

INFORME

RECEPCIÓN JUDICIAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO**JUDICIAL RECEPTION OF CONVENTIONALITY CONTROL IN MEXICO****por Roberto Carlos Fonseca Luján**

Profesor de Carrera Titular en la Facultad de Derecho

de la Universidad Nacional Autónoma de México

Cómo citar este artículo / Citation:

Fonseca Luján, Roberto Carlos (2023):

Recepción judicial del control de convencionalidad en México, en:

Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 26.

DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.CM23.0209>**RESUMEN**

El artículo analiza la recepción judicial en México de la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se hace una selección y discusión de los criterios relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el tema, analizando las respuestas que se han dado a problemas como la relación entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad y la vinculatoriedad de los precedentes interamericanos. Se revisan los criterios que construyen un modelo operativo que permite entender cómo funciona el control de convencionalidad en sede judicial en México. Asimismo, se critican los aspectos de la doctrina del máximo tribunal mexicano que se alejan del sentido original de la doctrina de la Corte Interamericana.

Palabras clave: control de convencionalidad, control de constitucionalidad, jurisprudencia interamericana.

ABSTRACT

The article analyzes the judicial reception in Mexico of the conventionality control doctrine developed by the Inter-American Court of Human Rights' case law. A selection and discussion of the relevant Mexican Supreme Court of Justice's criteria on the subject is made, in order to analyze the answers that have been given to problems such as the relationship between control of conventionality and control of constitutionality and the binding nature of Inter-American Court's case law. The criteria that build an operating model that allows understanding how conventionality control works in Mexican courts are reviewed. Likewise, aspects of the highest Mexican court's doctrine that deviate from the original meaning of the Inter-American Court's doctrine are criticized.

Keywords: Conventionality Control, Constitutionality Control, Inter-American Case Law.

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación de carácter cualitativo tiene como objetivo analizar la recepción judicial en México de la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH). Para esto, se discuten los criterios relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) mexicana sobre el tema. El análisis organiza estos criterios en cuatro grupos temáticos, cada uno de los cuales profundiza en un problema presentado con la incorporación del control de convencionalidad: a) relación entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad; b) primacía de los límites constitucionales a los derechos sobre el derecho convencional; c) vinculatoriedad de los precedentes interamericanos frente a la jurisprudencia nacional; y d) modelo operativo judicial del control de convencionalidad.

Como conclusión preliminar del estudio, se identifica que la SCJN ha realizado una reinterpretación de las pautas generales de la doctrina interamericana del control de convencionalidad, para adaptarla a las formas del sistema jurídico mexicano y a las propias tradiciones judiciales. En algunos aspectos, esta adaptación ha logrado una integración armónica de la doctrina interamericana con el sistema judicial nacional. En otros aspectos, en la adaptación se ha alterado el sentido o el propósito original de la doctrina del control de convencionalidad.

El estudio es relevante porque el caso mexicano es ilustrativo de los problemas que está enfrentando la construcción de un derecho común de los derechos humanos en la región latinoamericana. Asimismo, el tema ha recobrado actualidad tras el dictado reciente por parte de la COIDH de dos sentencias contra México (caso *Tzompaxtle Tecpile y otros*, en noviembre de 2022, y caso *García Rodríguez y otro*, en enero de 2023), en las cuales se ordenan medidas que obligan a replantear algunos aspectos del modelo de control de convencionalidad configurado por la SCJN y aplicado en el país en la última década.

II. RELACIÓN ENTRE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En el ámbito latinoamericano, el control de convencionalidad es un mecanismo para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales a cargo de los Estados, particularmente las previstas en los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En esta medida, puede entenderse como un “modelo de control de aplicación del derecho internacional” (Becerra Ramírez, 2017: 125) cuyo fundamento, además del “principio de convencionalidad” (Villalba Bernié, 2017: 509) dispuesto en los instrumentos regionales, son los principios del derecho internacional público recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Aguilar Cavallo, 2019).

El actual entendimiento de este control de convencionalidad interamericano ha sido desarrollado por la doctrina jurisprudencial de la COIDH en múltiples sentencias dictadas desde 2006. Progresivamente, la COIDH ha ido especificando el contenido de este control en aspectos como los destinatarios al interior de los Estados, el parámetro del control y su objeto (Henríquez Viñas, 2019; Quintana Osuna, 2019). En su conjunto, de los distintos precedentes se desprende una teoría sobre el control de convencionalidad cuyos aspectos han sido justificados y clarificados por la COIDH, inclusive jugando un rol pedagógico, con el fin de facilitar a las autoridades internas su implementación (Burgogue-Larsen, 2015).

Según la doctrina de la COIDH, la obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a todas las autoridades, incluidos los jueces nacionales. En una formulación reciente, se establece que la obligación consiste en que:

“cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, 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, por lo que –en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes– las magistraturas 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, y 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” (COIDH, *caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, de 7 de noviembre de 2022, § 219).

De esta manera, se trata de un control de convencionalidad en sede interna o “difuso” (Ferrer Mac-Gregor, 2017a: 674), distinto del “control concentrado” que realiza la propia COIDH en sede internacional, en ejercicio de su competencia consultiva o contenciosa (Nogueira Alcalá, 2012: 1168). Mediante este control en sede interna ejercido oficiosamente, los jueces nacionales están en la posición de prevenir ilícitos internacionales, al privilegiar la aplicación del derecho interamericano de los derechos humanos sobre el derecho nacional. Esta obligación de hacer valer la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno implica la afirmación de una “supremacía convencional” (Ferrer Mac-Gregor, 2017a: 680).

En el ámbito mexicano, la recepción del control de convencionalidad se ha dado en la doctrina jurisprudencial de la SCJN, al no existir desarrollo legislativo sobre la materia. Las distintas decisiones de la SCJN al respecto, por su relevancia, pueden considerarse como “sentencias de andamiaje o engarce constitucional” (Quintana Osuna, 2019: 109).

El proceso de recepción se da a partir de 2009 con la sentencia de la COIDH en el caso *Radilla Pacheco vs. México*, en la cual se afirma la obligación de realizar el control de convencionalidad al interior del Estado mexicano. En este momento inicial, dos aspectos del sistema constitucional mexicano condicionan la eventual aplicación de dicho control. En primer lugar, la jerarquía de los tratados internacionales (incluidos los instrumentos del SIDH) que se consideran inferiores a la constitución y superiores al derecho federal y local. En segundo lugar, la operación exclusiva de un modelo de control de constitucionalidad concentrado a cargo de los órganos del Poder Judicial de la Federación, en el cual se niega competencia a los jueces locales para realizar funciones de control de constitucionalidad. Ambos aspectos se configuran por la interpretación del artículo 133 constitucional¹ realizada por la SCJN que, sosteniendo contra el texto una “tesis negativa acerca del control difuso” (Acuña, 2019: 56-57), permite a los órganos judiciales federales monopolizar el control de la constitucionalidad (Becerra Ramírez, 2017: 146).

