



EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DIFUSO

EVOLUTION OF DIFFUSE CONVENTIONALITY CONTROL

EVOLUCIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

<i>Recebido em:</i>	14/06/2020
<i>Aprovado em:</i>	28/09/2020

Merly Martínez Hernández*

RESUMEN

El control difuso de convencionalidad ha ido expandiendo el manto de protección de los derechos humanos, desde la descripción de esta herramienta, hasta comprometer, sucesivamente, a todos los entes y agentes de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por lo que representa para los operadores jurídicos la frontera del conocimiento actual en Latinoamérica.

Palabras clave: Derechos humanos, control de convencionalidad, Sistema Interamericano, difuso.

* Maestra en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad del Sur; Licenciada en derecho egresada de la Universidad Valle de México Campus Tuxtla; Profesora de la Universidad Autónoma de Chiapas, Asociada del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal; Vocal del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos e integrante del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Contacto: abogadamerly@hotmail.com



RESUMO

O controle difuso da convencionalidade vem ampliando o manto de proteção dos direitos humanos, desde a descrição desta ferramenta, passando a envolver sucessivamente todas as entidades e agentes dos Estados que fazem parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pelo que representa para os operadores legais a fronteira do conhecimento atual na América Latina.

Palavras-chave: Direitos humanos, controle de convencionalidade, Sistema Interamericano, difuso.

ABSTRACT

The diffuse control of conventionality has been expanding the mantle of protection of human rights, from the description of this tool, to successively involving all the entities and agents of the States that are part of the Inter-American Human Rights System, for what it represents for legal operators the frontier of current knowledge in Latin America.

Key words: Human rights, control of conventionality, Inter-American System, diffuse.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD; 2. EL INICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD; 2.1. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile; 2.2. Caso Gelman Vs. Uruguay I; 2.3. Caso Gelman Vs. Uruguay II; 3. IMPACTO DEL SIDH EN LOS ESTADOS PARTE; 4. MÉXICO; 4.1. Expediente varios 912/10; 4.2. Contradicción de tesis 293/2011. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El Control difuso de convencionalidad es una herramienta relativa de aplicación del derecho convencional, porque sí la norma nacional es más protectora que la disposición interamericana, deberá aplicarse el principio *pro persona*, por lo que de forma *a priori* no es



posible, en abstracto, establecer la supremacía de una fuente del derecho sobre otra, máxime que ambas conforman lo que se conoce como el bloque de constitucionalidad.

En el ámbito regional americano la interrelación entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos fundamentales o humanos adquiere una dimensión especial y más estrecha, constituyendo una verdadera fusión y un único sistema de derechos, los cuales se alimentan de la fuente interna constitucional y de las fuentes del derecho internacional, incorporándose esta últimas generalmente como parte del bloque constitucional de derechos.¹

El derecho convencional es el sistema de normas, reglas y principios creados mediante pactos o tratados internacionales, inclusive por la costumbre internacional que ha servido de fundamento en diversos fallos, que establecen directrices e instituciones comunes entre diversos Estados.

La expresión “derecho convencional” cobija, en principio, las distintas clases de acuerdos, convenios y tratados que pueden celebrar los sujetos de derecho internacional.²

El control de convencionalidad tiene como fundamento los tratados internacionales de derechos humanos, así es factible encontrarse con tal exigencia en los propios tratados.

El artículo 1º, punto 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone:

*Cada Estado parte se compromete a **adoptar**, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el*

¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira, El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010, *Revista Chilena de Derecho*, 2012, pp. 149-187.

² ROMERO-PÉREZ, Xiomara Lorena, *Derecho convencional de los tratados*, Véase en: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01383884/>, consulta 12 de enero de 2020, p. 2.



presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

El artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ordena:

*Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a **adoptar** medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*

El artículo 9º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial señala:

*Los Estados partes se comprometen a presentar al Secretario General de las Naciones Unidas, para su examen por el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan **adoptado** y que sirvan para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención: a) dentro del plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado de que se trate; y b) en lo sucesivo, cada dos años y cuando el Comité lo solicite. El Comité puede solicitar más información a los Estados partes.*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 2º, del “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”, precisa:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los



