

Capítulo 3

El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Hacia un método de trabajo¹

3.1. LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La reforma constitucional al artículo 1 tiene una enorme significación para nuestro sistema jurídico. A partir de esta reforma podemos decir que nuestro sistema es ahora uno muy distinto. Hay dos problemas importantes relacionados con esta reforma: uno, un problema de actitud, y otro, un problema que podría llamar de capacidad. El problema de actitud tiene que ver con la manera en que los juristas, abogados y jueces ven la reforma. Existe mucha reticencia en algunos sectores de nuestra profesión para adaptarse a los cambios que exige esta reforma, a algunos sectores este cambio no les gustó, lo ven con desconfianza más que como un avance o una gran oportunidad. Algunas de estas actitudes en contra de la reforma se pueden observar incluso en algunos ministros de la Suprema Corte que han impulsado visiones regresivas para limitar los alcances de la misma.² El otro problema, el de

¹ Una versión previa de este trabajo se publicó bajo el mismo título en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos Humanos*, México, UNAM, 2015, t. V, vol. 1, pp. 463-482. La versión que aquí presentamos ha sido sustancialmente revisada.

² Pueden contrastarse el expediente Varios 912/2010, y la controversia constitucional 293/2011. En estas discusiones, especialmente en la discu-

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

capacidad, tiene que ver con cómo y con qué recursos se puede enfrentar el enorme reto de responder a las obligaciones que impone la reforma. Este problema de capacidad se puede ver desde varios puntos de vista, desde uno institucional —las capacidades institucionales para responder a este reto— y a nivel individual —la preparación que pueda tener cada juzgador, secretario, etc., para cumplir sus obligaciones—. Yo me centraré aquí en un aspecto importante que tiene mucho que ver tanto con la actitud como con la capacidad individual, me refiero a las obligaciones interpretativas de los juzgadores a la luz de la reforma en materia de derechos humanos.

El artículo 1 de la Constitución sitúa a los derechos humanos y a los tratados internacionales en esa materia como parte de lo que algunos han llamado un nuevo “bloque de constitucionalidad”.³ El párrafo segundo de dicho precepto establece una obligación hermenéutica de favorecer siempre la interpretación que garantice la protección más amplia de la persona, lo que se conoce como el principio *pro homine* o *pro personae*. Esta guía interpretativa se refuerza a su vez con la obligación de toda autoridad, incluidos todos los jueces, tanto locales como federales, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Las normas que podemos encontrar en el referido precepto constitucional establecen los siguientes cuatro criterios interpretativos:

sión de la controversia, se logró imponer una visión restrictiva, que más adelante comentaremos.

³ Más allá de la discusión en torno a la expresión “bloque de constitucionalidad” que ha suscitado reticencias de algunos ministros de la Suprema Corte (SCJN) y en un sector de la academia, lo cierto es que esta idea es una consecuencia necesaria de la adhesión de México a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de nuestra reforma constitucional. La discusión en la SCJN por determinar el alcance y funcionamiento de este bloque de normas constitucionales y tratados internacionales es algo que se ha discutido y tratado de definir tanto en el expediente Varios 912/2010 como en las Contradicción de tesis 293/2011, cuyo proyecto correspondió al ministro Arturo Zaldívar.

El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad...

- a) Todas las personas gozarán de los derechos humanos. En esta parte del precepto constitucional se establece una transformación radical de nuestra carta magna al reconocerse expresamente a los derechos humanos y entender así a los derechos constitucionales —y algunos otros reconocidos en leyes secundarias— como derechos humanos cuando se trata de derechos básicos.⁴ Este cambio es importantísimo, pues a nivel interpretativo vincula el razonamiento jurídico con el razonamiento evaluativo o moral. Vincula también a nuestra interpretación constitucional con las teorías de los derechos humanos, obligando a dejar de lado toda interpretación de los derechos constitucionales o garantías individuales con aires provincianos. Es decir, nuestra doctrina constitucional —que ha pecado muchas veces de localista— tiene ahora que armonizarse con teorías de los derechos humanos reconocidas internacionalmente.
- b) Los derechos humanos han de interpretarse de acuerdo con el principio *pro personae*. Los alcances de este principio nos llevan igualmente a sostener que la interpretación que ha de hacerse es de carácter evaluativo, pues siempre deberá tenerse en cuenta el principio *pro personae*, que es un principio sustantivo que obliga, como veremos, a hacer comparaciones y justificar elecciones interpretativas que favorezcan la defensa de las personas. Como ha señalado José Luis Caballero, este principio está estrechamente relacionado con la cláusula de interpretación conforme,⁵ su función es la de integrar distintas normas que pueden provenir de fuentes distintas, tanto internacionales como

⁴ Ya vimos en el capítulo 2 de este libro que debemos mantener todavía una distinción entre derechos humanos que son también derechos constitucionales y derechos constitucionales que no son derechos humanos.

⁵ Véase Caballero Ochoa, José Luis, “Comentario sobre el artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio *pro persona*)”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo; Caballero Ochoa, José Luis, y Steiner, Christian (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, SCJN-UNAM, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2013, t. I, pp. 47-88, pp. 57-59, 64 y ss.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

nacionales, y darles una interpretación que corresponda con diversos criterios sostenidos por tratados de derechos humanos y por resoluciones de la Corte IDH.

- c) Todas las autoridades deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Esta norma contiene una regla que obliga a cualquier autoridad —a *toda* autoridad en cualquier ámbito de los diferentes poderes del Estado— a respetar, promover, proteger y garantizar los derechos humanos.⁶ En una segunda instancia, la norma puede entenderse como una regla de fin, pues las conductas exigidas quedan abiertas y generan discrecionalidad de los distintos funcionarios.⁷ La misma norma puede entenderse también en determinadas circunstancias como un principio, donde se puede evaluar la fuerza con que las obligaciones se imponen a distintas autoridades, pues no es lo mismo que un funcionario menor del ámbito administrativo pase por alto estas obligaciones, a que lo haga un juez, un tribunal o alguna autoridad administrativa con mayor jerarquía y poder de decisión; tampoco será lo mismo que la falta de una autoridad tenga que ver con derechos que ponen en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, sin importar el rango de dichas autoridades, a que las faltas vulneren otros derechos. La gravedad de la falta y la responsabilidad que se pueda imputar a los responsables dependerá de circunstancias como las referidas.
- d) Se deben usar los principios de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad* cuando se interpretan los derechos humanos. La norma constitucional obliga a interpretar los derechos humanos con estos criterios que la comunidad internacional ha reconocido como válidos. Esto genera también un compromiso relacionado

⁶ Para un análisis de estas obligaciones puede verse: Serrano, Sandra, “Obligaciones del Estado frente a los derechos y principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo; Caballero Ochoa, José Luis, y Steiner, Christian (coords.), *Derechos humanos en la Constitución...*, cit., pp. 89-132, pp. 101-127.

