respetar, promover y proteger los derechos humanos. El artículo destaca la importancia del control de convencionalidad para los operadores jurídicos, particularmente en el ámbito del derecho de familia, donde ha impulsado nuevos paradigmas en los procedimientos legales.

Más allá de la custodia tradicional: protección de la infancia y adolescencia en nuevos contextos, investigación de Merly Martínez Hernández se centra en la protección de los niños, niñas y adolescentes, el grupo más vulnerable de la sociedad. El estudio analiza los parámetros convencionales en casos de custodia familiar, establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su adaptación a los nuevos contextos sociales y culturales.

De comerciante a empresario y de empresario a proveedor en el derecho brasileño: trayectorias del derecho privado en la calificación de agentes económicos de Augusto Tanger Jardim y Fernanda Nunes Barbosa presentan un análisis histórico-legislativo de la calificación jurídica de algunos agentes económicos importantes en el derecho brasileño, como el comerciante, el empresario y el inversor. El estudio examina cómo la calificación jurídica puede variar según el tipo de empresa y las circunstancias específicas del caso.

En conjunto, los artículos de esta edición de Primera Instancia ofrecen una visión completa de los desafíos y oportunidades que enfrenta el derecho en la actualidad. Desde la defensa de

los derechos humanos hasta la gestión responsable de los recursos naturales, estos estudios nos invitan a reflexionar sobre el papel crucial del derecho para construir un futuro más justo y sostenible.

La Revista Primera Instancia hace un llamado a todos los actores involucrados en el ámbito jurídico a trabajar juntos para enfrentar los desafíos del siglo XXI. Abogados, jueces, académicos y funcionarios públicos deben colaborar para garantizar que el derecho sea una herramienta efectiva para la protección de los derechos humanos, el desarrollo sostenible y la justicia para todos.

Nos llena de orgullo celebrar 10 años desde la publicación del primer número electrónico de Primera Instancia en el 2013, cuyo antecedente es la versión de papel desde 1995 al 2012, ha sido un referente obligado para juristas, académicos y estudiantes en México y Latinoamérica.

En estos diez años, Primera Instancia ha sido testigo y partícipe de la evolución del panorama legal. Hemos publicado artículos de destacados juristas sobre temas de vanguardia, fomentando el debate y la reflexión crítica en torno a las problemáticas jurídicas más relevantes de nuestro tiempo.

Nos sentimos profundamente agradecidos con la comunidad jurídica que nos ha acompañado en este camino. A nuestros autores, por sus valiosas contribuciones; a nuestros lectores, por su interés y constante apoyo; y a nuestro equipo editorial, por su dedicación y compromiso con la excelencia.

Primera Instancia renueva su compromiso con la innovación y la búsqueda de la excelencia. En este nuevo decenio, seguiremos trabajando para ofrecer a nuestros lectores contenidos de alta calidad, análisis profundos y herramientas prácticas que les permitan navegar con éxito en el complejo mundo del derecho.

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Director y editor de la Revista Primera Instancia

Diciembre, 2023.

ÍNDICE

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO OBLIGACIÓN SIMULTÁNEA, NO SUBSIDIARIA NI COMPLEMENTARIA

Alfonso Jaime Martínez Lazcano.....9

EL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES

Hugo Carrasco Soulé López y Baden García Mendoza.....32

ESTADO Y SOLIDARIDAD

Luis Gerardo Rodríguez Lozano y Mireya García Monroy.....55

CONTROL CONVENCIONAL: IMPERATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dulce María Romero Díaz.....72

LOS RECURSOS NATURALES, LA SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN EL PERÚ

Manuel Bermúdez Tapia.....94

**DERECHO CONVENCIONAL. LINEAMIENTOS Y PRINCIPIOS QUE DEBEN
OBSERVARSE EN SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR**

Lorena Denis Trinidad.....122

**MÁS ALLÁ DE LA CUSTODIA TRADICIONAL: PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y
ADOLESCENCIA EN NUEVOS CONTEXTOS**

Merly Martínez Hernández.....149

**DE COMERCIANTE A EMPRESARIO Y DE EMPRESARIO A PROVEEDOR EN EL
DERECHO BRASILEÑO: TRAYECTORIAS DEL DERECHO PRIVADO EN LA
CALIFICACIÓN DE AGENTES ECONÓMICOS**

Augusto Tanger Jardim y Fernanda Nunes Barbosa.....177



DERECHO CONVENCIONAL. LINEAMIENTOS Y PRINCIPIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR¹

Lorena DENIS TRINIDAD*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Fundamento jurídico del control de convencionalidad.* III. *Control de convencionalidad y lineamientos generales.* IV. *Ejes rectores en el derecho familiar.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

Resumen: En América Latina, todas las autoridades, sin importar su nivel de competencia o área de desempeño, tienen la obligación de respetar, promover, proteger y garantizar los derechos humanos. Es crucial que los operadores jurídicos comprendan y apliquen el control de convencionalidad, identificando los elementos y principios del *Corpus Iuris Internacional*

¹ Trabajo recibido el 30 de julio de 2023 y aprobado el 1 de octubre de 2023.

* Jueza Familiar de Primera Instancia del Primer Distrito Judicial de Centro, Tabasco. Doctora en derecho público por la Universidad del Sur, Chiapas, México. Maestra titular en licenciatura, especialidad y maestría de Derecho Civil y Derecho Corporativo en: la Universidad Autónoma de Guadalajara, campus Tabasco y Universidad Mundo Maya. Certificada en litigio estratégico internacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por IRESODH, CIDH, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata, Argentina. Certificada como ponente internacional por el área de Posgrado de Derecho Universidad Nacional Autónoma de México, la Asociación Española de Derecho Procesal Constitucional y Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Certificada como Jueza Civil por el Centro Nacional de Evaluación para la Educación Superior A.C., CENEVAL. Certificada en Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes por la UNICEF Regional, por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Suprema Corte de Justicia de México. Certificada en Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad, por la Dirección de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nacional y la relatoría especial de la organización de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Integrante de la Red nacional de jueces, Red Latinoamericana de Jueces, Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos A.C., Red Mexicana de Cooperación judicial para la Protección de la Niñez, Asociación Mundial de Justicia Constitucional y la Barra Tabasqueña de abogados A.C. Contacto: lorenadenis@outlook.com

y nacional, especialmente en México. El derecho de familia ha sido un área clave donde estos principios han generado nuevos paradigmas en los procedimientos legales.