1. Según este artículo 133 de la Constitución general mexicana: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.

El primer aspecto se modifica un par de años después, con la reforma al artículo 10 constitucional de junio de 2011 que eleva la posición jerárquica de las normas de derechos humanos previstas en tratados internacionales². Según doctrina generalizada, esta reforma representa la construcción de un “bloque de constitucionalidad” en México (Rodríguez Manzo, 2013: 17; Acuña, 2019: 127-128), integrado precisamente por las normas de derechos humanos previstas en la constitución y en los tratados internacionales. El segundo aspecto se reconfigura por la propia SCJN que, sin renunciar a sus propias atribuciones controladoras, modifica su interpretación asumiendo que la generación de una obligación de ejercer control de convencionalidad a cargo de todos los jueces nacionales solo puede darse a partir de la aceptación de un modelo de control difuso de constitucionalidad. De esta manera, se sientan las bases para establecer en México un “sistema mixto o híbrido de control de constitucionalidad-convencionalidad” (García Ramírez, 2013: 217).

Esta reconfiguración, que permite la recepción y aplicación del control de convencionalidad, se establece en el Expediente Varios 912/2010 resuelto por el Pleno de la SCJN en julio de 2011. Para lo que aquí interesa, en esta resolución el Pleno considera que el “control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos”, entendido según lo define la COIDH en el caso *Radilla Pacheco*, se incorpora al control de constitucionalidad en el marco de “un modelo general de control de constitucionalidad”. Este modelo se elabora a partir de una reinterpretación de los artículos 10 y 133 constitucionales que, según el Pleno, tras la reforma de junio de 2011 establecen un “parámetro de constitucionalidad” que incluye tanto los derechos humanos en la constitución y la jurisprudencia constitucional interna, como los derechos humanos en los tratados internacionales y los criterios de la COIDH³. La SCJN no usa el concepto “bloque” y prefiere emplear el término “parámetro” que, según ha precisado la doctrina, se distingue por ser un concepto procesal (Acuña, 2019: 129).

En este primer momento, la SCJN plantea una primera respuesta al problema de precisar la relación entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad. Aunque la tesis principal del Expediente Varios 912/2010 propone introducir el control de convencionalidad dentro del control de constitucionalidad, no hay una afirmación fuerte en el sentido de que conceptualmente se convierten en un mismo control; más bien, el control de convencionalidad se entiende como una suerte de complemento. Esto es más claro en la Contradicción de tesis 259/2011, resuelta por la Primera Sala de la SCJN en el mismo contexto tras la reforma constitucional mexicana de 2011. En este criterio, se señala de manera reiterada que “el sistema jurisdiccional mexicano se rige mediante un control de constitucionalidad que se viene a complementar con un control de convencionalidad”, con lo cual “la jurisdicción nacional se ve complementada con la jurisdicción internacional”. De esta manera, se insiste, el “control de constitucionalidad y convencionalidad conlleva a que los tribunales observen los derechos reconocidos en la Constitución Federal y los complementen con el contenido de los tratados internacionales en materia de derechos humanos”⁴.

La idea de que el control de convencionalidad es un complemento del control de constitucionalidad sugiere en este primer momento que su aplicación puede ser de naturaleza subsidiaria. Así se llega a interpretar en el ámbito de los órganos

2. El texto reformado del artículo 10 establece: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

3. SCJN, Pleno, Varios 912/2010, §§ 24, 30, 31 y 33. Reg. 23183.

4. SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 259/2011. Reg. 24124.

judiciales federales, presentándose criterios según los cuales la aplicación del control de convencionalidad ha de realizarse “en suplencia de la deficiencia de la normativa interna”⁵; es decir, cuando no haya previsión constitucional del derecho humano en cuestión. La subsidiariedad del control de convencionalidad es un criterio que paulatinamente se descarta, pues debilita la obligatoriedad de la doctrina. Esta interpretación confunde la complementariedad del sistema interamericano como vía de tutela de los derechos humanos, con la obligación primaria de realizar control de convencionalidad que se dirige a los jueces internos.

Pocos años después, en 2013, la SCJN ajusta su respuesta al problema que se comenta. Dando un paso adelante en su interpretación, afirma que el control de constitucionalidad y de convencionalidad no son controles separados, sino que se integran en un solo control, denominado “control de regularidad”. Esta nueva interpretación se plasma en la resolución del Pleno a la Contradicción de tesis 293/2011, en la cual se señala que el “parámetro de control de regularidad constitucional” comprende las dos fuentes normativas que permiten realizar el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, de manera que “hablar de constitucionalidad o convencionalidad implica hacer referencia al mismo parámetro de regularidad o validez, aunque para efectos meramente didácticos pueda diferenciarse entre el origen de la norma empleada para desarrollar el estudio de validez respectivo”⁶. De este modo, para la interpretación del Pleno, todas las normas de derechos humanos en México, independientemente de su fuente, “son Constitución” (Quintana Osuna, 2019: 131).

En el mismo 2013, el propio Pleno señala que “el control de convencionalidad es un control de constitucionalidad desde el punto de vista sustantivo”, al tener como materia los derechos humanos. Consecuentemente, afirma que el conflicto entre una norma de derechos humanos de fuente internacional y una norma general se considera una “cuestión constitucional”, lo que tiene consecuencias importantes en el marco procesal del amparo mexicano⁷. A partir de este momento, la unión conceptual entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad se consolida en la doctrina de la SCJN. La fusión de ambos controles conforma lo que en términos prácticos cabría llamar un control de derechos humanos y que el órgano judicial opta por denominar “control de regularidad constitucional”.

La respuesta de la SCJN a la relación entre los dos controles es discutible. En principio, aunque la SCJN establezca que son un mismo control, es claro que conceptualmente el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad son mecanismos diferentes, cada uno con su propio parámetro y objeto. Así como la contravención de un mandato constitucional por una norma general no parece motivo adecuado para declarar la inconventionalidad de dicha norma, así igualmente “los derechos humanos de fuente internacional no son fundamento lógico ni congruente para declarar [la] regularidad [constitucional]”, porque el análisis de convencionalidad lo que persigue es “analizar un acto o norma bajo la luz de un instrumento supranacional [para] determinar su regularidad hacia éste” (Herrera Pérez, 2016: 283).

Para corroborar esta separación entre los dos controles basta volver a la perspectiva interamericana desde la cual las constituciones nacionales, como toda norma del derecho interno, son también objeto de examen dentro del control de convencionalidad en

5. Control difuso de convencionalidad ex officio. su aplicación es de naturaleza subsidiaria o complementaria del sistema jurídico mexicano. TCC, Tesis: (III Región) 5o. J/8 (10a.). Reg. 2005942.