*Estados partes se comprometen a **adoptar**, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

Entre las diversas acepciones de la palabra adoptar, se encuentra como: *Admitir alguna opinión o doctrina considerándola propia*, así cuando los Estados suscriben un compromiso convencional, porque en congruencia, tanto en el sistema universal como el regional, deben hacer suyo el derecho convencional, así lo ha determinado la Corte IDH:

*El Estado deberá **adoptar** todas las medidas administrativas, legislativas, financieras, de recursos humanos y de cualquier otra índole necesarias para la constitución oportuna de este Fondo, de modo que el dinero asignado al mismo pueda invertirse en forma efectiva, en los programas y acciones correspondientes, en los plazos fijados en los mismos y, en todo caso, en un período no mayor a cuatro años a partir de la notificación de la... sentencia.³*

(Resaltado agregado)

1. CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto

³ CORTE IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Párrafo 340.



contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional.⁴

El SIDH es abierto y dinámico porque no sólo está conformado con las normas, principios y directrices plasmados en los tratados internacionales, su alcance se va nutriendo con la interpretación, integración y aplicación de las instituciones de supervisión, esencialmente de la Corte IDH.⁵

Cada Estado latinoamericano cuenta con la posibilidad de integrar al SIDH, aunque los sistemas jurídicos internos sean diferentes, y que en algunos no se garantice de forma adecuada la protección a los derechos humanos (DH). Por ejemplo, existen normas que van en contra de otras de mayor jerarquía o, peor aún, hay ausencia de procesos internos de protección a las víctimas ante violaciones de derechos humanos. Por estas irregularidades de cada sistema jurídico estatal se ha buscado crear una institución de carácter internacional que ayude a proteger los DH y, en caso de ser violados, que coadyuve a su reparación, sin dejar impune el acto cometido. No obstante, la solución creada dentro del SIDH no ha sido sencilla... ha resultado de varias décadas de formación y consolidación que todavía transcurren.⁶

2. EL INICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

⁴ LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez, El control difuso de convencionalidad y su recepción en México, *Revista jurídica valenciana*, 2014, no. 31, p. 79.

⁵ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, Sistemas regionales de protección de derechos humanos, *Revista Jurídica Primera Instancia*, 2014, vol. 3, no. 2, p. 47.

⁶ CHACÓN TRIANA, Nathalia M., *et al.*, *Eficacia del sistema interamericano de derechos humanos*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá 2015, p 34.



La Corte IDH es un órgano jurisdiccional convencional que conoce del proceso de amparo interamericano. Recibe demandas de los Estados parte y de la Comisión IDH sobre peticiones de casos que previamente se sustanciaron ante esa instancia.⁷

Es factible referirse de manera destacada a dos fallos de la Corte IDH que describen los alcances del control difuso de convencionalidad, sin dejar de señalar que entre éstas, hay otras sentencias que forman parte de la evolución de esta exigencia para los Estados parte del SIDH.

2.1. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile⁸

Este fallo es trascendental para el nacimiento del control difuso de convencionalidad. En el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, de 26 de septiembre de 2006, la Corte IDH utiliza por primera vez la idea de control de convencionalidad, pero no sólo para describir las funciones que realiza ésta, como lo expuso en su momento el juez Sergio García Ramírez,⁹ sino que revoluciona el concepto, al compartir la competencia de supervisión de los derechos humanos interamericanos con los jueces de los Estados parte del SIDH, quienes están obligados a ejercer una especie de control de convencionalidad, para evitar restringir el impacto del *Corpus Iuris Latinoamericano* en los sistemas jurídicos nacionales, *so pretexto* de

⁷ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, Sistemas regionales de protección de derechos humanos, *Revista Jurídica Primera Instancia*, 2014, vol. 3, no. 2, p. 13.

⁸ Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del régimen militar que derrocó el gobierno del entonces Presidente Salvador Allende en 1973. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el fin del gobierno militar. Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente. En 1978 se adoptó el Decreto Ley No. 2.191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hayan incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1978. Debido a esta norma no se investigó adecuadamente la muerte del señor Arellano ni se sancionó a los autores del hecho.