⁷ Para una caracterización de las reglas de fin, las de acción y los principios véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2ª ed., 2004.

El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad...

con el tipo de teorías de los derechos humanos que pueden usarse para la interpretación de la Constitución, pues estos criterios rechazarían a algunas concepciones de los derechos humanos que niegan, por ejemplo, tal carácter a los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente, estas concepciones serían antagónicas a esta concepción de los derechos humanos que se reconoce en la Constitución⁸ y en tratados y prácticas internacionales.

La reforma establece criterios interpretativos que tendrán jerarquía sobre otros criterios utilizados para interpretar y aplicar las leyes. No olvidemos que la misma Constitución también alude a otros criterios interpretativos en otras disposiciones. Por ejemplo, el artículo 14 establece que:

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

[...] En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

⁸ En un debate reciente con Ulises Schmill y Carlos de Silva en torno a la interpretación del concepto de interés legítimo, les hacía la crítica de que su interpretación de tal noción ignora las obligaciones del artículo 1 constitucional, pues expresamente se niegan a admitir que los derechos sociales sean derechos. Tal posición, si bien es comprensible como una posición doctrinal, no puede ser ahora usada en la interpretación constitucional, pues la Constitución precisamente rechaza tal concepción. El principio de indivisibilidad de los derechos obliga a considerar a los derechos sociales como verdaderos derechos humanos. Esto se podrá seguir negando a nivel doctrinal por algunos, pero tales argumentos no pueden ser usados en la interpretación constitucional para favorecer posiciones precisamente contrarias a la idea de unidad de los derechos humanos. Véanse tanto Schmill Ordóñez, Ulises y Silva Nava, Carlos de, “El interés legítimo como elemento de la acción de amparo”, *Isonomía*, núm. 38, abril, 2013, pp. 247-268, como mi crítica Cruz Parceró, Juan Antonio, “El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”, en *Isonomía*, núm. 30, octubre 2013, pp. 185-213.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El artículo 133 establece que son ley suprema la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión y los tratados internacionales, y establece que estos prevalecen sobre las constituciones y leyes locales, cuyos jueces tienen la obligación de hacer prevalecer las leyes supremas.⁹

Con los criterios del artículo 14 que se refieren a la irretroactividad y la prohibición de aplicar penas por analogía será difícil que surjan problemas, pues ellos mismos se pueden ver como instancias del principio *pro personae*. Con lo que sí pueden surgir problemas es con los criterios de interpretación literal y estricta que se establecen como prioritarios para los juicios civiles, pues ahora parece que siempre que estén involucrados derechos humanos en algún caso de esta naturaleza, deberá regir el principio *pro personae* por encima del criterio gramatical —si es que se presentara alguna contradicción o diferencia cualitativa entre las interpretaciones a que dieran lugar estos criterios—. ¹⁰

Además, con la reforma se genera una obligación específica de todos los jueces y tribunales en México: el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Enseguida analizaremos esta obligación.

⁹ Precisamente la Suprema Corte decidió en la controversia constitucional 293/2011 que los tratados internacionales son parte del bloque de constitucionalidad, aunque se estableció que cuando la Constitución misma imponga una restricción expresa a algún derecho humano, esta prevalecerá sobre el tratado internacional. Sobre esta importante decisión y sobre el tema de las restricciones constitucionales véase el libro de Medina Mora, Alejandra; Salazar Ugarte, Pedro y Vázquez Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, 2015. Véase también mi comentario sobre este tema en “Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos”, incluido en este libro.

¹⁰ En relación con este punto es muy importante tomar en cuenta la distinción entre derechos humanos y derechos constitucionales que no son derechos humanos que hicimos en el capítulo 2 de este libro. La diferencia es relevante porque no tratándose de derechos humanos prevalecería el criterio del artículo 14 constitucional. Por ejemplo, si se tratara de derechos entre empresas los siguen operando los criterios del artículo 14 constitucional y no es aplicable el principio *pro personae*. Sobre este punto, véase la discusión del capítulo 5.

El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad...

Hay que llamar la atención sobre cierto fenómeno que está surgiendo e intensificándose a raíz de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos. Muchos jueces y tribunales están confundiendo el control de constitucionalidad y convencionalidad con hacer citas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —o Pacto de San José—, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los dos pactos internacionales de derechos humanos, entre otros tratados internacionales.

Sin embargo, es de hacer notar que en esta remisión a fuentes internacionales casi en la totalidad de los casos no se está haciendo propiamente una interpretación conforme y tampoco ninguna forma de control de convencionalidad. Como lo ha hecho notar Eduardo Ferrer Mac-Gregor, hasta ahora en México:

[...] en muy pocos casos se puede advertir una clara interpretación conforme a los tratados internacionales como argumento principal. Si bien es cierto que en los últimos años se aprecia un mayor número de sentencias donde se invocan estos instrumentos y la jurisprudencia de la Corte IDH o incluso de otros tribunales internacionales, así como otro tipo de fuentes internacionales, la mayoría de las veces no se aprecia con claridad el objeto de su invocación, al no ser un argumento sustancial para su decisión, y la cita es más bien como un criterio “a mayor abundamiento”[...].¹¹

Esta crítica de Ferrer parece aplicarse a muchas sentencias de varios tribunales y jueces, pues no se advierte que el control de convencionalidad y la interpretación conforme estén hasta el momento jugando un rol importante, salvo en decisiones de la SCJN.

¿Por qué la alusión a las fuentes de derecho internacional de los derechos humanos se queda en lo que Ferrer Mac-Gregor denomina como un uso simplemente para “mayor abundamiento”? En realidad, la crítica de Ferrer consiste en decir que no se está realmente haciendo un uso del control de convencionalidad, sino una mera mención que no contribuye a los aspectos sustanciales de los casos que se deciden.

¹¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2012, pp. 361-362.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Pienso que entonces uno de los retos importantes de los jueces y tribunales es comenzar a hacer realmente un control de constitucionalidad/convencionalidad y usar los criterios interpretativos en materia de derechos humanos en las interpretaciones que hagan de los preceptos decisivos en los casos que resuelven. En este capítulo trataremos de presentar un método incipiente que sirva de orientación a esta labor.