6. SCJN, Pleno, Contradicción de tesis 293/2011. Reg. 24985.

7. SCJN, Pleno, Contradicción de tesis 21/2011. Reg. 24984.

sede de la COIDH. Si en ejercicio de su competencia el tribunal internacional encuentra que una norma constitucional interna es contraria a las obligaciones convencionales en materia de derechos humanos, puede decretar su inconventionalidad y ordenar al Estado que ajuste esa disposición constitucional en lo pertinente para conformarla con el parámetro convencional (Nogueira Alcalá, 2012: 1187-1188). Desde esta perspectiva, el control de convencionalidad se separa e incluso se sobrepone al control de constitucionalidad. Igualmente, tratándose del control en sede interna, la obligación de los jueces nacionales según la COIDH supone que han controlar el derecho interno, incluidas las normas constitucionales, con el parámetro del derecho convencional.

De esta manera, la identificación de un control con otro es difícil de sostener conceptualmente. Una cuestión diversa es que, para reforzar la obligatoriedad del control de convencionalidad en sede interna, al interior de los Estados se establezca que ha de realizarse de manera conjunta o como parte del esquema competencial en el cual se ejerce el control de constitucionalidad en el sistema jurídico, ante la falta de mecanismos legales mejor desarrollados para ese propósito. Esto es lo que ha realizado la SCJN en México al proponer la fusión entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad en el marco de un control general de regularidad. Teniendo esto en cuenta, la propuesta de la SCJN aparece como un mecanismo interpretativo útil para favorecer el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos previstas en los instrumentos del SIDH. En esta medida, es una adaptación adecuada de la doctrina de la COIDH a las condiciones del sistema mexicano, en tanto favorece el efecto útil de las disposiciones convencionales, al colocar a los jueces con competencia para ejercer control de constitucionalidad (sea de forma concentrada o difusa) en la posición de ser también jueces de convencionalidad.

En la última década, la doctrina jurisprudencial de la SCJN sobre el control de convencionalidad ha acercado el funcionamiento del derecho constitucional mexicano a los esquemas seguidos en otros Estados latinoamericanos que también han configurado la existencia de “bloques” constitucionales en los que se integran las normas de derechos humanos de fuente convencional posibilitando el ejercicio del control de convencionalidad en sede interna, como es el caso germinal de Argentina desde su reforma de 1994 (Bestard, 2014); así como de Bolivia, Chile o Perú, donde las magistraturas constitucionales actúan también como tribunales de convencionalidad (Santofimio Gamboa, 2018: 136, 168, 170, 394, 399; Villalba Bernié, 2017: 562-563).

Por otro lado, la doctrina de la SCJN mexicana se distingue del tratamiento que se da al problema en otros países iberoamericanos como Colombia, donde la Corte Constitucional ha afirmado que los tratados de derechos humanos, aun siendo parte del bloque de constitucionalidad, no se pueden utilizar “como parámetro de control para declarar la exequibilidad o inexecutable de una disposición a nivel interno”, dado que al tribunal constitucional no le corresponde ser “juez de convencionalidad” (Gozáini, 2017: 301). Igualmente, una solución diversa se da en España, donde el Tribunal constitucional ha entendido que el control de convencionalidad se ejerce como una cuestión de legalidad, de manera que los instrumentos internacionales de derechos humanos, por sí solos, prevalecen sobre el derecho interno, pero no se integran al parámetro de constitucionalidad (Díez-Picazo Giménez, 2023: 102-103).

III. PRIMACÍA DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LOS DERECHOS SOBRE EL DERECHO CONVENCIONAL

Aunque útil para reforzar la obligatoriedad del control de convencionalidad en sede interna, la fusión de los dos controles desarrollada por la doctrina de la SCJN también ha generado distorsiones en el funcionamiento del mecanismo de garantía de los

derechos humanos convencionales en México. La principal distorsión ha consistido en el encierro de las normas convencionales de derechos humanos dentro de los límites del texto constitucional. En lugar de que las normas constitucionales se conformen con los estándares convencionales para extender la protección a los derechos humanos en el país, la SCJN ha entendido que los estándares convencionales deben conformarse bajo los límites constitucionales para asegurar la supremacía del texto constitucional. De esta manera, la operación de identificar un control con otro ha tenido como efecto sujetar los derechos humanos de fuente internacional “a la observancia del texto fundamental, a sus restricciones, interpretaciones y condiciones, impidiendo que, en su caso, el contenido y alcance protector de los instrumentos internacionales se observe aún en los supuestos de mayor beneficio a la persona” (Herrera Pérez, 2016: 284).

El problema se presenta a partir del contenido diverso que pueden tener las normas de derechos humanos provenientes de fuentes distintas. Aunque la generalidad de las normas constitucionales en Latinoamérica en la actualidad y los instrumentos convencionales recogen un núcleo común de derechos humanos, es posible que en la práctica se presenten discordancias normativas en el alcance o los límites previstos para un derecho. Para armonizar estas diferencias que pueden existir entre normas de derechos humanos de distintas fuentes (constitucionales y convencionales), la doctrina señala de modo prácticamente unánime que ha de emplearse el principio pro persona como criterio hermenéutico y de selección. Según este principio, en caso de diferencias en el contenido y alcance de las normas de derechos humanos se debe preferir la aplicación de la norma que dé más protección a la persona, sin importar su fuente (Pinto, 1997: 163).

Aunque el principio pro persona se recoge en el propio artículo 1º de la Constitución mexicana, la SCJN se ha desviado de su observancia en su interpretación. En algunos de sus criterios, el máximo tribunal no plantea las diferencias entre normas constitucionales y normas convencionales de derechos humanos como un problema de armonización susceptible de resolverse según el principio pro persona, sino que analiza la cuestión a partir de las ideas de supremacía y jerarquía. Según esto, existiendo una oposición entre normas constitucionales y normas de tratados, esta debe resolverse siempre en favor de la constitución, por su carácter de ley suprema. Así lo expresa con claridad la Segunda Sala en 2014, para la cual la constitución queda al margen de cualquier estudio de convencionalidad, al existir “la imposibilidad jurídica” de que el texto constitucional “pueda sujetarse a un control frente a algún precepto contenido en algún tratado internacional del que México sea parte”, ya que estos instrumentos siguen siendo “normas jerárquicamente inferiores a la Constitución Federal”⁸.

El Pleno sigue también esta postura por la cual la constitución tiene primacía, aunque refiriéndola expresamente al renglón de las “restricciones” constitucionales. Esto se desarrolla en la ya mencionada Contradicción de tesis 293/2011 y en la jurisprudencia derivada de 2014. Dicha jurisprudencia, tras afirmar “que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos”, señala que “derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”. La justificación para este criterio se basa en el principio de supremacía constitucional, el cual “comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la

misma, tanto en un sentido formal como material⁹. Esta supremacía, según el Pleno, no cambió con la reforma en materia de derechos humanos de 2011 antes mencionada.