⁹ CORTE IDH. *Caso Mack Chang vs. Guatemala*. [Sentencia de 25 de noviembre de 2003](#). Voto concurrente del Juez García Ramírez, IV. Punto 27.



aplicar normas nacionales contrarias al compromiso convencional, dicho control también incluye tomar en cuenta la jurisprudencia de la Corte IDH, como fuente del derecho nacional, deberes para los jueces no discrecionales, sino imperativos, lo que necesariamente implica conocer el *Corpus Iuris Latinoamericano* y la interpretación que de éste realiza la Corte IDH.

La Corte [IDH] es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, 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 IDH, intérprete última de la Convención Americana.¹⁰

¹⁰ [CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 129.](#)



2.2. Caso Gelman Vs. Uruguay I¹¹

El Caso Gelman Vs. Uruguay hay que referirse tanto a la sentencia de fondo como a la de supervisión de cumplimiento de la sentencia.

Así es interesante que en el Caso Gelman Vs. Uruguay, de 24 de febrero de 2011, se reitera que el control de convencionalidad debe ser ejercido por todos los órganos del Estado parte, de forma oficiosa y que la Corte IDH es la última intérprete de las normas, principios y directrices del SIDH, además se precisa en el fallo que no basta para justificar la inaplicación del *Corpus Iuris Latinoamericano* con que la decisión del Estado parte cuente con el respaldo popular y democrático (límite de la decisión de la mayoría) para legitimar la impunidad de actos graves a los derechos humanos, que prevén la tutela de los derechos fundamentales.

¹¹ Los hechos del presente caso se iniciaron el 27 de junio de 1973 cuando se llevó a cabo un golpe de Estado, el cual se prolongó hasta el 28 de febrero de 1985. En esos años se implementaron formas de represión a las organizaciones políticas de izquierda. En noviembre de 1975, se formalizó la “Operación Cóndor”, lo que facilitó la creación de estructuras militares paralelas, que actuaban de forma secreta y con gran autonomía. Esa operación fue adoptada como una política de Estado de las “cúpulas de los gobiernos de hecho”, y estaba dirigida, en ese entonces, por cuerpos castrenses principalmente de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil. María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, embarazada y de 19 años de edad, fue detenida el 24 de agosto de 1976 junto con su esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, en su residencia de Buenos Aires, por comandos militares uruguayos y argentinos, siendo Nora Eva Gelman liberada cuatro días después junto a Luis Eduardo Pereda. María Claudia García y Marcelo Gelman fueron llevados a un centro de detención clandestino, donde permanecieron juntos algunos días y posteriormente fueron separados. Marcelo Gelman fue torturado en dicho centro de detención clandestino y fue ejecutado en 1976. En 1989 los restos de Marcelo Gelman fueron descubiertos. María Claudia García fue trasladada a Montevideo de forma clandestina por autoridades uruguayas, donde dio a luz a una niña. A finales de diciembre de 1976, a María Claudia García le fue sustraída su hija recién nacida. Hasta el momento no se conoce sobre su paradero o el de sus restos. El 14 de enero de 1977 la hija de María Claudia de Gelman habría sido colocada en un canasto y dejada en la puerta de la casa de la familia del policía uruguayo Ángel Tauriño. Él y su esposa, quienes no tenían hijos, recogieron el canasto y se quedaron con la niña, registrándola como hija propia aproximadamente un año y medio más tarde. El 31 de marzo de 2000, a la edad de 23 años, María Macarena Tauriño tuvo por primera vez contacto con su abuelo paterno, Juan Gelman. Como consecuencia de lo anterior, María Macarena Tauriño se sometió, el mismo año, a una prueba de ADN a efectos de determinar el eventual parentesco con la familia Gelman, la que resultó en una identificación positiva en un 99,998%. Los hechos señalados nunca pudieron ser investigados ni sancionados por Uruguay puesto que el 22 de diciembre de 1986 el Parlamento uruguayo aprobó la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. Esta ley fue una amnistía en relación con los delitos cometidos en el periodo del régimen militar.



La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, casos y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”. Otros tribunales nacionales se



han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales.¹²

(Subrayado agregado)

¹² CORTE IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia 24 de febrero de 2011, párrafo 239.