3.2. EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. HACIA UN MÉTODO DE TRABAJO

Ahora con la reforma, el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad son una obligación de todo juez en México, obligación que deriva de:

- a) las sentencias condenatorias de la Corte IDH contra el Estado mexicano;
- b) la misma Convención Americana sobre DH, en sus artículos 2 —deber de adoptar de derecho interno— y 29 —obligación de adoptar la interpretación más favorable—;
- c) de la misma reforma al artículo 1 de la Constitución federal y, por último,
- d) de la aceptación expresa del control difuso por parte de la SCJN en el expediente Varios 912/2010 relacionado con el caso *Radilla Pacheco*.¹²

De aquí surge un criterio interpretativo de primer orden que es el de la “interpretación conforme”, que se relaciona estrechamente con el criterio de la “interpretación más favorable a la persona”. La Corte sostuvo en el expediente Varios 912/2010,¹³ que el control de convencionalidad supone tres pasos:

¹² Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, ...cit., pp. 339-429. También Caballero Ochoa, José Luis, “Comentario sobre el Artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio *pro persona*), ...cit., pp. 47-88.

¹³ Puede consultarse el resumen y el engrose en: <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225>

El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad...

- a) Interpretación conforme en sentido amplio, que implica que los jueces deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos, favoreciendo a las personas la interpretación más amplia.
- b) Interpretación conforme en sentido estricto, que significa elegir entre las opciones interpretativas la que mejor favorezca los derechos humanos y que evite incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.
- c) Inaplicación de la ley cuando no se pueda hacer una interpretación conforme.¹⁴

Ahora bien, estos criterios son bastante generales y no se aprecia con más claridad en dicha resolución qué supone específicamente cada uno de ellos. Miguel Cano¹⁵ ha propuesto un método para entender el control de constitucionalidad y convencionalidad que vale la pena comentar aquí. Su método supone cinco pasos:

- a) Identificar qué derechos humanos están en juego en un determinado caso. En muchas ocasiones, nos dice, los tribunales no se percatan de que existen derechos involucrados en los casos que tienen que resolver. Es entonces desde la forma como se concibe un problema que es necesario adoptar un enfoque de derechos humanos.
- b) Identificar el problema de contraste normativo. Se tienen que explicitar las normas de origen interno que son aplicables al caso y las consecuencias que se pueden derivar de su aplicación. Esta misma operación se tiene que hacer respecto del marco normativo internacional. En esta fase, remarca, debe justificarse el correcto uso de todas las fuentes involucradas, que requiere atender críticamente a la interpretación que se ha hecho de dichas fuentes.
- c) Pronunciarse sobre cuál de los marcos normativos, el interno o el internacional, resulta el más favorable para

¹⁴ Véase el apartado 33 del engrose, en la página 34.

¹⁵ Cano, Luis Miguel, “Un futuro incierto para la práctica del control difuso de convencionalidad”, en García Villegas Sánchez Cordero, Paula M. (coord.), *El control de convencionalidad y las cortes nacionales: la perspectiva de los jueces mexicanos*, México, Porrúa, 2013, pp. 103-120.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

extender la protección de las personas y sus derechos humanos para el caso concreto. Si resulta que el marco normativo más favorable es el interno, hasta ahí termina el control difuso. Si en cambio, es el marco internacional, entonces se requiere otra fase más.

- d) Aplicación de la cláusula de interpretación conforme. Aquí el autor se refiere a lo que la Suprema Corte sostuvo en el expediente Varios 912/2010: realizar primero una interpretación conforme en sentido amplio que no es sino un intento de armonizar nuestro sistema interno con el internacional; de no ser suficiente esto, se procurará una interpretación conforme en sentido estricto que implica “preferir la que haga a la norma interna acorde con el respeto y garantía de los derechos humanos observados a la luz del marco normativo de fuente internacional que previamente ya se determinó como el más favorable para el caso concreto, evitando así que este se vulnere, precisamente para no generar una responsabilidad internacional”.¹⁶ Cuando esto no es posible se pasa al quinto paso.
- e) Inaplicación o invalidación de las normas provenientes del marco interno que no puedan conciliarse con las de fuente internacional que hayan resultado más favorables.

De este modo, Cano trata de explicitar las operaciones más importantes que tiene que hacer el juzgador cuando realiza un control de constitucionalidad y/o convencionalidad. Vale la pena revisar esta propuesta aquí.

Los cinco pasos que propone podrían resumirse, a mi modo de ver, así:

- a) identificar los derechos humanos que están en juego;
- b) identificar las normas relevantes —aplicables— tanto de origen interno como internacional;
- c) elegir el marco normativo que resulte más favorable —si es el interno aquí concluye el control—;

¹⁶ *Idem*.

El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad...

- d) si se elige el marco internacional proceder a realizar una interpretación conforme de las normas internas —en sentido amplio y estricto—, y
- e) inaplicar las normas si no se puede hacer una aplicación conforme.

La idea de los cinco pasos me parece bien concebida, aunque difiero en algún punto sobre cómo entender las labores que han de hacerse en algunos de ellos.

El problema que encuentro está relacionado con la forma en que Cano entiende los pasos segundo y tercero. No considero que el contraste a que se refiere en el segundo paso se pueda entender únicamente como un problema de normas internas frente a normas de derecho internacional. Si partimos de que lo primero que se hace es identificar los derechos en juego, algunos derechos podrían desde el comienzo presentarse como el resultado de una combinación o lectura de fuentes internas y externas y confrontarse con otro(s) derecho(s) que tengan igual configuración. Desde luego que también podría ser un caso parecido al que Cano tiene en mente, esto es, un caso donde se pueda contrastar el derecho de fuente interna con uno de fuente internacional, donde se tenga que optar por alguna de las configuraciones. El punto es que las posibilidades que plantea una mera identificación de derechos son más amplias y, por ende, la operación de seleccionar el marco normativo más favorable —segundo paso— no se reduce a una confrontación entre derecho interno y externo. La reconstrucción del sistema normativo más favorable, y que pondere el valor de los derechos en pugna, quizá conlleve una interpretación integral de las normas de derecho interno e internacionales que resulten no solo más favorables a una de las partes, sino la que —debidamente ponderada y justificada— proteja a quien tiene el derecho más importante una vez tomadas en cuenta todas las consideraciones relevantes.