Este criterio de primacía constitucional se manifiesta a propósito del tema del arraigo, una controversial figura limitativa de la libertad personal prevista en el texto constitucional mexicano, que ha sido recientemente declarada inconvencional por la COIDH en la sentencia del caso *Tzompaxtle Tecpile y otros*, de noviembre de 2022, según se comenta adelante. Siguiendo su decisión de 2014, en 2016 el Pleno reitera que: “el arraigo, en términos de lo resuelto en la Contradicción de Tesis 293/2011, es una restricción a los derechos humanos con validez constitucional”¹⁰. Asimismo, al resolver el Expediente Varios 1396/2011, el Pleno determina en 2015 que la constitución impera sobre la jurisprudencia interamericana, ya que el cumplimiento de las sentencias de la COIDH queda condicionado a la observancia de las restricciones constitucionales¹¹. Según el criterio jurisprudencial relativo, al cumplir una sentencia internacional, “si alguno de los deberes del fallo implica desconocer una restricción constitucional, ésta deberá prevalecer”¹².

La argumentación de la SCJN sobre este punto se desarrolla a partir de la inclusión en el primer párrafo del artículo 1º del texto constitucional de la expresión “restringir”, cuyo sentido se identifica con el de limitaciones ordinarias y permanentes a los derechos. La postura que trasciende al fallo en las mencionadas sentencias, sostenida solo en la literalidad del texto constitucional, sugiere que la constitución puede válidamente restringir el goce de los derechos en la medida que sea, sin estar sujeta a ningún control, lo que rompe la lógica del parámetro de regularidad establecido por el propio Pleno (Quintana Osuna, 2019: 150-151).

De esta manera, la SCJN limita la aplicación del principio pro persona, introduciendo una excepción al mismo para el caso de las limitaciones a los derechos previstas expresamente en el texto constitucional. Con esta defensa del texto literal de la constitución, se afirma que las normas constitucionales de restricciones a los derechos humanos tienen primacía y desplazan a las normas convencionales, sin importar si en el caso concreto una norma convencional resulta ser más favorable a la persona. Esta reiteración del criterio jerárquico se ve por la doctrina como un “retroceso” que desarticula el funcionamiento del bloque de derechos en el país, además de contradecir las obligaciones del Estado establecidas en el derecho interamericano de los derechos humanos (Acuña, 2019: 135-137). Igualmente, en su momento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) en su informe de país puntualiza que la prevalencia de las restricciones constitucionales indicada por la SCJN “pareciera ser inconsistente con la obligación estatal de cumplir con sus deberes y obligaciones de conformidad con los tratados que ha ratificado en materia de derechos humanos” (57-58).

El criterio de primacía constitucional en el caso de las restricciones a los derechos se ha mantenido como jurisprudencia obligatoria de la SCJN hasta la fecha. Aunque es un criterio de aplicación excepcional para los contados casos en los cuales la constitución mexicana limita derechos en contravención del estándar convencional,

9. Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. SCJN, Pleno, Tesis: P./J. 20/2014. Reg. 2006224.

10. SCJN, Pleno, AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1250/2012. Reg. 80190.

11. SCJN, Pleno, VARIOS 1396/2011. Reg. 25836.

12. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. directrices para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el poder judicial de la federación tratándose de restricciones constitucionales. SCJN, Pleno, Tesis: P. XVI/2015 (10a). Reg. 2010000.

como sucede con el ya mencionado arraigo o en el caso de la prisión preventiva automática, muestra una renuencia de la SCJN a asumir cabalmente el papel de juez de la convencionalidad. Precisamente en los casos críticos de esas figuras penales violatorias de derechos humanos convencionales la SCJN tendría que haber asumido ese papel mediante el adecuado ejercicio del control de convencionalidad, en lugar de resguardarse en una posición moderada bajo el cobijo del tradicional principio de supremacía constitucional.

Es claro que la doctrina jurisprudencial de la SCJN sobre la supremacía constitucional es incompatible con el derecho convencional. Desde la perspectiva interamericana, los derechos humanos convencionales “*vale[n] jurídicamente más que la constitución*” (Sagüés, 2011: 390), de modo que el Estado no puede alegar razones de constitucionalidad para incumplir sus obligaciones internacionales. La jurisprudencia de la SCJN sobre este punto no ha adaptado el control de convencionalidad, más bien ha dispuesto su inobservancia. Puede considerarse que estos criterios del máximo tribunal han contribuido a mantener “un estado de cosas ‘inconvencional’ o un ilícito internacional continuado latente” (Nogueira Alcalá, 2012: 1188).

Lo anterior se ha mostrado recientemente, en los dos últimos casos en los cuales la COIDH ha determinado la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la aplicación de las figuras constitucionales del arraigo y la prisión preventiva automática, que se juzgan violatorias de derechos humanos. Sin ser el propósito de este trabajo profundizar en estos fallos, para lo que aquí interesa cabe mencionar que las sentencias de los casos *Tzompaxtle Tecpile y otros* de noviembre de 2022 y *García Rodríguez y otro* de enero de 2023 coinciden en reiterar que los jueces del Estado mexicano deben ejercer un adecuado control de convencionalidad entre las normas internas, así sean de naturaleza constitucional, y la Convención Americana junto con su interpretación. Inclusive, en la segunda sentencia se alude a la jurisprudencia de la propia SCJN, la cual se interpreta como posible motivo de incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado mexicano¹³.

Estos fallos recientes de la COIDH representan una obligación para el máximo tribunal mexicano, que ha de enfrentarse al reto de modificar su interpretación sobre la primacía de las restricciones constitucionales. Cabe señalar que este debate existe al interior de la SCJN; muestra de ello es el proyecto de sentencia a la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019 presentado y discutido por el Pleno en noviembre de 2022, en el cual se proponía expresamente abandonar el criterio de la Contradicción de tesis 293/2011 sobre la primacía de las restricciones constitucionales, considerando que ya no satisface las necesidades del sistema de protección de los derechos humanos en el marco del diálogo judicial con la COIDH. El proyecto introducía el concepto del “margen de apreciación nacional” como elemento para realizar una ponderación entre la restricción constitucional y los estándares convencionales, admitiéndose en su caso la posibilidad de inaplicar disposiciones constitucionales que se entiendan contrarias al parámetro de derechos humanos, para otorgar la mayor protección derivada de normas de fuente internacional¹⁴.