Palabras clave: Control constitucional, control de convencionalidad, derechos humanos, operador jurídico, principios rectores de convencionalidad.

Abstract: In Latin America, all authorities, regardless of their level of competence or area of performance, have the obligation to respect, promote, protect and guarantee human rights. It is crucial that legal operators understand and apply conventionality control, identifying the elements and principles of the International and national Corpus Juris, especially in Mexico. Family law has been a key area where these principles have generated new paradigms in legal procedures.

Keywords: Constitutional control, conventionality control, human rights, legal operator, guiding principles of conventionality.

I. INTRODUCCIÓN

En Latinoamérica, todas las autoridades tienen el deber respetar, promover, proteger y garantizar los Derechos Humanos. Independientemente de si su ámbito de competencia es Federal o local (provincia) y del área en que se desempeñan, por ende, es de vital importancia que los operadores jurídicos al aplicar control convencional conozcan e identifiquen cuáles son los elementos, lineamientos y principios generales que se infieren del *corpus iuris* internacional y nacional (México). De gran relevancia, es el estudio de los que han surgido en el derecho de familia y que ha producido nuevos cambios de paradigmas en los procedimientos. El objetivo de este trabajo es establecer una serie de lineamientos que auxilien al Operador Jurídico en la aplicación del Control de Convencionalidad, tomando en cuenta el Sistema Universal e Interamericano de Derechos Humanos, ponderando como eje rector el derecho de familia.

II. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Todas las autoridades deben aplicar y ejercer el “control de convencionalidad”, un concepto que tiene su fundamento en los artículos 1.1, 2, y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención ADH) y que aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), pero que en realidad es de reciente desarrollo en la dogmática de derechos humanos, y que consiste en un ejercicio de interpretación, de verificar si las normas internas o nacionales cumplen con los principios rectores de derechos humanos, debiendo ser compatible con los estándares y obligaciones internacionales, todo ello a efectos de dar efectividad a los derechos humanos. Bajo el compromiso y obligación que recae en Jueces (así como cualquier autoridad de cualquier índole).

En México, dicha obligatoriedad está prevista en el artículo 1º Constitucional,² que ordena que todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Y que toda norma debe interpretarse de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, es decir, lo que más favorezca al derecho humano.

III. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LINEAMIENTOS GENERALES

En este contexto, aun cuando la propia Corte IDH ha determinado que no existe un “modelo de juicio de convencionalidad”, *caso Boyce y otros vs. Barbados* (2007), sin embargo, la propia jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH en concordancia con la emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), (en el caso de México) y en general el *corpus iuris* universal e interamericano, nos da ciertos elementos centrales, lineamientos y principios que deben observarse en su aplicación.

² *Cfr.* Artículo 1º. CPEUM.

1. Convencionalidad, obligación y compromiso internacional

Lo primero que debe considerar el operador jurídico, es que aplicar el control de convencionalidad no es de carácter optativo, sino que es una obligación, esto es, cada autoridad no sólo está vinculada a su derecho interno, sino además al Derecho Internacional de Derechos Humanos, por ende, se deja de ser operadores jurídicos de una provincia o distrito judicial, para transformarse en autoridades Internacionales, lo cual conlleva que en cada decisión, pudieran estar comprometiendo no sólo al distrito judicial al que pertenecen, sino al país o Estado.

Recordemos entonces, que una vez que en un Estado asumió y ratificó un Tratado Internacional, se obliga a su cumplimiento. Y en el caso de México, ratificó la Convención ADH desde el 3 de febrero de 1981³ por ende, los operadores jurídicos están obligados a su observación y correcta aplicación, pero además hacer útil y eficaz los derechos humanos garantizados en cada uno de los instrumentos jurídicos.

La obligación de realizar un estudio de convencionalidad *ex officio* de acuerdo con la competencia de cada órgano jurisdiccional, lo advertimos en los siguientes casos de la Corte IDH:

- *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, en donde en su párrafo 128, se establece que “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un “control de constitucionalidad” (según su competencia) sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana...”⁴
- *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, en donde en su párrafo 225, se establece “Este Tribunal ha establecido en su

³ OEA. *Tratados multilaterales*. <https://tinyurl.com/yd3mnl2g>

⁴ CORTE IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 7: control de convencionalidad*, p. 11. <https://tinyurl.com/2j7vefkz>

jurisprudencia que es consciente de 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 [ADH], todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por 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 [ADH], evidentemente 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 [ADH]”.⁵

En el caso de la Jurisprudencia Mexicana, existen numerosos criterios de jurisprudencia que prevén el control de convencionalidad como una obligación ineludible de la autoridad jurisdiccional y que su incumplimiento vulnera el mandato constitucional de proteger y garantizar los derechos humanos, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado Mexicano en su conjunto.⁶ Cabe destacar, que esta obligación no es solo para jueces, sino se extiende a cualquier tipo de autoridad pública, esto es, se amplía el espectro del poder judicial a todos los órganos públicos.⁷ El propio artículo 1º Constitucional, utiliza la expresión “*todas las autoridades*”, lo que significa que aplicar el control de convencionalidad, no sólo es obligación en el ámbito judicial, sino más bien, de cualquier autoridad de cualquier índole y materia.

⁵ *Ibidem*, p. 12.

⁶ Tesis: IC. 2º. A J/7 (10ª.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, diciembre 2013, tomo II, p. 933.

⁷ *Cfr.* CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafos 193 y 239. Véase: <https://tinyurl.com/ykkmqfc3>; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párrafo 311. <https://tinyurl.com/z026ih7w>

2. El control de convencionalidad debe desarrollarse de acuerdo con la competencia de cada operador jurídico

El operador jurídico al pretender acatar el mandato convencional debe hacerse las siguientes interrogantes ¿Estoy facultado para aplicar convencionalidad?, ¿Cuál es mi competencia procesal constitucional y Convencional? Ya que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) otorga facultades a los Estados para poder establecerla.

En nuestro país, el texto del artículo primero Constitucional otorga facultades a todas las autoridades para aplicar convencionalidad, por tanto, estamos ante dos controles de interpretación de la norma: control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Por el primero de los citados, debemos entender el ejercicio de interpretación que se realiza entre la norma interna con la CPEUM, mientras que el control de convencionalidad lo realizamos cuando en ese análisis se atiende a la norma interna frente a la compatibilidad de los estándares y obligaciones internacionales, todo ello a efectos de dar efectividad a los derechos humanos.