Dicho así, en el tercer paso se trataría de proponer una interpretación coherente y justificada que implique sostener la mejor interpretación posible del marco normativo relevante que es el llamado bloque de constitucionalidad. Trataré de hacer en el siguiente apartado más explícitas estas consideraciones y proponer un método alternativo para entender las operaciones involucradas en el control de constitucionalidad y convencionalidad.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.3. PROPUESTA DE MÉTODO

Creo que el método sugerido por Cano ayuda a visualizar algunas de las tareas importantes que tienen que hacer los jueces que llevan a cabo el control de constitucionalidad/convencionalidad. Sin embargo, pienso que se podría mejorar la propuesta de este destacado abogado introduciendo algunas modificaciones y matices relevantes; los pasos, para comenzar, los reduciríamos a cuatro:

- i. identificar los derechos en juego;
- ii. hacer una interpretación conforme en sentido amplio;
- iii. hacer una interpretación conforme en sentido estricto, y
- iv. inaplicar las normas internas de ser necesario.

Trataré de entender estos pasos desde una concepción interpretativa muy cercana a la formulada por Ronald Dworkin, la razón de ello es que la propuesta interpretativa del derecho que propone Dworkin está pensada para casos difíciles, casos semejantes a los que aquí estamos contemplando.¹⁷ Y dado que el control difuso implica la obligación de hacer un contraste evaluativo de tipo constitucional y convencional de los preceptos que se van a aplicar, esta perspectiva parece entonces adecuada para tales fines. El control e interpretación constitucional, me parece, quedan bien reflejados en la propuesta dworkiniana, y como se trata de una concepción donde el intérprete debe presentar un propósito que guíe su interpretación, esto nos acerca mucho a la idea de que en nuestro sistema, hoy día tal propósito está fijado por la misma Constitución, esto es, la misma carta magna ordena favorecer la interpretación que más favorezca a las personas —principio *pro personae*—, lo cual significa que la interpretación debe favorecer la mejor concepción de los derechos humanos to-

¹⁷ Véase Dworkin, Ronald, “Los casos difíciles”, en su libro: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989. También su libro donde desarrolla de manera detallada su concepción interpretativa del derecho: *Law’s Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986 (no recomiendo la traducción castellana de esta obra). Se puede consultar para una buena explicación de la teoría interpretativa de Dworkin a Lifante, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, CEPC, 1999, especialmente el cap. V “La teoría interpretativa del derecho de Dworkin”.

El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad...

mando en consideración los criterios —interpretativos— de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

3.3.1. La identificación de los derechos en juego

Este primer paso consiste, como dijera Cano, en identificar los derechos en juego. Aquí se han de identificar tanto las pretensiones de las partes que se hacen en términos de derechos, como el material normativo que, en principio, parezca relevante al caso. En esta labor estamos comprometidos ya a considerar el marco normativo internacional de los derechos humanos como parte de nuestro sistema jurídico.¹⁸ Así como tenemos que identificar las normas de diferentes jerarquías, también tenemos que identificar las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad. No importa ahora si la expresión “bloque de constitucionalidad” o la de “parámetro de regularidad” es mejor que la otra, lo que importa ahora es resaltar que en este “bloque” o “parámetro” se integran las normas derivadas de los tratados en materia de derechos humanos y las constitucionales. Y desde el momento de identificar los derechos en juego deben entonces considerarse también los derechos derivados de tales tratados.

Ahora bien, esta identificación de derechos no es definitiva, puede ser que al analizarse con más cuidado el caso y proponerse distintas interpretaciones del material normativo, la idea de cuáles son los derechos que están en juego se termine por modificar. Una idea que me parece muy valiosa de Cano es su insistencia en que desde esta primera etapa debemos tener un enfoque —actitud y sensibilidad— de derechos humanos, pues de no adoptar tal enfoque no asumiríamos la actitud interpretativa que la Constitución requiere de los jueces y los miembros de los tribunales —y en general de toda autoridad—.

¹⁸ En la controversia constitucional 293/2011 el Pleno de la Suprema Corte resolvió que tanto los derechos humanos contenidos en la Constitución como en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional. Para un análisis de esta resolución, sobre la cual más adelante abundaremos, véase Medina Mora, Alejandra; Salazar Ugarte, Pedro y Vázquez, Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, 2015.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

También será muy importante que desde este momento se comiencen a distinguir los derechos humanos de los derechos constitucionales —o legales— que no son derechos humanos. Es posible que desde esta etapa se logren realizar algunos descartes importantes para no caer en el error conceptual de creer que todo derecho jurídicamente reconocido en la constitución o en otra fuente legal es —por el mero hecho de ser un derecho— un derecho humano. Es importante tener en cuenta esta distinción desde el inicio, aunque posiblemente surjan casos difíciles que se tengan que determinar en las etapas posteriores.¹⁹

3.3.2. La interpretación conforme en sentido amplio

La obligación de interpretar las disposiciones internas y contrastarlas con el *corpus iuris* interamericano y con el *corpus iuris* internacional en materia de derechos humanos conlleva una labor interpretativa compleja. La interpretación conforme en sentido amplio consiste, en buena medida, en presentar propuestas de interpretación de ese material normativo donde se logre una armonización de los derechos en cuestión con las normas que parecen relevantes o aplicables al caso. También implica descartar interpretaciones que lleven a contradicciones graves con los derechos humanos. Y me refiero a “contradicciones graves” porque no podemos soslayar que las normas constitucionales —y en general la legislación interna de un país— tienen también otros fines y valores distintos que proteger y promover. De forma que cuando surge una aparente contradicción entre alguno de esos valores o fines y algún derecho humano, algo que se tendrá que evaluar —en la siguiente etapa— es si el derecho humano en cuestión tiene que prevalecer o no. Solo cuando desde el inicio se aprecie una violación grave o significativa se podría descartar una propuesta interpretativa, sin necesidad de entrar a ponderar los fines y valores que en ese caso se oponen a los derechos.

Aquí es muy importante llamar la atención sobre el tipo de teorías —o concepciones implícitas— que se tengan y se de-

¹⁹ Véase con más detalle la distinción que hacemos aquí en los capítulos 2 y 5 de este libro.