2.3. Caso Gelman Vs. Uruguay II

La Corte IDH en la resolución de supervisión de cumplimiento del fallo del Caso Gelman Vs. Uruguay, de 20 de marzo de 2013, que por su importancia y definición del desarrollo del control de convencionalidad jurisprudencial se analiza.

La Corte IDH determina de forma extensa y determinante la obligatoriedad de todo órgano del poder público de ejercer el control difuso de convencionalidad cuya fuente son las normas de la Convención ADH y la interpretación a ésta, sea parte el Estado en el proceso interamericano o no, así los criterios de jurisprudencia tienen efecto *erga omnes* de la cosa juzgada internacional.

Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.¹³

La Corte IDH recuerda los parámetros del control difuso de convencionalidad, la reitera al especificar primero que le corresponde ejercerlo al poder judicial y a los órganos con funciones materialmente jurisdiccionales, y termina por incluir a toda clase de autoridades, que estén integradas en cualquiera de los poderes públicos o entidad del Estado, refuerza que esta obligatoriedad debe ser de oficio, sin que para ello las disposiciones del *Corpus Iure Latinoamericano* deban ser invocadas por las partes en caso concreto en un proceso o procedimiento, lo que permite a los operadores jurídicos supervisar los actos del legislador y determinar cuándo trasgrede los parámetros de protección y evitar, al dejar de aplicar la

¹³ CORTE IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento. 20 de marzo de 2013, párrafo 65.



norma inconvencional, cualquier restricción a los derechos humanos que pretenda neutralizar el principio de efecto útil.

Así, en varias sentencias la Corte [IDH] ha establecido 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 en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención [ADH] no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, 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, 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.¹⁴

En esta parte de la sentencia la Corte IDH define el control de convencionalidad como herramienta del derecho internacional de los derechos humanos:

[...] el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que

¹⁴ *Ibidem*, párrafo 66.



*existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte [IDH] en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma [...].*¹⁵

En este punto de la sentencia se establece que la interpretación que haga la Corte IDH es vinculatoria para todos Estados parte del SIDH, independientemente que hayan participado en el proceso o no, en el cual se hayan generado criterios interamericanos para todas las autoridades, incluyendo las instancias democráticas, entiéndase poderes legislativos y ejecutivo, en la emisión de normas, debiendo considerar los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte IDH en el momento de ejercer el control difuso de convencionalidad.

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, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos

¹⁵ *Ibidem*, párrafo 68.



*concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.*¹⁶

3. IMPACTO DEL SIDH EN LOS ESTADOS PARTE

El procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es excesivamente dilatado. La primera instancia se realiza ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En términos generales, ésta tiene que emitir 3 decisiones trascendentes, un decreto preliminar de admisión; luego una intermedia en la cual determina si es admisible o no, y finalmente un informe de fondo, en éste decide si hubo responsabilidad o no del país a quien se le imputa la trasgresión de derechos humanos. La resolución de inadmisibilidad no admite recurso,¹⁷ posteriormente, si considera la Comisión IDH, que es factible presentar el caso ante la Corte IDH y el Estado ha aceptado la jurisdicción¹⁸ de la Corte IDH, así como está de acuerdo la presunta víctima, se repetirá ante este tribunal las etapas ya desarrolladas ante la Comisión IDH: radiación, admisibilidad y fondo, en el que se incluyen las audiencias de pruebas y alegatos.

La forma idónea de agilizar la resolución de los conflictos de derechos humanos es que sean los Estados quienes a través del control difuso de convencionalidad realicen la protección en base a los parámetros interamericanos, lo contrario en sí mismo viola el principio del plazo razonable por excesivo tiempo que abarca desde la violación hasta la resolución final.

El control difuso de convencionalidad causa diversos impactos en los sistemas nacionales, el primero es en el ámbito normativo, al incrustarse el *Corpus Iuris Latinoamericano* en el

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 69.

¹⁷ LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez, El control difuso de convencionalidad y su recepción en México, *Revista jurídica valenciana*, 2014, no. 31, p. 74.

¹⁸ Son veinte los Estados que reconocen la competencia contenciosa de la Corte IDH, a decir: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.



derecho positivo nacional para formar un todo, pero no es una simple amalgama, el ingreso es a la zona exclusiva (V.I.P.) por su jerarquía.