Aunque estas consideraciones del proyecto no fueron aprobadas por el Pleno, reflejan la existencia del debate, así como la falta de un acuerdo entre los ministros y las ministras que apunte hacia dónde puede evolucionar la jurisprudencia de la SCJN en

13. COIDH, *caso García Rodríguez y otro vs. México*, de 25 de enero de 2023, § 176.

14. Proyecto de sentencia a la Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, §§ 367-369. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2022-08/AI%20130-2019%20Proyecto.pdf

este problemático punto. Por el lado de la doctrina especializada, es un lugar común el señalamiento de que se requiere una reinterpretación del principio de supremacía constitucional, que atienda a la relación actual entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos. En el panorama contemporáneo, los Estados, al suscribir compromisos internacionales en materia de derechos humanos, acotan la “libertad configurativa” de su derecho constitucional, quedando obligados a “garantizar los mínimos convencionales en materia de derechos humanos”. En este proceso, “las constituciones aún son supremas aunque en un sentido diferente a aquel que tradicionalmente se les ha atribuido” (Acuña, 2019: 115-116).

Se requiere a su vez desanclar el problema de la discusión sobre la jerarquía de fuentes, para reorientarlo hacia los horizontes que entienden que la interacción entre constitución y derecho internacional de los derechos humanos debe analizarse en clave de armonización y diálogo. Según esto, la interacción entre el sistema nacional y el sistema internacional de protección de los derechos humanos supone la construcción de un “modelo pluralista”, en el cual ninguno de los dos órdenes tiene una “prevalencia predeterminada”; los dos niveles, nacional e internacional, tienen autoridad para proteger los derechos humanos, siendo un trabajo de coordinación y diálogo entre los órdenes jurisdiccionales nacional e internacional (Torres Zúñiga, 2016: 485-486). En este marco, el control de convencionalidad ha de operar como un “puente hermenéutico entre el derecho nacional y el derecho interamericano”, construido y consolidado “a partir del diálogo interpretativo” entre jueces (Caballero Ochoa, 2022: 99).

De esta manera, valiéndose de la interpretación conforme, los jueces nacionales han de ejercer “un doble control”, conjuntamente de constitucionalidad y convencionalidad, integrados en un control “hermenéutico dual que garantice la supremacía constitucional y convencional en el caso concreto” (Caballero Ochoa, 2022: 96-97). Desarrollando estos postulados, como bien se entiende en otros ámbitos, la SCJN cuenta con herramientas para modificar su doctrina, asumiendo que la interpretación de una norma constitucional para armonizarla con un tratado de derechos humanos y brindar la mayor protección a la persona de ninguna manera significa quebrantar la supremacía constitucional.

IV. VINCULATORIEDAD DE LOS PRECEDENTES INTERAMERICANOS FRENTE A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

La aceptación de la vinculatoriedad de los precedentes interamericanos por parte de la SCJN se da en dos momentos. En un primer momento, en el ya citado Expediente Varios 912/2010 resuelto por el Pleno, se hace una separación de la jurisprudencia interamericana, al distinguir las sentencias dictadas contra México del resto de resoluciones. Solo a las primeras se les reconoce un carácter vinculante, en atención al principio de cosa juzgada internacional. Para el caso de las sentencias dictadas contra otros Estados, solo se les atribuye una fuerza orientativa, teniendo en cuenta siempre el principio pro persona como criterio de aplicabilidad.

Esta separación entre los precedentes interamericanos se descarta más adelante, por no resultar compatible con el desarrollo jurisprudencial de la COIDH. Para el tribunal supranacional toda su jurisprudencia, incluyendo las opiniones consultivas, resulta obligatoria para los Estados en tanto constituye la interpretación autorizada del texto de la Convención Americana.

En un segundo momento, la SCJN admite la vinculatoriedad del conjunto de los precedentes interamericanos, sin distinguir si el Estado mexicano fue parte o no en el litigio internacional. Esto se desarrolla en la ya mencionada Contradicción de tesis 293/2011 y

en la jurisprudencia derivada. Dicha jurisprudencia reconoce que los criterios de jurisprudencia de la COIDH “resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado”¹⁵. La aplicación de la jurisprudencia interamericana debe armonizarse con la propia jurisprudencia nacional y queda determinada por el principio pro persona; en caso de presentarse un contenido divergente entre la jurisprudencia nacional e interamericana, se ha de preferir aquella que resulte más favorable a la persona.

Según identifica la doctrina, la SCJN introduce una distinción entre obligatoriedad y vinculatoriedad al desarrollar este tema. Mientras la jurisprudencia nacional resulta “obligatoria” para todos los jueces, de manera que no pueden declinar su aplicación; la jurisprudencia interamericana resulta “vinculante”, lo que significa que no constriñe “en sentido fuerte” a los jueces, pues los criterios interamericanos se aplican en la medida que ofrezcan mayor protección a la persona y no de forma indefectible (Acuña, 2019: 144-145).

Esta distinción entre obligatorio y vinculante que introduce la SCJN tiene otras consecuencias en el sistema jurídico nacional. Como solo la jurisprudencia nacional se considera obligatoria para los jueces, esta acaba por tener una aplicación preponderante frente a la jurisprudencia interamericana. Así se establece en la Contradicción de tesis 299/2013, resuelta por el Pleno, en la cual se afirma que la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación no puede ser objeto de control de convencionalidad. Esto, con base en reiterar la obligatoriedad de la jurisprudencia establecida constitucional y legalmente, según el principio de jerarquía vertical característico del sistema judicial mexicano. La SCJN afirma que su jurisprudencia “no puede ser sometida a un control de convencionalidad por cualquier órgano jurisdiccional de menor jerarquía”, porque el máximo tribunal es el “ente dotado de facultades constitucionales para establecer la última palabra” y permitir a los órganos inferiores revisar sus criterios significaría “distorsionar la certeza y la seguridad jurídica”¹⁶.

De esta manera, la SCJN no permite a los jueces ejercer control de convencionalidad de su jurisprudencia, lo que significa su aplicación en todo caso, aun cuando pudiera resultar menos favorable que un criterio interamericano considerado vinculante. Los órganos judiciales deben aplicar la jurisprudencia nacional, aunque aprecien que es contraria a estándares convencionales; están impedidos para interpretar de conformidad o inaplicar dicha jurisprudencia, como sí lo hacen con normas generales. De ser el caso, si aparecen dudas de inconventionalidad, la SCJN indica que el camino a seguir es una solicitud de modificación de jurisprudencia, por medio de la cual el propio órgano emisor de la jurisprudencia puede revisar sus criterios.

De esta manera, así como se ha determinado la primacía del texto constitucional frente al control de convencionalidad según se explicó en el apartado anterior, así también la SCJN ha excepcionado la aplicación del principio pro persona para otorgar primacía a su propia jurisprudencia frente a los precedentes interamericanos. Esta decisión supone perfilar una suerte de “intangibilidad” de la jurisprudencia (Acuña, 2019: 150), o su no “derrotabilidad” (Quintana Osuna, 2019: 148), lo que contraviene la lógica del parámetro de regularidad constitucional orquestado según el principio pro persona. En estos criterios se observa una preocupación del máximo tribunal por afirmarse

15. Jurisprudencia emitida por la corte interamericana de derechos humanos. es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona. SCJN, Pleno, Tesis: P./J. 21/2014. Reg. 2006225.