En México, los Jueces Federales tienen ambas facultades, es decir, pueden aplicar control de constitucionalidad y en su caso, declarar la invalidez o no de la norma constitucional y también tienen facultades para aplicar control de convencionalidad, pero los Jueces locales (provincia) sólo tienen facultades de aplicar control de convencionalidad y desaplicar la norma por inconstitucional, pero de ningún modo estos últimos están facultados para declarar la inconstitucionalidad de algún precepto en el derecho interno.

Es decir, en el sistema jurídico mexicano, las y los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la CPEUM y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la CPEUM o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la CPEUM o a

los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Aquí un cuadro para mayor ilustración.

Tabla 1. Competencias de los jueces y autoridades en el ámbito convencional y constitucional

Competencia	Convencionalidad	Constitucionalidad
Jueces federales	Aplican convencionalidad	Pueden declarar inconstitucional una norma y desaplicarla.
Jueces locales y cualquier autoridad	Aplican convencionalidad	Solo pueden desaplicar la norma que consideren inconstitucional. No están facultados para declararla inconstitucional.

Fuente: elaboración propia.

3. Marco jurídico. El control de convencionalidad se extiende a todo el *Corpus Juris* universal e interamericano

Una vez que ubicamos una posible norma violatoria de derechos humanos, así como las facultades y competencia procesal, estamos listos para saber sobre los instrumentos jurídicos que podremos utilizar al aplicar Convencionalidad. Y debe decirse, que está no se limita únicamente a la observancia de la Convención ADH sino, además, se extiende a los Tratados Internacionales, jurisprudencia, protocolos adicionales, observaciones e interpretaciones que de este ha hecho la propia Corte IDH o el órgano creado por el tratado respectivo. Este criterio fue mantenido y desarrollado de manera progresiva por la propia Corte IDH pues ha referido que los documentos relacionados con la Corte IDH eran sólo el estándar mínimo que las autoridades estatales debían respetar, pero que se ampliaba para todos los tratados internacionales sobre derechos humanos o normas de derechos humanos

que ha ratificado el país, así como las interpretaciones de los órganos encargados respecto al tratado que emitan.⁸

*[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe 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.*⁹

(Subrayado agregado)

Esto es, se extiende a toda la Jurisprudencia de la CIDH.

*(...) No obstante, la Corte recuerda que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque 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, evidentemente 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...*¹⁰

(Subrayado agregado)

⁸ Cfr. CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Lo que se conoce como “bloque de convencionalidad”. <https://tinyurl.com/1k2vp3du>

⁹ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. <https://tinyurl.com/3u5ga9ja>

¹⁰ CORTE IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*. Sentencia de 12 de marzo de 2020, párrafo 269. <https://tinyurl.com/3kcl48mb>

Aquí cabe precisar que, en México, lamentablemente no se ha reconocido la obligatoriedad de las interpretaciones hechas por la Corte IDH, por el contrario, existe un criterio aislado que al abordar lo concerniente a las “opiniones consultivas” y sus implicaciones ante Jueces Mexicanos, afirma que, al no ser resoluciones contenciosas, son sólo criterios orientadores para los Jueces nacionales, a fin de desentrañar el sentido de la Convención ADH.¹¹

Criterio que es preocupante dado que la propia Corte IDH ha establecido en últimas resoluciones la obligación de los Jueces de aplicar no sólo la Convención ADH, sino aún más, la interpretación que haya hecho de este la Corte IDH.

4. Mecanismo o lineamientos generales para aplicar convencionalidad

Además de los descritos en líneas que anteceden, los operadores jurídicos deben realizar un ejercicio hermenéutico y cuestionarse: ¿Cuáles son los pasos que debo seguir para aplicar convencionalidad?, aunque como ya referí al inicio de la lectura, no existe un solo modelo para la aplicación de convencionalidad, pero si podemos establecer una serie de lineamientos generales en el caso de desaplicación de derecho interno.

4.1. Análisis de vulnerabilidad de la persona o grupo. (Determinar vulnerabilidad, derecho humano infringido)

*Los Derechos humanos son aquellos derechos – civiles y políticos, económicos, sociales y culturales – inherentes a la persona humana, así como aquellas condiciones y situaciones indispensables, reconocidas por el Estado a todos sus habitantes sin ningún tipo de discriminación, para lograr un proyecto de vida digna.*¹² Son valores fundamentales vinculados a la dignidad humana, a la libertad, a la igualdad de las personas, teniendo como características esenciales, la universalidad, la indivisibilidad, la irrenunciabilidad, la

¹¹ Tesis: (I Región) 8o.1CS (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, abril 2018, tomo II, p. 1768.

¹² MONGE NÚÑEZ, Gonzalo y RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor (Coords.), *Acceso a la Justicia de grupos de situación de vulnerabilidad. Manual General de litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado. Niñez y adolescencia, pueblos indígenas y afrodescendientes*, IIDH, Real Embajada de Noruega, 2014, p. 12. <https://tinyurl.com/2assstph>

imprescriptibilidad, son inalienables e imprescriptibles. Tampoco se suspende, salvo excepciones.¹³

En este contexto, la vulneración a cualquiera de estos derechos traería como consecuencia una violación a un derecho humano protegido. Es por ello, que el operador jurídico debe estar atento aún análisis de vulneración. Lo que se denomina individualización de personas o sectores vulnerables, que requiere tomar en cuenta los aspectos que pueden repercutir en dificultades, exclusión o discriminación de derechos en el sistema de justicia.¹⁴

Recordemos que existen grupos en situación especial:

- Mujeres
- Niñas, Niños y Adolescentes
- Pueblos Indígenas, afrodescendientes u otras minorías étnicas.
- Personas adultas mayores.
- Personas con discapacidad.
- Personas refugiadas y desplazadas.
- Personas con orientación sexual diversa (LGBTI)
- Personas privadas de la libertad.

Pero, además, existen ciertas categorías denominadas “categorías sospechosas” que pudieran inferir para que una persona o ciertos sectores se encuentren dentro de ella: *Edad, discapacidad, pertenencia alguna comunidad indígena o grupo de minoría, victimización, migración y desplazamiento interno, pobreza, género, privación de libertad*. Aun cuando no puede decirse que esta es una lista definitiva, si puede ser una referencia al momento de realizar el ejercicio de interpretación y desaplicar una norma o aplicar algún Tratado Internacional. Luego entonces, lo primero que se debe ponderar es si el asunto a mi consideración, sobre el que tomaré una decisión existe una situación de vulnerabilidad tanto de la persona o de un sector determinado. O incluso, si es posible, advertir una posible discriminación, desigualdad o denegación de acceso a la justicia.