El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad...

fiendan sobre los derechos humanos —cosa que se verá reflejada en la forma como los jueces argumentan—. Precisamente la posibilidad de que consideraciones consecuencialistas sobre otros valores o fines puedan entrar en colisión con derechos y puedan prevalecer en algunas circunstancias, es algo que unas teorías —o concepciones— aceptan y otras rechazan.²⁰ Desde

²⁰ Para el *consecuencialismo* el valor de las acciones depende de las consecuencias que producen, si las acciones desencadenan consecuencias en la realidad, esos cambios son los que importan y los que hay que valorar. En cambio, para el *deontologismo* las acciones se guían por principios morales y, por ende, las acciones mismas son correctas o incorrectas con independencia de las consecuencias que producen. El utilitarismo es una teoría consecuencialista que propugna por que las acciones maximicen el bienestar o la felicidad de la mayoría de las personas, mientras que una teoría como la de Kant sería un ejemplo de una teoría deontológica, donde las acciones están guiadas por un imperativo categórico (principio). Sin embargo, solo cierto tipo de interpretaciones de estas teorías, como sostiene Rafael Cejudo, abonan a presentar este tipo de teorías como si existiera entre ellas un abismo insalvable. Las teorías éticas de tipo consecuencialista han intentado en las últimas décadas responder a las críticas deontologistas que las acusan de no tomar en consideración los principios y las reglas para evaluar las acciones. Por ello, muchos autores han tratado de concebir un consecuencialismo ampliado donde tanto los principios —y normas en general— como las consecuencias son factores relevantes. Véase: Cejudo Córdoba, Rafael, “Deontología y consecuencialismo: un enfoque informacional”, en *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 42, núm. 126, diciembre, 2010, pp. 3-24. Esta discusión se ve a su vez reflejada en el ámbito de las teorías de los derechos humanos, que en principio han sido teorías concebidas como más próximas al deontologismo, pero que han ido adaptándose para ser más sensibles a las críticas consecuencialistas. Una teoría de los derechos humanos que trata de combinar tanto la aproximación deontológica como la consecuencialista es la de James Griffin, véase *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008. En especial el capítulo 2: “First Steps in an Account of Human Rights”. En la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, concepción quizá más familiar para los juristas mexicanos, el problema parece resolverse negando que los principios o los derechos tengan un carácter absoluto —cosa que ya es algo muy extendido entre las teorías de los derechos—. Si los derechos o los principios se entienden como *prima facie*, podrían entonces entrar en conflicto unos con otros y con otros fines y valores y resolverse estos problemas por medio de la ponderación. Véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, ver pp. 105-109. También una concepción como la de Dworkin, donde se entienden los derechos como *triumfos políticos* sobre las decisiones mayoritarias, no tiene por qué con-

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

mi punto de vista, una teoría adecuada de los derechos humanos no puede cerrarse a admitir la posibilidad —siempre excepcional— de que otros fines o valores puedan llegar a prevalecer en algunas circunstancias sobre los derechos humanos. Entre otras razones está que el derecho pretende ser eficaz y servir a fines sociales diversos, por ende, el derecho tiene compromisos institucionales que pueden restringir justificadamente el alcance de algunas pretensiones basadas en derechos. Por ejemplo, desde un punto de vista de los valores institucionales del derecho, es necesario reglar los procedimientos legales, y ello, en muchas ocasiones, implica imponer restricciones, condiciones o requisitos —plazos, términos, reglas procesales en general, etc.— a las personas para generar certeza, seguridad y condiciones de ejercicio de los derechos. En ocasiones, fijar estas restricciones puede resultar en violaciones de derechos humanos pero, *en principio*, algunas restricciones resultan necesarias y justificadas aun cuando cierto grado de arbitrariedad sea inevitable. Por ejemplo, decidir sobre el plazo adecuado para contestar un recurso podría llevar a debatir si se debe fijar entre cinco o seis días hábiles, o que un juez decida imponer siete años o siete años un mes de pena de prisión —dentro de un máximo de diez y un mínimo de tres años— pueden ser discusiones donde quizá no podamos tener razones muy fuertes para justificar el plazo en cuestión o la pena, en este sentido habría una cierta arbitrariedad en la decisión. Pero que una diferencia marginal sea muy difícil de justificar —incluso imposible en ocasiones—, no significa que no se pueda justificar el rango o el parámetro que se está usando frente a otros. Las distinciones entre reglamentar, restringir y violar un derecho suponen precisamente que existe necesidad de limitar derechos, pero a su vez, que existen algunos criterios para justificar el grado en que se limitan, mismos que nos permitirían apreciar casos en que se rebasan tales límites y, por tanto, podríamos considerar que se transgreden o violan derechos.²¹

cebirse como una posición donde los derechos nunca ceden frente a otras consideraciones no basadas en derechos, aunque para Dworkin esos casos serían excepcionales y caos de urgencia; al respecto véase: Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio, ...cit.*, p. 285.

²¹ Para profundizar sobre las nociones de “límite”, “restricción” y “suspensión” de derechos, véase: Nash Rojas, Claudio, “La protección internacio-

El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad...

Para que los jueces puedan llevar a cabo de manera correcta esta labor de armonización del derecho interno con el *corpus* internacional se requiere que conozcan bien los tratados en materia de derechos humanos relevantes para la(s) materia(s) de su competencia, que conozcan los criterios de la Corte IDH, tanto su jurisprudencia obligatoria como otros criterios interpretativos que pueden guiar al intérprete.²² Se puede creer que esto es algo fácil de lograr, pero en un país como México, es un enorme reto para todos los jueces del país, tanto locales como federales —y en general para cualquier aplicador o intérprete del derecho—, que tradicionalmente han estado alejados de este tipo de prácticas. Se trata de una obligación que tienen los juzgadores frente a la cual muchos no están preparados para cumplir de manera satisfactoria, independientemente de cuál sea su actitud frente a la reforma. También requiere poder usar bien ciertos argumentos interpretativos, por ejemplo, los argumentos sistemáticos, los teleológicos, la argumentación con principios, entre otros.

Otra idea que nos guía en este ejercicio interpretativo es la de buscar dos tipos de armonización:

- a) armonizar las leyes con la Constitución y con las normas del *corpus* internacional en materia de derechos humanos, y
- b) armonizar las normas constitucionales con las del *corpus* internacional en materia de derechos humanos.²³

nal de los derechos humanos: reglas comunes”, en Nash Rojas, Claudio y Mujica Torres, Ignacio (eds.), *Derechos humanos y juicio justo*, Lima, Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos y Colam-Organización Interamericana Universitaria, sin fecha; disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27187.pdf>

²² La SCJN en la controversia constitucional 293/2011 sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para los jueces mexicanos incluso en casos donde el Estado mexicano no sea parte.