16. SCJN, Pleno, Contradicción de tesis 299/2013. Reg. 25944.

como órgano de última palabra, cuyas decisiones interpretativas no pueden dejar de seguirse por otros órganos. A su vez, el tribunal parece expresar una inquietud por afirmar su independencia frente a cualquier otro ente o poder interno o externo, como se identifica a la COIDH en este campo.

Por otra parte, hay que mencionar que en otros órganos del Poder Judicial de la Federación se presenta una incompreensión sobre las distintas formas como se produce la jurisprudencia interamericana, y la vinculatoriedad de estas como parámetro para ejercer el control de convencionalidad. Muestra de ello es un criterio que distingue entre sentencias y opiniones consultivas, reconociendo fuerza vinculante solo a las primeras. Según este criterio las opiniones consultivas de la COIDH, al no ser “resoluciones contenciosas” no son “jurídicamente vinculantes”, únicamente “son orientadoras para los Jueces nacionales”¹⁷. Esta distinción no es compatible con la doctrina de la COIDH, que ha establecido que su jurisprudencia se integra por las interpretaciones que realiza tanto en ejercicio de su competencia consultiva como contenciosa¹⁸.

V. MODELO OPERATIVO JUDICIAL DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El modelo operativo del control de convencionalidad consiste en los criterios que establecen cómo se realiza este control en la actuación de los órganos jurisdiccionales. Como ya se indicó antes, este modelo ha sido generado por la propia SCJN, al no existir desarrollo legislativo sobre la materia.

Este modelo se prevé en sus líneas generales en el ya citado Expediente Varios 912/2010, en el cual se dispone un sistema mixto, con cuatro ámbitos competenciales para ejercer el control. Para lo que aquí interesa, se destacan dos principales: a) el control concentrado, ejercido por los órganos de control de constitucionalidad del Poder Judicial de la Federación; y b) el control difuso, realizado por los demás órganos judiciales federales y locales. Mientras el control concentrado se realiza de forma procedimental directa, pues precisamente el planteamiento de inconvencionalidad corresponde al objeto de la litis en el juicio constitucional que se trate (amparo, acción de inconstitucionalidad o controversia constitucional), el control difuso se ejerce como una cuestión secundaria o incidental dentro del juicio de derecho en cualquier procedimiento, sin que sea necesario abrir un apartado separado para el estudio o expresar el resultado del control en los puntos resolutivos¹⁹.

En esta resolución, la SCJN también propone un método para ejercer el control difuso de convencionalidad. Este método es el de la “interpretación conforme”. De acuerdo con el Pleno, los jueces deben interpretar en sentido amplio el orden jurídico de conformidad con los derechos humanos. Cuando en un caso concreto una norma tiene “varias interpretaciones jurídicamente válidas”, deben “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”. Si esta interpretación conforme en sentido

17. Opiniones consultivas de la corte interamericana de derechos humanos. implicaciones de su carácter orientador para los jueces mexicanos. TCC, Tesis: (I Región)80.1 CS (10a.). Reg. 2014178.

18. Por ejemplo, la COIDH señala que: “estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos” (COIDH, *Opinión Consultiva OC-25/18*, de 30 de mayo de 2018, § 58).

19. El modelo se presenta en una tabla anexa a la ejecutoria. SCJN, Pleno, VARIOS 912/2010. Reg. 23183.

estricto no es posible, pues no se identifica una interpretación jurídicamente válida que haga a la norma compatible con los derechos humanos, la decisión ha de ser la “inaplicación de la ley”²⁰.

De esta manera, para efectos prácticos el Pleno identifica el control difuso de convencionalidad con la interpretación conforme, basándose en la incorporación de esta cláusula en el párrafo segundo del artículo 10 constitucional²¹. Mediante esta fórmula, se incorpora un “principio de armonización” entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos, de forma tal que el intérprete judicial debe construir interpretaciones que armonicen o concilien el contenido de las distintas fuentes, privilegiando siempre las interpretaciones que otorguen la mayor protección (Ferrer Mac-Gregor, 2017b: 703-704).

La indicación de que la interpretación conforme es el método para ejercer el control de convencionalidad resulta limitada, pues señala a los jueces qué resultado deben tratar de alcanzar, pero no se precisa bien el cómo obtenerlo. Al respecto, en un criterio de la Primera Sala de 2022 se propone un método en cuatro pasos para realizar el control de convencionalidad. Tras las etapas de identificación del derecho humano a partir de la determinación de sus fuentes constitucionales y convencionales, incluyendo su interpretación jurisprudencial, el punto central del método es el “estudio de constitucionalidad y convencionalidad”, en el cual ha de realizarse un “análisis de la norma sospechosa de inconstitucionalidad e inconvencionalidad a la luz del contenido esencial del derecho humano [para] determinar si éste es contravenido”. Dicho “contenido esencial” se entiende como la explicación de “en qué consiste” el derecho. Según lo que arroje este análisis, se toma la decisión sobre “si la norma es constitucional o inconstitucional, o bien, convencional o inconvencional”, además de “la forma en cómo debe interpretarse” o si “debe inaplicarse para el caso concreto”²².

Tanto el Pleno como la Primera Sala de la SCJN aluden en estas explicaciones metodológicas al “contenido esencial” del derecho humano, que se entiende por la propia jurisprudencia como el “núcleo” del derecho, la parte “que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos que le dan vida resulten real, concreta y efectivamente protegidos”²³. Teniendo en cuenta las indicaciones, aparece que un juez al realizar el control difuso de convencionalidad puede determinar la inaplicación de una norma si, no habiendo interpretación conforme posible, encuentra que la norma se contradice con ese núcleo necesario del derecho. Aunque no es el tema de este artículo, cabe señalar que el uso de esta doctrina del “contenido esencial” para el análisis de conflictos entre normas generales y derechos humanos no ha sido consistente en la jurisprudencia mexicana; más bien, la doctrina que ha tenido mayor desarrollo es la del análisis de proporcionalidad o ponderación. Dado esto, un juez también podría emplear ese análisis para determinar la convencionalidad o inconvencionalidad de una norma.

20. Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos. SCJN, Pleno, Tesis: P. LXIX/2011(9a.). Reg. 160525.

21. El párrafo adicionado en 2011: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

22. Control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio. metodología para realizarlo. SCJN, Primera Sala, Tesis: 1a./J. 84/2022 (11a.). Reg. 2024830.

23. Derechos económicos, sociales y culturales. su núcleo o contenido esencial. SCJN, Segunda Sala, Tesis: 2a. XCII/2016 (10a.). Reg. 2012529.