¹³ Cfr. Artículo 27 de la Convención ADH.

¹⁴ MONGE NÚÑEZ, Gonzalo y RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, *op. cit.*, p. 22.

4.2. Atender a los diversos principios rectores de convencionalidad

Se trata de una obligación por parte de las autoridades que ejercen un control de regularidad normativa de utilizar todos los principios de interpretación. Al ser una obligación de quien ejerce el control constitucional y convencional, el intentar construir un significado de la norma que la adecue a los significados de protección y garantía de derechos humanos.

En esta tesis, es de enfatizarse que estos ejes rectores de convencionalidad, no son sólo meros ejercicios deductivos como pudiera pensarse a partir de los pasos elaborados, como sucede en México, dado que el Pleno de la SCJN, en el expediente varios 912/2010, establece ciertas reglas para aplicar convencionalidad. Tampoco es mecánico, automático, ni de fácil realización concreta, al menos no lo es, si lo único que se proporciona para ello son referencias abstractas. En realidad, la aplicación de convencionalidad implica tomar en cuenta los tipos de interpretación en materia de convencionalidad que constituyen un desdoblamiento del ejercicio en donde se aplique los principios de interpretación conforme, principio pro-persona, principio de progresividad,¹⁵ para así incrementar su capacidad de operacionalización y de control de protección de derechos humanos.

Algunos de estos principios son: principio *pro homine*, principio de interpretación evolutiva, principio de interpretación conforme, principio de posición preferente, principio de maximización de derechos, principio de fuerza expansiva de derechos, principio de fuerza expansiva de derechos, de estándar mínimo, de progresividad, de interacción, de irreversibilidad, de efectividad o efecto útil.¹⁶ Todos ellos con la finalidad de acudir a la norma más protectora, preferir la interpretación de mayor alcance y garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, dando utilidad a los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos.

4.3. Realizar control constitucional

En el caso del derecho mexicano, la Jurisprudencia de la SCJN ha establecido el deber de acudir en primera instancia a tratar de solucionar la norma violatoria de derechos humanos

¹⁵ MATA QUINTERO, Gerardo, “La Interpretación conforme en el Sistema Constitucional Mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, no. 46, julio – diciembre 2018, p. 239. <https://tinyurl.com/1wxuefr1>

¹⁶ CASTILLA, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, UNAM, no. 20, enero – junio 2009, p. 69.

a través de la interpretación de la norma constitucional.¹⁷ Se considera, que en caso de que se considere que existe una norma contraria a los derechos humanos, la CPEUM goza de la presunción de protección de estos derechos¹⁸ por lo tanto, antes de acudir al orden internacional debe justificarse razonadamente por qué se destruyó esa presunción de Constitucionalidad.¹⁹ Es decir, los Tribunales Federales en México, han adoptado la postura de aplicación del control difuso *ex officio* en materia de derechos humanos, que es una herramienta de interpretación subsidiaria o complementaria del sistema jurídico mexicano, cuyo uso está condicionado a la optimización de la norma que la integra, para maximizar la defensa de los ciudadanos cuando el derecho interno no alcanza para ese fin. Esto significa que la aplicación del mencionado control se realiza en suplencia de la deficiencia de la normativa interna; es decir, para los Tribunales en México, el juzgador no debe acudir directamente a la normativa internacional para buscar respuesta al asunto, en virtud de que, antes, por lógica y preferencia del derecho interno, deberá analizar cómo está establecido el derecho humano en controversia en los contenidos que existen en las reglas y los principios constitucionales, así como en la legislación ordinaria, para que, una vez que se determine mediante los razonamientos respectivos que el derecho fundamental no está protegido o, si lo está, no suficientemente en favor de la persona, se justifica que se realice el control difuso de convencionalidad *ex officio*.²⁰

Por control constitucional debemos entender la supremacía de la CPEUM a través de su defensa,²¹ los juzgadores no deben aplicar normas que vayan en contra de ella, es decir, se verificará si ese derecho humano violado tiene una protección constitucional para ejercer control constitucional.

Como referí, esta condición está establecida en México por criterio de la SCJN en jurisprudencia de observancia obligatoria. No obstante, debe decirse que en mi consideración tal postura es incorrecta ya que, en el caso, la propia CPEUM (artículo 1º. Constitucional) y en el orden internacional, la aplicación de la Convención, tratados internacionales e

¹⁷ Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Expediente varios 912/2010. Caso Radilla Pacheco*, 14 de julio del 2011.

¹⁸ Cfr. Artículo 1º. CPEUM.

¹⁹ Tesis: 1ª./2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, febrero 2016, tomo I, p. 667.

²⁰ Tesis: (III Región) 5º. J/8, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, marzo 2014, tomo II, p. 1360.

²¹ ESQUIVEL LEYVA, Manuel de Jesús, *El control de Constitucionalidad en el Sistema Jurídico Mexicano*, Biblioteca Jurídica Virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 317-318. <https://tinyurl.com/2w342386>

interpretación, de ningún modo, condiciona acudir en primer lugar a la CPEUM, por el contrario, lo correcto es acudir al principio o norma que más favorezca a la persona humana.

Como conclusión a este apartado debemos decir que en ningún caso el Estado puede excusarse en su derecho interno (aun cuando sea Constitucional) para dejar de asumir la responsabilidad que asumió ante la Firma de un Tratado Internacional. El estado tiene el deber de adoptar incluso todas las disposiciones de derecho interno.²²

4.4. Tutela de derechos humanos

Como ya analizamos en líneas anteriores el derecho interno lo constituye esencialmente en un país, la CPEUM y sus normas generales (leyes formalmente promulgadas en códigos, leyes generales, Jurisprudencia nacional etc.). Pero la protección internacional, se apoya en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, tanto los generados por el Sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como en los sistemas regionales, sistema de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en nuestro Continente) Convención ADH y Tratados específicos, como por ejemplo: Convención sobre los Derechos del Niño (Convención DN), Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, pero también existen Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos, protocolos facultativos, observaciones y normas *soft law* (derecho suave o emergente) y jurisprudencia internacional.