²³ En este sentido el Pleno de la SCJN en la controversia constitucional 293/2011 ha sostenido que en caso de una restricción a los derechos humanos establecida por una norma constitucional, se debe privilegiar la restricción constitucional sobre la interpretación bajo el criterio *pro personae*. Esta resolución es muy polémica, al menos en estos términos y sin mayores matizaciones. Varios ministros al emitir su voto dijeron que no se trataría de una regla absoluta. El ministro José Ramón Cossío advirtió que se tra-

3.3.3. La interpretación conforme en sentido estricto

La interpretación conforme en sentido estricto tiene, a mi parecer, una estrecha vinculación con lo que algunos autores han llamado los métodos de interpretación teleológico-evaluativos.²⁴ Esto es, cuando en la primera etapa generamos dos o más interpretaciones jurídicamente plausibles (la SCJN habla de interpretaciones “válidas” en el expediente Varios 912/2010), el paso siguiente no implica simplemente elegir cualquiera de ellas, sino justificar una elección en atención al criterio de la interpretación que resulte más favorable a la persona. Aquí ya no cuenta el criterio de interpretación conforme en sentido amplio, pues se

taba de una regresión a la reforma del artículo 1 constitucional y no votó el proyecto del ministro Arturo Zaldívar. Para que un criterio así pudiera mantener cierta armonía con la misma reforma constitucional y no verse simplemente como una regresión, tendrían que hacerse algunas matizaciones a la aplicación del mismo. Por ejemplo, una restricción constitucional que vulnere gratuitamente los derechos humanos sin que sirva para una protección de otros valores importantes parecería un exceso y una clara regresión inaceptable. Así, por ejemplo, durante la discusión de dicha contradicción de tesis los ejemplos recurrentes fueron el caso del arraigo y el caso de la limitación de algunos derechos políticos a los ministros de culto. La discusión de la constitucionalidad de estos casos no puede darse, a mi juicio, por una regla como la adoptada, pues tal regla tendría que estar a su vez interpretada acorde con la misma reforma constitucional. Para que ello fuera así, las restricciones constitucionales a los derechos humanos tendrían que tener algún fundamento sólido —razonable— en otros valores constitucionales, de otro modo simple y sencillamente el criterio podría interpretarse como un cheque en blanco al legislador para violar derechos humanos. Reducido al absurdo el argumento podría llevarnos a ver como compatibles el tener una Constitución groseramente violatoria de los derechos humanos que a su vez mantenga el artículo 1.

En el libro sobre las restricciones a los derechos humanos de Alejandra Medina Mora, Pedro Salazar Ugarte y Daniel Vázquez, luego de analizar la resolución de la controversia constitucional aludida y los votos particulares de los ministros que recayeron sobre la misma, proponen una interpretación de lo que deba entenderse por “restricción constitucional” basada en criterios de proporcionalidad aceptados a nivel internacional, véase *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia, ...cit.*, pp. 59 y ss.

²⁴ Véase MacCormick, Neil y Summers, Robert, “Interpretation and Justification”, en Neil MacCormick y Robert Summers (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Inglaterra, Ashgate, 1991.

El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad...

supone que las interpretaciones en pugna lo satisfacen. La interpretación conforme en sentido estricto debe implicar algo más que generar interpretaciones coherentes con los derechos y con la Constitución. El tipo de operación nos lleva a usar métodos interpretativos que van desde argumentos teleológicos, hasta argumentos sustantivos que apelen a los valores y fundamentos de los derechos humanos. Se deberán seleccionar los valores que ofrezcan una mejor justificación del derecho y, en este sentido, la interpretación que mejor realice estos valores. No solo son admisibles argumentos valorativos, sino también podría requerirse de argumentos de tipo consecuencialista que nos adviertan de las implicaciones fácticas.

Incluso en esta etapa se puede requerir usar métodos de ponderación que nos ayuden a justificar la prevalencia de algún derecho humano sobre otro, o respecto de otros fines y valores del sistema, de conformidad con criterios de proporcionalidad. Cabe recordar que en estos métodos de ponderación lo fundamental son los argumentos sustanciales que se ofrecen para sostener la importancia de un derecho o conjunto de derechos frente a otro u otros. El uso de fórmulas *a lo* Alexy no contribuye mucho a la justificación y ha generado muchos malos entendidos sobre el criterio de proporcionalidad.²⁵

Al parecer, la interpretación conforme en sentido estricto consiste en buena medida en algo muy semejante a lo sugerido por Ronald Dworkin en su famoso libro *Law's Empire* (1986).²⁶ Dworkin sostiene que la interpretación se da en tres fases: una

²⁵ Es un error concebir la propuesta de ponderación de Robert Alexy como la aplicación de una fórmula —su fórmula de peso—, el error él mismo lo ha propiciado al buscar una racionalización excesiva de lo que no puede ser sino un proceso argumentativo. Lo importante en la ponderación son en todo caso los argumentos que se den para justificar los juicios de preferencia de un derecho sobre otro. El valor de la propuesta de Alexy reside, a mi juicio, en proporcionar tres subcriterios —necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto—, que por su relevancia ayudan a dimensionar el conflicto —o aparente conflicto— entre derechos o principios. Para una crítica a Alexy en este sentido véase Atienza, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, núm. 40, Granada, Universidad de Granada, 2010.

²⁶ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

preinterpretativa, otra interpretativa y una tercera posinterpretativa. La etapa preinterpretativa consiste en reconocer el material jurídico relevante al caso. En la segunda etapa de Dworkin, la interpretativa, se tienen que proponer interpretaciones que se ajusten a dicho material, es decir, que guarden coherencia con él, descartándose aquellas interpretaciones que se consideren incoherentes. De este proceso, en ocasiones puede resultar una sola interpretación viable, pero con frecuencia surgen varias interpretaciones que cumplen estos requisitos de coherencia y de ajuste en un grado alto, pero que apuntan en direcciones diferentes. Estas primeras dos etapas corresponderían a lo que aquí hemos explicado que tiene que hacerse tanto en la etapa de identificación de derechos como en la de interpretación conforme en sentido amplio.

En la tercera etapa de Dworkin, la posinterpretativa, se tienen que enfrentar las dos o más interpretaciones que hayan resultado con mayor plausibilidad —que resulten conformes en sentido amplio—, y se tiene que buscar cuál de ellas es la mejor. En la teoría de Dworkin, esta búsqueda se hace teniendo en mente cuál de las interpretaciones hace mejor nuestro derecho, entendido como una práctica social, es decir, bajo cuál de las interpretaciones nuestro derecho será más justo, más equitativo, más igualitario, etc. Y si estos criterios entraran en conflicto dado que alguna interpretación favorece más unos principios o valores que otros, entonces tenemos que decidir cuáles de estos valores son más importantes para el caso particular que se tiene que decidir. Esto implica entonces un ejercicio de ponderación de principios, derechos o valores. Ahora bien, en nuestro caso, los valores que entran en juego son entonces, en primer término, los protegidos o reconocidos por los derechos humanos, valores de tipo sustantivo que tienen que guiar al intérprete para encontrar cuál de las interpretaciones posibles es la que mejor satisface los derechos humanos, específicamente cuál de las interpretaciones cumple mejor y desarrolla el principio *pro personae*.