Otro aspecto relevante en el modelo operativo es la identificación de las condiciones requeridas para que se realice el control de convencionalidad. La SCJN precisa que este control debe hacerse respetando el ámbito de competencia de cada uno de los órganos judiciales, de ahí la separación entre control concentrado y control difuso. Asimismo, el control debe respetar las formalidades procesales y los presupuestos de las acciones. Así lo señala la Primera Sala, para la cual: “el control de convencionalidad no implica que el juzgador pueda obviar, a conveniencia, el debido proceso ni sus formalidades”²⁴. En consecuencia, “los Jueces y las Juezas, en el ámbito de su competencia, antes de proceder al control *ex officio* de constitucionalidad y convencionalidad, deben resolver cualquier problema relacionado con los presupuestos de procedencia o de admisibilidad de las acciones que las partes promueven”²⁵.

Este criterio de la Primera Sala mexicana se justifica en un señalamiento de la propia COIDH, según la cual la obligación de ejercer el control de convencionalidad “[n]o implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”²⁶. Cabe comentar que este criterio aparece en una de las sentencias de 2006 que dan forma a la obligación de ejercer el control de convencionalidad, de ahí precisamente que se le pueda identificar como “cláusula Aguado Alfaro” (González Domínguez, 2018: 211). Sin embargo, no se identifica que esta cláusula se haya reiterado, ya que esa aparente modulación del carácter obligatorio del control expresada en la idea de que no se debe ejercer siempre, ya no reaparece en las sentencias posteriores de la COIDH.

Finalmente, como parte del modelo operativo se pueden identificar criterios de las Salas de la SCJN que temperan el carácter oficioso del control de convencionalidad. Por ejemplo, según la Segunda Sala, el control, si bien obligatorio, no ha de realizarse en todo caso; la “obligación se actualiza únicamente cuando el órgano jurisdiccional advierte que una norma contraviene derechos humanos”. La Sala entiende que realizar el control de convencionalidad en todos los casos resultaría una exigencia excesiva para los tribunales; si no se advierte su necesidad, “no tendría sentido ni beneficio para el quejoso, y sólo propiciaría una carga, en algunas ocasiones desmedida, en la labor jurisdiccional”²⁷.

Por supuesto, si el órgano no advierte por sí que la norma resulta inconvencional, las partes pueden plantear dicho conflicto. Sin embargo, en estos casos, la Segunda Sala precisa que para que se atienda la solicitud de realizar un control de convencionalidad se debe señalar al órgano qué norma en específico tiene un problema de convencionalidad y cuál es el derecho humano que se ve afectado. Si no se señalan estos “requisitos mínimos” para el análisis, el órgano judicial se ve imposibilitado para realizar este control, ya que un estudio general de las normas y de todo el catálogo de derechos humanos aplicable al caso resultaría una labor excesiva, que sería “imposible de atender, sin trastocar otros principios como los de exhaustividad y congruencia respecto de los argumentos planteados”²⁸.

24. Control De Convencionalidad. Su Aplicación No Implica Que El Juzgador Pueda Obviar Las Reglas Procesales. SCJN, Primera Sala, Tesis: CCCXLV/2015 (10a.). Reg. 2010419.

25. Control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*. no implica que deba ejercerse siempre, sin considerar presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de las acciones intentadas. SCJN, Primera Sala, Tesis: 1a./J. 85/2022 (11a.). Reg. 2024831.

26. COIDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de 24 de noviembre de 2006, § 128.

27. Control de constitucionalidad y convencionalidad. condiciones para su ejercicio oficioso por los órganos jurisdiccionales federales. SCJN, Segunda Sala, Tesis: 2a./J. 69/2014 (10a.). Reg. 2006808.

28. Control de constitucionalidad y convencionalidad. su ejercicio debe satisfacer requisitos mínimos cuando se propone en los conceptos de violación. SCJN, Segunda Sala, Tesis: 2a./J. 123/2014 (10a.). Reg. 2008034.

Aunque lo anterior parece razonable desde la perspectiva de la economía procesal, además de que busca adecuar el control de convencionalidad al principio de estricto derecho que rige en el juicio de amparo mexicano (en aquellas materias en las que no aplica la suplencia por el órgano), cabe advertir que se trata de una excepción al principio *iura novit curia*. El criterio de la Sala matiza el carácter oficioso del control, ya que transfiere a las partes la carga de invocar las normas de derechos humanos aplicables para que se pueda efectuar el control de convencionalidad. A su vez, parece sugerir que el control *ex officio*, en tanto facultad de los jueces, puede ser de ejercicio facultativo, solo para los casos cuando se estima necesario. Esto contradice la obligatoriedad del control de convencionalidad, que es oficioso precisamente porque se entiende como “una labor consustancial al acto de juzgar” (Acuña, 2019: 157).

Por su parte, la Primera Sala considera que el control de convencionalidad debe ejercerse siempre, aunque solo se verá reflejado en la sentencia o resolución cuando el juez, previo a la aplicación de las normas al caso, advierta por sí mismo que hay un problema de constitucionalidad o las partes expresamente lo hayan solicitado, así sea de forma genérica. Si no se advierte dicho problema ni las partes lo solicitan, no ha de aparecer un estudio de regularidad en la resolución²⁹. Como se aprecia, hay cierta discordancia en las interpretaciones que hacen las dos Salas de la SCJN sobre el carácter *ex officio* del control de convencionalidad. Esta contradicción está pendiente de ser resuelta por el Pleno del máximo tribunal.

A manera de síntesis, los anteriores criterios permiten identificar el modelo de aplicación del control de convencionalidad en su modalidad difusa. En un caso específico, aunque la obligación es en teoría *ex officio*, únicamente se activa si el órgano advierte dentro del juicio de derecho que las normas a aplicar tienen problemas de inconventionalidad. Si lo advierte, resolverá la cuestión realizando una interpretación conforme o en su caso inaplicando la norma problemática, tras identificar el derecho humano comprometido y desarrollar su contenido esencial. Esta cuestión no aparecerá en los resolutivos, únicamente en el cuerpo de la resolución, dentro del juicio de derecho en los considerandos. Por otra parte, si el juez no advierte ningún problema de inconventionalidad, no tiene que hacer ningún estudio de la cuestión ni dejar constancia al respecto. En todo caso, la realización del control está condicionada al cumplimiento de formalidades procesales y requisitos de admisibilidad y procedencia de las acciones.

Cabe también la posibilidad de que, si el órgano no advierte la cuestión, las partes le soliciten que realice el control de convencionalidad. Esta solicitud puede ser genérica, según la Primera Sala. Contrariamente, para la Segunda Sala, debe ser una solicitud precisa que indique las normas presuntamente inconventionales y los derechos humanos comprometidos. El juez ha de dejar constancia de dicho estudio únicamente en los considerandos de la resolución, ya sea que determine la convencionalidad de la norma, o que considere procedente su interpretación conforme o inaplicación.