En segundo término obliga a los jueces de todos los niveles a prepararse, conocer y operar el *Corpus Iuris Latinoamericano*; tercero, a aplicar el *Corpus Iuris Latinoamericano* de oficio; cuarto, como consecuencia, dejar de aplicar normas nacionales que sean contrarios al *Corpus Iuris Latinoamericano*, de esta forma el control difuso de convencionalidad realiza una tarea de depuración de normas inconventionales, y quinto, el núcleo del esencial y prudencial del SIDH lo determina el principio *pro persona*.¹⁹

4. MÉXICO

En México el control difuso de convencionalidad ha tenido dos etapas diferentes, las cuales se van abordar en base a la interpretación que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y no conforme a lo previsto en la propia Constitución mexicana, en la que no es la primera vez, como se verá, que el máximo tribunal nacional limita la competencia de los órganos jurisdiccionales en el país y ahora los parámetros de protección de derechos humanos.

4.1. Expediente varios 912/10

El 14 de julio de 2011 la SCJN al resolver la consulta a trámite del expediente varios 912/2010, relativa al cumplimiento que le correspondía al Poder Judicial de la Federación de la sentencia del Caso Radilla Pacheco dictada por la Corte IDH, determinó como criterio

¹⁹ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, Sistemas regionales de protección de derechos humanos, *Revista Jurídica Primera Instancia*, 2014, vol. 3, no. 2, p. 32.



obligatorio para todas y todos los jueces del país aplicar el control difuso de convencionalidad.

Además, la SCJN dejó sin efecto las jurisprudencias que prohibían el llamado control difuso de constitucionalidad previsto literalmente en el artículo 133 de la carta magna mexicana, por influencia de las Constitución Norteamericana, ahora sí, a partir del fallo interamericano, los tribunales y juzgados ordinarios pueden o deben realizar el control difuso de constitucionalidad al resolver los casos concretos que les corresponda conocer, respecto de las leyes y demás normas secundarias que apliquen, inclusive a la propia Constitución.

De esta forma la SCJN dictó diversos criterios:

PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.²⁰

²⁰ Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, diciembre de 2011, tomo I, p. 551. En octubre de 2013 la SCJN resolvió que son vinculantes todas las sentencias que emita la Corte IDH aún que México no haya sido parte al resolver contradicción de criterios 293/2011.



PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los



*derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.*²¹

Estas dos tesis fueron dictadas en el expediente denominado varios 912/2010 el 14 de julio de 2011, por mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

Notas: En las resoluciones pronunciadas el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes:

CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Y, CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN., conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.²²

²¹ Tesis: P. LXIX/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, diciembre de 2011, tomo I, p. 552.

²² La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.



CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución),



*sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.*²³

4.2. Contradicción de tesis 293/2011

A partir de la resolución de la sentencia de la contradicción de tesis 293/2011²⁴ del pleno de la SCJN se han empezado a emitir diversos criterios jurisdiccionales contrarios al principio *pro homine previsto en la propia Constitución*, al limitar absolutamente el control de convencionalidad a las disposiciones de la Constitución, pero además si una norma constitucional regula un derecho humano de forma más restringida a las disposiciones del SIDH, es decir da menos protección, no obstante a ello se debe estar a lo previsto en las restricciones constitucionales, adicionalmente se impide cualquier ponderación entre las normas constitucionales y los instrumentos internacionales, lo cual es equivocado porque dicho proceder es contrario al objeto y fin de la Convención IDH.

Un ejemplo de como se ha aplicado el argumento de las restricciones constitucionales, que el efecto inmediato es anular los derechos humanos de carácter convencional y con ello, inaplicar la exigencia procesal del control difuso de convencionalidad, es en el caso de los trabajadores de confianza, que la Constitución mexicana establece una distinción, entre los que tienen esta categoría y quienes no, una especie de discriminación en los derechos laborales, a pesar de que se pretenden “ocultar” con la argumentación de que “realizan un papel importante en el ejercicio de la función pública del Estado”, es decir, por ser tan trascendente su actividad no tienen derecho a la estabilidad laboral, pero además lo

²³ Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, diciembre de 2011, tomo I, p. 535.