Aquí también entran en juego los criterios de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad*, que son guías para interpretar los derechos humanos. De forma que se privilegia una interpretación sobre otra cuando una cumple mejor con estos criterios. Estos criterios, sin embargo, resultan todavía de-

El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad...

masiado indeterminados, hasta en tanto la doctrina y la jurisprudencia no los desarrollen y refinen; su uso actual es muy variable, confuso y en ocasiones inconsistente.²⁷ Pasaré más adelante a abordar algunos problemas de estos cuatro criterios.

En esta etapa de la interpretación conforme en sentido estricto se tiene que hacer —siempre y cuando ello resulte necesario— un ejercicio interpretativo de carácter valorativo. Este es uno de los rasgos más importantes de una reforma como la del artículo 1 Constitucional, que nos lleva a la adopción plena de un sistema constitucionalista. Como han sostenido algunos autores, bajo el nuevo paradigma constitucionalista, que es donde nos encontramos ahora con la reforma, el razonamiento jurídico se politiza y/o moraliza debido a que establece un compromiso con los valores y los fines constitucionales, que en nuestro caso se concretiza en un compromiso con los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en tratados internacionales. Este cambio supone, como sostiene Josep Aguiló, “la sustitución del canon interpretativo de «Interpretación de la Constitución conforme a la ley» al canon «Interpretación de la ley conforme a la Constitución»”,²⁸ lo cual significa que toda interpretación de la ley —cuando haya al menos derechos involucrados— requiere de un juicio valorativo, un juicio de que tal ley es o no coherente con la Constitución y con los derechos humanos. Este juicio evaluativo puede ser en algunos casos sencillo, si no se advierte ninguna tensión o contradicción aparente, pero podría requerir de sucesivos juicios e interpretaciones si estamos ante casos de

²⁷ Véase Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, UNAM, 2012, pp. 135-165. Este trabajo que trata de especificar en qué consisten estos criterios no deja de reconocer los enormes problemas que tienen aún las aproximaciones doctrinales, incluso los mismos autores de este ensayo no dejan de contribuir a tales confusiones teóricas, lo cual muestra que aún siendo conscientes de los problemas que implican estas nociones no es fácil hacer una conceptualización de las mismas que resulte coherente y que logre sortear algunas críticas recurrentes.

²⁸ Aguiló, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Mallorca, Lleonard Muntaner Editor, 2008.

colisión de derechos, tensiones entre valores o cualquier otro problema que nos genere más de una interpretación plausible de las normas, derechos y principios que consideramos relevantes.

3.3.4. La inaplicación de las normas

El cuarto y último paso solo se presentará en algunos casos extremos, donde las mejores interpretaciones nos lleven a sostener que no es posible una armonización de alguna(s) norma(s) con la Constitución y con el *corpus* de derechos humanos internacional. En tales casos extremos, el juez o tribunal tendrá que dejar de lado la norma a pesar de que la misma regule el caso de modo explícito. Recordemos que en el control difuso los jueces y algunos tribunales no tienen atribuciones para declarar la invalidez de la norma en cuestión, pero sí para inaplicarla por considerar que es contraria a la Constitución o a los tratados internacionales sobre derechos humanos. En el caso de que sea la Suprema Corte o un tribunal con tales atribuciones podrán, además de inaplicar, declarar la invalidez del o los preceptos en cuestión.

La cuestión de la inaplicación es obviamente más sencilla que un problema de declaración de invalidez de un precepto. Puede existir una línea muy difícil de trazar entre la posibilidad de realizar una interpretación conforme y la justificación de la inaplicación o la declaración de invalidez de un precepto legal —o constitucional—. En algunas ocasiones, la SCJN ha procedido —metodológicamente hablando— a discutir si una o varias normas son violatorias de la constitucionalidad o la convencionalidad. Cuando llegan a una respuesta afirmativa, entonces se preguntan si cabe la interpretación conforme. La respuesta en estos casos puede ser más complicada, pues previamente se abordan las discusiones al margen de este criterio interpretativo y vista así la cuestión parecería más difícil de decidir. En algunos casos, la Suprema Corte ha tenido que admitir la necesidad de forzar la interpretación conforme para evitar otras consecuencias normativas inadmisibles desde el punto de vista institucional. Un caso puede ilustrar mi punto.

En el amparo en revisión 567/2012, la Primera Sala de la Suprema Corte analizó si el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca,

El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad...

concerniente al matrimonio, es violatorio de los derechos de las personas por transgredir la igualdad y el derecho a la no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad. El artículo 143 define al matrimonio como: “un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida”. La Corte respondió que sí es violatorio de tales derechos y luego se hizo la pregunta de si cabía una interpretación conforme. La respuesta fue que sí procedía la interpretación conforme respecto de una parte del precepto. Se dispuso, por una parte, que con relación a la disposición que establece que el matrimonio es el contrato “entre un solo hombre y una sola mujer”, debe entenderse que se trata de un acuerdo de voluntades que se celebra entre “dos personas”, por consiguiente, el matrimonio puede ser entre personas de un mismo sexo. Por otra parte, se declaró que es inconstitucional la parte relativa a que la finalidad del matrimonio es la “perpetuación de la especie” y debe inaplicarse a las quejas, en este caso descartó la posibilidad de una interpretación conforme. Lo complejo de una resolución como esta es que una parte del precepto, el primer párrafo del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, se declaró inconstitucional, mientras que en otra parte de dicho precepto se hizo una interpretación conforme que sugiere que se entienda algo distinto de lo que literalmente expresa el precepto. Parece que una de las opciones era inaplicar por inconstitucional todo el precepto, y aunque no se argumentó suficientemente sobre este punto, se puede apreciar que la razón para no haber hecho esto es que hubiera tenido la consecuencia de dejar al Código Civil sin una definición de matrimonio, y puesto que el matrimonio es una institución legal, si la ley no lo constituye no se habría podido realizar el acto jurídico de casarse. Por ende, parece que con algunas normas —reglas constitutivas— los efectos de la declaración de inconstitucionalidad pueden traer consecuencias graves —institucionalmente hablando—. Esta es una razón de tipo institucional —que parece plenamente justificada— para favorecer o haber forzado la interpretación conforme.