VI. CONCLUSIONES

La recepción judicial del control de convencionalidad en México ha representado un notable esfuerzo para tratar de amoldar esta obligación a la tradición jurídico-política nacional. En lo principal, los criterios interpretativos de la SCJN al respecto

29. Control de constitucionalidad o convencionalidad *ex officio*. las personas juzgadoras únicamente deben realizar su estudio de forma expresa en sus resoluciones cuando lo soliciten las partes en juicio o consideren que la norma que deben aplicar podría resultar inconstitucional o inconventional. SCJN, Primera Sala, Tesis: 1a./J. 103/2022 (11a.). Reg. 2024990.

han permitido la implementación desde hace ya más de una década de un pujante sistema de protección interna de los derechos humanos de fuente internacional. En mayor o menor medida, los jueces nacionales efectivamente han asumido un papel de jueces de la convencionalidad. Sin embargo, los logros en la implementación del control se ven empañados por ciertas interpretaciones de la SCJN que son ambivalentes y se desvían del propósito de la doctrina interamericana.

Un ejemplo de esta ambivalencia es la solución que la SCJN da, en un criterio que sigue vigente, a la relación todavía tensa entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos. Para salvaguardar la noción de supremacía constitucional, la SCJN redefine el control de convencionalidad; en lugar de ser una herramienta para asegurar la observancia del derecho internacional según su sentido original, se le entiende como un mecanismo de garantía de la regularidad constitucional. Aunque esto resulta parcialmente efectivo, pues refuerza el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos al colocarlas en la posición de la constitución, tiene como efecto colateral que esas mismas normas internacionales quedan subordinadas al texto constitucional. Esto se aprecia en el campo de las restricciones constitucionales, que se interpretan como límites a las normas de tratados integradas al parámetro constitucional.

Seguir planteando la relación entre los controles como un conflicto entre derecho constitucional y derecho internacional es inadecuado, pues encubre el verdadero problema, que se refiere al respeto a los derechos humanos. En este contexto, afirmar la supremacía constitucional es en realidad sostener que el Estado tiene la potestad de violar derechos humanos que internacionalmente se ha comprometido a respetar. Claramente, esta postura es incompatible con el desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos, de manera que se hace indispensable un cambio en el criterio del máximo tribunal sobre este tema.

Paralelamente, así como afirma la supremacía constitucional, así también la SCJN sostiene su independencia y sus principios de organización jerárquica, al señalar que su jurisprudencia no puede ser objeto de control de convencionalidad por ningún otro órgano. Con esta interpretación, la SCJN reafirma la centralización del sistema judicial nacional, al confirmar su posición como órgano de última palabra, y arrogarse de manera exclusiva la facultad de determinar cómo se debe hacer control de convencionalidad por los jueces locales.

Finalmente, en el desarrollo del modelo operativo que orienta a los jueces sobre cómo deben realizar el control de convencionalidad, el principal aspecto cuestionable es la proposición de criterios que buscan flexibilizar la obligación de ejercer control de convencionalidad *ex officio*, para adecuarlo a las limitaciones y retos del trabajo judicial cotidiano. La SCJN parece entender que el control de convencionalidad es facultativo, cuando autoriza que los jueces no lo hagan si no lo advierten necesario; o inclusive, si las partes no lo solicitan de manera completa e idónea. Estas ideas requieren armonizarse con la doctrina interamericana, para la cual el ejercicio del control es una obligación en sentido fuerte.

En su conjunto, se reconoce ampliamente que la doctrina de la SCJN sobre la incorporación del control de convencionalidad ha fortalecido la tutela judicial de los derechos humanos en México. Sin embargo, cabe también hacer la crítica de que el modelo construido poco a poco por los criterios de la SCJN tiene resquicios, por los cuales se siguen colando las violaciones a los derechos humanos convencionales.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACUÑA, Juan Manuel (2019): El modelo difuso de control de constitucionalidad y convencionalidad en México, México: Tirant lo Blanch.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2019): Obligatoriedad del control de convencionalidad a la luz del derecho de los tratados, en: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, número 19, pp. 357-398.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel (2017): El control de la aplicación del derecho internacional. En el marco del Estado de Derecho, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- BESTARD, Ana María (2014): Reforma constitucional argentina de 1994. El artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional, y la recepción del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en: Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, volumen 8, número 13, pp. 31-50.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2015): Chronicle of a Fashionable Theory in Latin America. Decoding the Doctrinal Discourse on Conventionality Control, en: Haack, Yves et. al. (Eds.), The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future, Cambridge: Intersentia, pp. 647-676.
- CABALLERO OCHOA, José Luis y GRIJALVA ETERNOD, José Rafael (2022): El impacto de la Convención Americana de Derechos Humanos en los modelos interpretativos sobre derechos humanos en América Latina, en: Becerra Ramírez, José de Jesús et al. (Coords.), Temas selectos de derechos humanos. Estudios en homenaje a los diez años de la reforma constitucional en derechos humanos en México, México: Tirant lo Blanch, pp. 81-103.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015): Situación de los derechos humanos en México, en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf> (31 de mayo de 2023).
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María (2023): Variaciones sobre el control de convencionalidad, en: Teoría y Realidad Constitucional, número 51, pp. 89-107.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2017a): El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Marcial Pons, pp. 659-681.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2017b): Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Marcial Pons, pp. 683-754.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta (2013): Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad, en: Cuestiones Constitucionales, número 29, pp. 163-218.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo (2018): La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional, en: Cuestiones Constitucionales, número 38, pp. 199-226.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (2017): Control constitucional y de convencionalidad, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2019): El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, volumen 19, pp. 327-355.
- HERRERA PÉREZ, Alberto (2016): El control de convencionalidad en materia de derechos humanos y la regularidad constitucional. Comentarios a la jurisprudencia 20/2014 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en: Cuestiones Constitucionales, número 35, pp. 277-288.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales, en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, volumen 45, número 135, pp. 1167-1220.
- PINTO, Mónica (1997): El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en: Abregú, Martín et al. (Comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires: Del Puerto, pp. 163-171.
- QUINTANA OSUNA, Karla (2019): Control de convencionalidad en el derecho interamericano y mexicano, México: Porrúa. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- RODRÍGUEZ MANZO, Graciela et al. (2013): Bloque de constitucionalidad en México, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2011): El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo, en: Bogdandy, Armin von et al. (Coords.), Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, pp. 381-417.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (2018): El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ideas fuerza rectoras, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- TORRES ZÚÑIGA, Natalia (2016): Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: Santolaya Machetii, Pablo et al. (Coords.), La América de los Derechos, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 483-507.
- VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío (2017): Jurisdicción supranacional. El Procedimiento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. ■