²⁴ Cfr. Tesis: 293/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 96.



lamentable, es que los cargos que otorga el Estado a los trabajadores los califica de confianza para que en cualquier momento sean despedidos, a pesar que no realizan funciones de confianza en la realidad.

TRABAJADORES DE CONFIANZA AL SERVICIO DEL ESTADO. SU FALTA DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO RESULTA COHERENTE CON EL NUEVO MODELO DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La actual integración de la Segunda Sala de la SCJN estima que el criterio que ha definido a través de las diversas épocas del Semanario Judicial de la Federación, al interpretar la fracción XIV, en relación con la diversa IX, del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que los trabajadores de confianza al servicio del Estado sólo disfrutarán de las medidas de protección al salario y gozarán de los beneficios de la seguridad social, resulta acorde con el actual modelo de constitucionalidad en materia de derechos humanos y, por tanto, debe confirmarse, porque sus derechos no se ven limitados, ni se genera un trato desigual respecto de los trabajadores de base, sobre el derecho a la estabilidad en el empleo. Lo anterior, porque no fue intención del Constituyente Permanente otorgar el derecho de inamovilidad a los trabajadores de confianza pues, de haberlo estimado así, lo habría señalado expresamente; de manera que debe considerarse una restricción de rango constitucional que encuentra plena justificación, porque en el sistema jurídico administrativo de nuestro país, los trabajadores de confianza realizan un papel importante en el ejercicio de la función pública del Estado; de ahí que no pueda soslayarse que sobre este tipo de servidores públicos descansa la mayor y más importante responsabilidad de la dependencia o entidad del Estado, de acuerdo con las funciones que realizan, nivel y jerarquía, ya sea que la presidan o porque



tengan una íntima relación y colaboración con el titular responsable de la función pública, en cuyo caso la "remoción libre", lejos de estar prohibida, se justifica en la medida de que constituye la más elemental atribución de los titulares de elegir a su equipo de trabajo, a fin de conseguir y garantizar la mayor eficacia y eficiencia del servicio público.²⁵

(Subrayado agregado)

CONCLUSIONES

El control difuso de convencionalidad es una exigencia del derecho convencional de los derechos humanos, no es exclusivo del SIDH, es la regla de todo el tratado internacional, que consiste en adecuar el derecho nacional conforme al derecho nacido en el pacto o convenio. El control difuso de convencionalidad es una herramienta que dimensiona el compromiso de los agentes de los Estado parte y que los obliga a actuar conforme al derecho convencional en conjunto: *Corpus Iuris Latinoamericano*.

El control difuso de convencionalidad no ha sido un instrumento asimilado cabalmente por los Estado parte del SIDH, en el caso de México, ha habido avances y graves retrocesos en la protección de los derechos humanos convencionales, como las mal llamadas restricciones constitucionales, que son violaciones anticipadas al *Corpus Iuris Latinoamericano*.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

²⁵ Tesis: 2a./J. 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, marzo de 2014, tomo I, p. 877.



- ALCALÁ, Humberto Nogueira, El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010, *Revista Chilena de Derecho*, 2012, pp. 149-187.
- CHACÓN TRIANA, Nathalia M., et al., *Eficacia del sistema interamericano de derechos humanos*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá 2015.
- LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez, El control difuso de convencionalidad y su recepción en México, *Revista jurídica valenciana*, 2014, no. 31, pp. 63-89.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, Sistemas regionales de protección de derechos humanos, *Revista Jurídica Primera Instancia*, 2014, vol. 3, no. 2, pp. 11-50.
- ROMERO-PÉREZ, Xiomara Lorena, *Derecho convencional de los tratados*, Véase en: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01383884/>

Legisgrafía

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Jurisprudencia Interamericana

CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

CORTE IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Sentencia de 6 de febrero de 2020.

CORTE IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de supervisión de cumplimiento. 20 de marzo de 2013.



CORTE IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia. 24 de febrero de 2011.

CORTE IDH. *Caso Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

Tesis y jurisprudencia mexicana

Tesis: 293/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 5, tomo I, abril de 2014.

Tesis: 2a./J. 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, tomo I, marzo de 2014.

Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, tomo 1, diciembre de 2011.