El operador jurídico no sólo debe atender al derecho interno, sino a todo el sistema de protección de derechos humanos, por ende, al aplicar convencionalidad debe conocer y atender a cada uno de todos instrumentos. Y verificar que norma hace más útil y eficaz la protección de derechos humanos.

De este modo, cuando el operador jurídico advierte la vulnerabilidad existente en el sujeto o sector, la discriminación, la necesidad de tutela de derechos humanos acorde con los principios de convencionalidad o resarcir derechos humanos violados, está listo para desaplicar la norma jurídica y aplicar el “control de convencionalidad” dado que ello favorece más a la persona humana.

²² Cfr. Art. 2º. Convención ADH. “Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno”. Art. 27. Convención de Viena.

4.5. Fundamentación y motivación adecuada

En este contexto, no basta con afirmar que una norma es violatoria de derechos humanos y desaplicarla o apoyarse en un derecho protegido en la Convención, este ejercicio también requiere de debida motivación y Fundamentación. Entendiéndose por motivación, la exposición de todos los razonamientos lógicos jurídicos que llevaron a considerar primero que era necesaria la protección o que una norma es violatoria de los derechos humanos, así como para decidir por que otra garantiza de mejor manera ese derecho humano. Y fundamentación, la mención de los preceptos legales aplicables que se ajustan al caso concreto y con lo que sustento mi decisión de desaplicación de la norma.

IV. EJES RECTORES EN EL DERECHO FAMILIAR

Hasta este momento, hemos citado, cuáles serían los lineamientos generales que los operadores jurídicos deben tomar en cuenta al aplicar convencionalidad, pero resulta de vital importancia analizar las situaciones específicas que deben atenderse en materia familiar. Efectivamente, un apartado especial requieren las obligaciones de los operadores jurídicos en el ámbito familiar en donde además de cumplir todos los elementos y lineamientos centrales citados, las autoridades deben tener en cuenta e identificar los cambios que el Derecho Procesal Convencional ha producido en el derecho interno de los países de Latinoamérica, bajo el amparo de su jurisprudencia, Convenciones y Tratados Internacionales, hablamos entonces de nuevos principios, conceptos y procedimientos en el Derecho de Familia y que han cambiado la manera en que hasta ahora se había administrado justicia en esta materia.

1. Evolución del concepto de familia

Al aplicar convencionalidad en materia familiar, debemos estar conscientes de la evolución que ha tenido, ya no podemos concebir que la familia es la que tradicionalmente conocíamos conformado sólo entre un matrimonio o la que surge entre papá, mamá e hijos, sino por el contrario, existen varios tipos de familia, reconociendo la propia Corte IDH en

jurisprudencia definida,²³ que no es concebible un concepto cerrado, ni se protege únicamente a un modelo “tradicional”.

La Corte IDH ha constatado que en la Convención ADH no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos existe algún precepto legal, donde se conciba un sólo modelo “tradicional” de familia, por el contrario, el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares, de hecho, donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

De igual forma, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar. La misma Corte IDH ha establecido que el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de “familia” en términos amplios.

Al aplicar convencionalidad en materia familiar el juzgador debe tomar en cuenta un concepto amplio de familia, considerando que imponer un concepto único de la misma, sería tanto como una injerencia arbitraria a la vida privada de las personas, pero, además, debe ponderarse que la propia Convención ADH cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria: artículos 11.2 y 17.1.

2. El modelo social de discapacidad

¿Por qué hablamos en este apartado de un nuevo modelo o un nuevo paradigma de discapacidad? porque aunque desde el 13 de diciembre del 2006, se aprobó por parte de la ONU, el primer Tratado Universal de Derechos Humanos del siglo XXI, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a las que se han adherido 140 naciones, aún en México y otros países de Latinoamérica, no se han hecho las reformas legislativas de carácter interno para que la norma sea acorde con la propia Convención ADH, situación que debemos tener muy en cuenta las juezas y Jueces en materia Familiar al aplicar Convencionalidad.

La mayoría de los países de Latinoamérica, pertenecen a la familia del derecho romano - germánico, en cuyo sistema nació un texto sagrado el Código de Napoleón de 1807.²⁴ Familia Jurídica que se caracteriza por ser un derecho eminentemente legislado, un

²³ CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafos 42 y 172. <https://tinyurl.com/suiqhcs3>

²⁴ BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Sistemas jurídicos de la cultura occidental*. <https://tinyurl.com/14phowtz>

derecho codificado. Y que se complementa con jurisprudencia, costumbre, doctrina y principios generales de derecho.

A lo largo de la historia del derecho, hemos distinguido a los seres humanos:

- Libres o esclavos (inclusive en el derecho romano había algunos que se les denominaba “res” “cosa”).
- Libres (*estatus libertatis*) ciudadanos (*estatus civitatis*) y los pertenecientes a una familia (*estatus familia*).
- Hijos legítimos o ilegítimos o bastardos, o extramatrimoniales.

Y así hemos distinguido al ser humano por su color, por el grupo o familia a la que pertenece e inclusive lo hemos diferenciado de acuerdo con sus habilidades y características, de esta manera, para el derecho existe la capacidad de goce, la capacidad de ejercicio y existen restricciones a la personalidad jurídica, diferenciando a las denominadas “personas normales” “población estándar” y personas con discapacidad los “muertos civilmente”. Como impacto de esta clasificación, el derecho civil concibe ciertas restricciones a la personalidad: Algunos ejemplos de estas restricciones,²⁵ son:

- Los sordo mudos (que no sepan leer y escribir);
- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos;
- Aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que, debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Para ello, las personas con discapacidad se sujetan a sendos procedimientos de interdicción, limitando su posibilidad de tener una vida digna, de manejar sus bienes, de contraer matrimonio, de no poder votar, en procedimientos donde no pueden expresar su voluntad y en donde esa interdicción nunca era sujeta a revisión.

²⁵ Cfr. Art. 450 Código Civil Federal del Estado de México.

El aplicar convencionalidad en materia de familia requiere de una “justicia universal” “ajustes razonables” de juicios y procesos para todos los seres humanos, que correspondan a la impartición de justicia de un modelo social. Veamos, los modelos que a lo largo de la historia han imperado en materia de discapacidad.

2.1. Modelos de discapacidad

Existen tres modelos de discapacidad:²⁶

- 1) **Modelo de prescindencia.** Donde se toma a la persona con discapacidad vinculando la causa de discapacidad con algo religioso, inclusive político, era una “castigo divino” un “pecado”, a la persona con discapacidad se le condenaba a la marginación, se les consideraba seres “inútiles e innecesarios”. Existen algunos ordenamientos legales que aún hablan de vocablos como: “idiotismo”. Se consideraba a las personas con discapacidad como innecesarias, que no contribuían a las necesidades de la comunidad, que era algo “diabólico”, sus vidas no merecían ser vividas, “mal del ojo” brujería”. Esta tiene dos submodelos:
 - I. Modelo Eugénico: Había muchos infanticidios ya que no se consideraba conveniente el desarrollo y crecimiento de un niño con diversidad funcional.
 - II. Modelo de Marginación: “Pobres y marginados”. Ya los niños no mueren por infanticidio, sino mueren por abandono.
- 2) **Modelo médico o rehabilitador.** En los procesos se toma a la persona con discapacidad como “objeto de protección” “vamos a rehabilitarlas” “Las personas con discapacidad no corresponden a las personas estándar” “Es verdad eres inútil, pero te vamos a ayudar, te vamos a normalizar”, tratando así de ocultar la diversidad por discapacidad. Este tipo de modelo que está en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de México, enfatiza que el problema está en la persona, se produjo una enfermedad, un accidente que requiere tu tratamiento de discapacidad. Te obligo (aunque no quieres a hospitalizarte y a someterte a tratamientos médicos). La función del poder Judicial entonces va encaminada a la protección.

²⁶ Cfr. PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad*, CERMI Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, ediciones cinco, Madrid, 2008. <https://tinyurl.com/219mnf7w>

3) Modelo social. La discapacidad corresponde a la diversidad de los derechos humanos, las deficiencias no están en las personas, la deficiencia está en la sociedad, que no reconoce la diversidad. Este modelo tiene diversos valores: “dignidad humana” “igualdad y libertad personal” inclusión social y principios: vida independiente, proyecto de vida, no discriminación, accesibilidad universal, sistemas de apoyo, normalización del entorno, la participación de la persona con discapacidad.

En materia familiar y al aplicar convencionalidad tenemos el deber de aplicar el modelo social, que reconoce a las personas con discapacidad como sujetos de derechos, la discapacidad no surge de la persona, sino de la interacción de la sociedad, somos nosotros quienes etiquetamos a las personas con discapacidad. En el modelo social, se les reconoce personalidad jurídica,²⁷ y entonces, debemos dar vida y eficacia a la frase: “*nada sobre las personas con discapacidad sin las personas con discapacidad*” debiendo ser tratadas como sujetos de derechos. De ahí el cambio tan radical que puede surgir en los juicios familiares.

3. Realidad de los países de Latinoamérica

De los 120 países que han firmado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sólo Perú, Argentina, Costa Rica y Colombia han hecho reforma a sus legislaciones internas. En México, la legislación interna aún contempla restricciones a la personalidad jurídica por discapacidad y se llevan a efectos Juicios de Interdicción en donde a las personas se les condena a una muerte civil, sin cumplir con los requerimientos de la propia Convención ADH, en muchos juicios ni siquiera se le da oportunidad a la persona con discapacidad de expresar su voluntad. Sin embargo, en el ámbito federal existe un gran precedente donde incluso se realiza una sentencia en formato de lectura fácil.²⁸

²⁷ Cfr. Art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 1. Los Estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derechos en todas partes al reconocimiento de la personalidad jurídica.

2. Los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igual de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados adoptaran las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

...
²⁸ Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Amparo en revisión 1368/2015. <https://tinyurl.com/uojbvxlj>

Al aplicar convencionalidad, todo procedimiento en materia familiar debe respetar el modelo social, dando acceso a la justicia, redimensionando los procedimientos y dando acceso a una justicia universal.

4. Jurisprudencia relevante por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia familiar

Como ya analizamos, la Jurisprudencia de la Corte IDH resulta fundamental en el derecho de familia, mismo que ha traído la incorporación incluso de nuevos modelos, paradigmas y que conllevo a un cambio total de los procesos. En materia familiar, algunas de las resoluciones de vital importancia en el SIDH, son las siguientes:

- *Caso Maria Da Pehna Maia Fernandes vs. Brasil* (2001).²⁹ Es el primer caso donde se aplica la Convención *Belém Do Pará* en el SIDH, como decisión, en que se responsabiliza a un país en materia de violencia doméstica contra las mujeres. Se analiza los retardos injustificados en procesos y la urgencia de las medidas en materia de violencia contra la mujer.
- *Caso Valentina Rosendo Cantú vs. México* (2010).³⁰ En este asunto, se analiza la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la violación sexual y tortura en perjuicio de Valentina Rosendo Cantú, así como la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de esos hechos. Resulta relevante pues el caso se trata de una persona con varias categorías sospechosas: Era mujer, indígena y menor de edad, llevándose el proceso sin respetarse los derechos que tienen las niñas, niños y adolescentes, mucho menos lo concerniente al proceso de garantías judiciales y procesales, en donde no se ponderó las manifestaciones de relaciones de poder entre mujeres y hombres, que trasciende a todos los sectores de la sociedad, habiéndose restringido a dicha persona su Derecho a la honra, intimidad y a su Dignidad, por su condición de mujer, indígena y niña. Amén que se resolvió lo concerniente a lo indebido de la jurisdicción militar, cuando se trata de delitos contra particulares. Se analiza la agresión sexual recibida como una forma de tortura. Está resolución

²⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe n° 54/01, caso 12.051, Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, 16 abril del 2001. Véase: <https://tinyurl.com/z3jen70d>, consulta 09/10/2020.

³⁰ *Cfr.* CORTE IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Sentencia de 31 agosto del 2010. <https://tinyurl.com/ysrkax5c>

muestra una forma de diversa valoración de pruebas sobre todo en el orden internacional, donde el juzgador o juzgadora debe ponderar lo relevante que resultan las presunciones.

- *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* (2012).³¹ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. Se analiza que el modelo de vida familiar no está reducido al matrimonio, no debe concebirse un modelo tradicional de familia, así como los derechos de la niñez. Así como debemos juzgar sin estereotipos de ninguna índole.
- *Caso Fornerón e hija vs. Argentina* (2012).³² Aquí se analiza la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones al debido proceso en el caso de tenencia de Leonardo Fornerón con respecto a su hija M, quien había sido dada en adopción. Se hace un estudio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, garantías judiciales y procedimentales que deben tener los procesos de adopción.
- *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* (2012).³³ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la fecundación *in vitro*. En este asunto se analiza lo concerniente al derecho a la familia, a la integridad personal, aún proyecto de vida, lo relativo a la discapacidad y discriminación, protección judicial, salud y biótica.
- *Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua* (2018).³⁴ Niños, niñas y adolescentes. Los Médicos que los atienden deben estar especializados y capacitados, deben sentirse seguros, atendidos y escuchados.

³¹ Cfr. CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia 24 de febrero del 2012. <https://tinyurl.com/suiqhcs3>

³² Cfr. CORTE IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentencia 27 abril del 2012. <https://tinyurl.com/1dsqgu3m>

³³ Cfr. CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Sentencia 28 de noviembre del 2012. <https://tinyurl.com/524w3rhs>

³⁴ Cfr. CORTE IDH. *Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua*. Sentencia de 08 marzo de 2018. <https://tinyurl.com/32pc5ue7>

- *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* (2018).³⁵ En esta resolución se pondera a la dignidad como valor del ser humano, a la no separación del hogar – conyugal de los niñas, niños y adolescentes, las adopciones internacionales. El no decidir en base a estereotipos. Así como que no debe existir separaciones arbitrarias entre hermanos.

5. Los principios de la niñez

Es muy común escuchar como principio de la niñez, “el interés superior del menor”, sin embargo, la Convención DN, que por cierto ha sido ratificada por 193 Estados, sólo tres no han ratificado (Estados Unidos, Somalia y Sudán del Sur), por lo que casi ha alcanzado su ratificación universal.³⁶ Lo que la convierte en la más ratificada históricamente,³⁷ acoge cuatro principales principios especializados en materia de niños, niñas y adolescentes:

- Principio de no discriminación.³⁸
- Principio de respeto a la vida, supervivencia y desarrollo.³⁹
- Principio de interés superior del menor.⁴⁰
- Principio de participación.⁴¹

Los impartidores de justicia en materia de familia al aplicar convencionalidad debemos reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derechos y no como objetos de protección. A lo largo de la historia el estado los ha invisibilizado, decidiendo sus padres o las personas que los tenían bajo su guarda. Y posteriormente, el Estado asumió el papel de tutor u objeto de protección. Sin embargo, una de las características de la Convención DN es el empoderamiento a los niños, pudiendo participar el niño, niña o adolescente en cualquier tipo de procedimiento e inclusive política de Estado, lo que constituye un cambio revolucionario y de paradigma, que todo operador jurídico en materia de familia debe tener en cuenta. **“Los niños no pertenecen a nadie, ni siquiera a sus padres,**

³⁵ Cfr. CORTE IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 09 marzo de 2018. <https://tinyurl.com/oe3h3lum>

³⁶ CARDONA LLORENS, Jorge, “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos”, *Educatio siglo XXI*, no. 2, vol. 30, 2012, p. 48.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Cfr. Art. 2 de la Convención DN.

³⁹ Cfr. Art. 6. de la Convención DN.

⁴⁰ Cfr. Art. 3.1. de la Convención DN.

⁴¹ Cfr. Art. 12 de la Convención DN.

los niños se pertenecen a sí mismos y deben ser considerados como sujetos de derechos”.

⁴² Bajo este contexto, el interés de los niños debe ser tenido en cuenta en todas las decisiones que le afecten y su opinión debe ser escuchada antes de determinar el contenido de su interés. Los principios de la niñez, son una máxima constitucional e internacional. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos, lo que exige que no sólo puedan participar activamente en los juicios en los que están inmersos, sino que esa interacción con los órganos que imparten justicia debe darse en un ámbito de pleno respeto a las libertades fundamentales que procure su sano e íntegro desarrollo. Ello representa un reto importante para cualquier operador jurídico, pues obliga a reconocerlo como un grupo de situación de vulnerabilidad que requiere de personal especializado. Cuándo se trata de menores, debemos considerar:

- a. Que el derecho de niños, niñas y adolescentes es un derecho prioritario.
- b. Que siempre debemos resolver lo que más favorezca al menor (esto es, debemos procurar su protección y bienestar), ponderar cuál es su residencia habitual, evitar hasta donde sea posible la separación de niños, niñas y adolescentes de su familia. Y que el albergue o la institucionalización es la *última ratio*.
- c. Utilizar todo el sistema de protección existente. Tanto Universal, como Interamericano. En este sentido, debemos tener en cuenta los instrumentos Jurídicos siguientes: Convención sobre los Derechos del Niño, Los protocolos facultativos de participación de niños en conflictos armados y la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de niños en pornografía. Las 23 Observaciones existentes dictadas por el Comité de Derechos del niño.⁴³ Las opiniones Consultivas dictadas por la Corte IDH, la jurisprudencia existente.

⁴² CARDONA LLORENS, Jorge, *op. cit.*, p. 52.

⁴³ Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño. No. 1. Propósitos de la educación; No 2. El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño; No 3. El VIH/SIDA y los derechos del niño; No 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño; No 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; No 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen; No 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia; No 8. El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes; No 9. Los derechos de los niños con discapacidad; No 10. Los derechos del niño en la justicia de menores; No 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención; No 12. El derecho del niño a ser escuchado; No 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia; No 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1); No 15. Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24); No 16. Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño; No 17. Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes

- c. La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias 1989; Convención Interamericana sobre conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores 1984; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores 1994; Convención Interamericana en materia de Adopción ratificado por México 1987.
- d. Eliminar todas las formalidades judiciales a fin de evitar retraso en decisiones judiciales, no guiarse de estereotipos de género, sociales y sexuales.
- e. Priorizar convivencia familiar (advertir abuso sexual, violencia o alienación parental).
- f. Ordenar si es necesario la creación de políticas públicas necesarias en favor de la niñez.

En este contexto, es necesario que las personas que intervienen en este tipo de procesos y apliquen convencionalidad en asuntos donde intervengan niños, niñas y adolescentes cuenten con una preparación adecuada, que les permita estar a la altura de las exigencias propias de una materia en constante evolución. No todos los operadores jurídicos se han formado o especializado en derechos de la infancia, en algunos juicios el menor queda invisibilizado respecto a los intereses de adultos o incluso en intereses del propio Estado.

6. Otros principios en materia familiar

En materia de convencionalidad vinculada con el ámbito familiar, no podemos pasar desapercibido los principios de “proporcionalidad y reciprocidad” que está relacionado con proyecto de vida o vida digna. Cuyo vocablo se relaciona con procesos de alimentos, divorcios, guarda y custodia etc. Y que la Corte IDH lo asocia con el concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones en las que una persona puede conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. La Corte IDH se ha pronunciado sobre el hecho de que difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Por lo tanto, el

(artículo 31); N° 18. Sobre las prácticas nocivas; N° 19. Sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4); N° 20. Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia; N° 21. Sobre los niños en situación de calle; N° 22. Sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional; N° 23. Sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

que no se atienda a ello, implica una reducción objetiva de la libertad.⁴⁴ Tal pronunciamiento ha hecho entonces, que se transformen los procesos y hablemos entonces del “libre desarrollo de la personalidad”.

Por último, el principio de equidad de género, con todas sus relevaciones, que implica y que impacta en los procesos de familia, sin embargo, por razón de espacio en este artículo ya no lo desarrollaremos con la profundidad que dicho principio requiere. Empero es elemental atender a la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que las juezas y jueces familiares y cualquier operador jurídico dicte las medidas que fueran necesarias para garantizar el acceso a la justicia, eliminar cualquier tipo de violencia e incorporar la igualdad de género como elemento central de toda decisión judicial. Es decir, eliminar cualquier obstáculo de acceso a la justicia de niñas y mujeres, evitar la revictimización de las mismas y no tolerar nivel de impunidad alguno.

V. CONCLUSIONES

Si bien no existe un modelo único para aplicar control convencional, si podemos realizar un ejercicio hermenéutico, aplicando parámetros o lineamientos para dar efectividad a los derechos humanos consagrados convencionalmente, evitando comprometer al Estado o que este sea condenado por incumplimiento de una responsabilidad internacional.

Al momento de realizar ejercicios de interpretación en materia de derechos humanos, las autoridades deben cuidar que lo realicen en el ámbito de su competencia, debiendo tomar en cuenta no sólo los tratados internacionales, sino su jurisprudencia, las interpretaciones que se han hecho en el sistema universal, y en el interamericano. Realizar un análisis de vulnerabilidad de sujetos o grupos, utilizar los principios de convencionalidad que más favorezcan a la persona humana y en su caso, aplicar control constitucional o convencional, fundando y motivando debidamente sus decisiones.

En el caso del derecho familiar, el operador jurídico debe tener presente que ya no existe un modelo único de familia reducido al matrimonio, sino que es un concepto que ha evolucionado, atender al nuevo modelo social de discapacidad, a todos los principios que exige la Convención DN y demás, así como a toda la jurisprudencia relevante que ha emitido

⁴⁴ CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párrafo 148. <https://tinyurl.com/22g6gtsm>

la Corte IDH en materia familiar que ha producido un cambio radical de paradigmas. Como ha quedado evidenciado, la aplicación del control de convencionalidad constituye una serie de desafíos para los operadores jurídicos, quienes con sus decisiones podrán dar vida y realidad a una justicia humanizada.

VII. BIBLIOGRAFIA

Doctrina

ESQUIVEL LEYVA, Manuel de Jesús, *El control de Constitucionalidad en el Sistema Jurídico Mexicano*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://tinyurl.com/2w342386>

MONGE NÚÑEZ, Gonzalo y RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor (Coords.), *Acceso a la Justicia de grupos de situación de vulnerabilidad. Manual General de litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado. Niñez y adolescencia, pueblos indígenas y afrodescendientes*, IIDH, Real Embajada de Noruega, 2014. <https://tinyurl.com/2assstph>

PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad*, CERMI Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, ediciones cinco, Madrid, 2008. <https://tinyurl.com/2l9mnf7w>

Hemerografía

CARDONA LLORENS, Jorge, “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos”, *Educatio siglo XXI*, no. 2, vol. 30, 2012, pp. 47-68.

CASTILLA, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia” *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, UNAM, no. 20, enero – junio 2009, pp. 65-83.

MATA QUINTERO, Gerardo, “La Interpretación conforme en el Sistema Constitucional Mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, no. 46, julio – diciembre 2018, pp. 213-247. <https://tinyurl.com/1wxuefr1>

Legisgrafía

Código Civil Federal del Estado de México

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Americana de Derechos Humanos

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Convención sobre los Derechos del Niño

Jurisprudencia mexicana

Tesis: 1ª./2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, febrero 2016.

Tesis: (I Región) 8o.1CS (10ª.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, abril 2018.

Tesis: IC. 2º. A J/7 (10ª.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, diciembre 2013.

Tesis: (III Región) 5º. J/8. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, marzo 2014.

Jurisprudencia de la CORTE IDH

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
<https://tinyurl.com/3u5ga9ja>

Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia 28 de noviembre de 2012. <https://tinyurl.com/524w3rhs>

Caso Atala Riffo y niñas vs Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012.
<https://tinyurl.com/suiqhcs3>

Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020.
<https://tinyurl.com/3kcl48mb>

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
<https://tinyurl.com/1k2vp3du>

Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014. <https://tinyurl.com/z026ih7w>

Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Sentencia de 27 abril de 2012.
<https://tinyurl.com/1dsqgu3m>

Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011. <https://tinyurl.com/ykkmqfc3>

Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998.
<https://tinyurl.com/22g6gtsm>

Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Sentencia de 09 marzo de 2018.
<https://tinyurl.com/oe3h3lum>

Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia de 31 agosto de 2010.
<https://tinyurl.com/ysrkax5c>

Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua. Sentencia de 08 marzo de 2018.
<https://tinyurl.com/32pc5ue7>

SCJN

Amparo en revisión 1368/2015. <https://tinyurl.com/uojbvxlj>

Expediente varios 912/2010. Caso Radilla Pacheco, 14 de julio del 2011.

Cibergráfica

BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Sistemas jurídicos de la cultura occidental*.
<https://tinyurl.com/14phowtz>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe n° 54/01, caso 12.051, Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, 16 abril del 2001.
<https://tinyurl.com/z3jen70d>

CORTE IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 7: control de convencionalidad*. <https://tinyurl.com/2j7vefkz>

OEA. *Tratados multilaterales*. <https://tinyurl.com/yd3mnl2g>