Sin embargo, la misma Primera Sala revisó su propio criterio en el amparo en revisión 152/2013, donde volvió a entrar al tema de la constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca. En esta ocasión se trató de determinar si la parte del

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

precepto que refiere que el matrimonio es el contrato “entre un solo hombre y una sola mujer”, viola o no derechos de un grupo de quejosos por discriminar a las parejas homosexuales al estigmatizarlos y privarlos de derechos que confiere el matrimonio. En esta ocasión, la Primera Sala, en contra de lo que sostuvo en el amparo en revisión 567/2012, sostuvo que procede declarar inconstitucional el precepto y que dicha declaratoria no crearía un vacío legal, pues aunque ese artículo define el matrimonio, “la legislación civil estatal prevé los derechos y obligaciones de los cónyuges; es decir, el artículo en cuestión no agota la regulación jurídica de la institución en su totalidad”.

Como podrá observarse de este ejemplo, en todo caso la inaplicación por inconstitucional o inconvencional será un punto extremo, resultado de una evaluación —interpretación— donde se determine que no es correcta una interpretación conforme de dicho precepto, incluso cuando quepa tal posibilidad. De nueva cuenta estamos ante un caso donde se tiene que valorar las interpretaciones que sean plausibles y elegir, con base en razones, aquella que se considere superior.

3.3.5. Corolario

En suma, la propuesta de Cano que he comentado me parece interesante como punto de partida para una reflexión más profunda sobre lo que implica llevar a cabo un control de constitucionalidad/convencionalidad bajo las coordenadas de nuestra “nueva” Constitución. Mi punto de discrepancia más importante radica en que él destaca mucho el contraste entre derecho interno y derecho internacional y al hacerlo sostienen que se tiene que elegir qué sistema protege más a la persona. Esto creo que no puede verse así. Ello supondría que siempre las mejores interpretaciones posibles del “bloque de constitucionalidad” se presentarán con tal oposición —interno vs. externo—. Creo que nuestra reforma exige algo más, exige primero tomar al derecho internacional como parte de nuestro sistema, con lo que tal oposición se borra —al menos para este tipo de propósitos—. Y si ello es así, entonces lo que nos requiere la interpretación conforme es un ejercicio de coherencia que puede resultar más complejo

El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad...

y que al llevarlo a cabo se nos presenten diversas alternativas interpretativas que nos lleven a tener que decidir cuál es la mejor en función de criterios interpretativos —*pro personae*, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad—. Como estos criterios no están del todo desarrollados, dotarlos de contenido implica entrar de lleno en una argumentación evaluativa político-moral. Esta conclusión, que a muchos puede no gustarles, es sencillamente una de las enseñanzas más importantes que nos ha legado el desarrollo de la filosofía y teoría del derecho de las últimas tres décadas —sin dejar de lado el desarrollo de la teoría constitucional y de las teorías de los derechos humanos de este mismo periodo—.

3.4. LOS CRITERIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD

3.4.1. La universalidad

La *universalidad* ha recibido diversas interpretaciones y cada una de estas propuestas ha recibido críticas —en ocasiones demolidoras—, de modo que no hay nada como un consenso sobre cómo habría de entenderse este criterio. Algunos han pensado a la universalidad como una característica o rasgo de los derechos humanos. Los que defienden que la universalidad es una característica de los derechos afirman esta idea de varias maneras. Para algunos pocos se trata de una característica formal *de los enunciados* en que se formulan los derechos (Ferrajoli);²⁹ otros la consideran una característica de los seres humanos que suele formularse diciendo que “por el mero hecho de ser un ser humano se tienen ciertos derechos humanos” (derechos naturales). Esta idea, propia del liberalismo y contractualismo clásico (Locke), resulta bastante ingenua e incurre en lo que algunos autores han llamado un prejuicio de especie. Por ello, y para evitar esta caracterización, podría decirse que son ciertas características de los seres humanos —y no el mero hecho de ser un ser humano— lo

²⁹ Especialmente el libro donde discute su trabajo sobre derechos fundamentales: Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

cual justifica que se le adscriban derechos básicos; los candidatos más comunes de tales rasgos son las relacionadas con las capacidades racionales del ser humano (Griffin,³⁰ Talbott,³¹ entre otros). Otros apuntan no en relación con rasgos de capacidades reflexivas, sino con rasgos del ser humano que lo hacen un ser con necesidades básicas, y serán entonces estos rasgos comunes a todos los seres humanos —pero no solo a los seres humanos— los que justificarán la satisfacción de tales necesidades y de este modo los derechos asociados con estas.

Pero hay otra manera muy diferente de entender la universalidad que está asociada a la idea de que los derechos humanos son exigencias morales —derechos morales—, cosa que implica mantener que para que una demanda de derechos se reconozca como un derecho humano, debe poder ser apoyada —justificada— por argumentos morales que tengan un peso especialmente fuerte.³² Esto significa que tales razones morales tienen que ser razones que puedan *universalizarse*, es decir, razones que puedan aplicarse a todo posible afectado por ellas, o en otros términos, razones que se tienen que reconocer en cualquier caso semejante. La idea entonces es que los derechos, cuando se interpreten de conformidad con el criterio de universalidad, traerán como consecuencia un efecto expansivo en la medida en que los casos resulten similares. Un derecho humano reconocido expresamente en alguna situación específica se podrá aplicar a otra situación si resulta semejante, es decir, a otra situación a la que se le puedan aplicar también las razones morales que justifican al otro caso. Lo importante aquí es ver el rol central de la actividad argumentativa en que consistirá usar el criterio de universalidad. La idea de que la universalidad de los derechos radica en el tipo de razones morales que puedan ofrecerse no está reñida con las concepciones que postulan algunos rasgos o necesidades de los seres humanos como básicos o especialmente relevantes, simple y sencillamente destacan que tales rasgos, características o necesidades deben ser moralmente relevantes y usarse como razones en argumentos.

³⁰ Griffin, James, *On Human Rights*, Oxford University Press, 2008.

³¹ Talbott, William J., *Which Rights Should Be Universal?*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2005.

³² Véase el capítulo 1, particularmente el apartado 1.5.

3.4.2. Interdependencia e indivisibilidad

Los criterios de *interdependencia* e *indivisibilidad* son todavía algo más complicados que el de universalidad. Más allá de una idea muy vaga no tenemos aún criterios precisos sobre ellos. Estos conceptos se introdujeron como una forma de contrarrestar algunas tendencias surgidas durante la Guerra Fría que propiciaron que en vez de que se redactara un solo Pacto Internacional de Derechos Humanos, aparecieran dos documentos, uno para los derechos civiles y políticos, y otro para los derechos económicos, sociales y culturales. Algunos países, especialmente los Estados Unidos de América, hasta la fecha solo han firmado el de derechos civiles y políticos, pues ciertas corrientes liberales en los países de Occidente sostenían —y siguen sosteniendo— que los derechos económicos, sociales y culturales no son verdaderos derechos humanos (dese Cranston³³ hasta Rawls,³⁴ entre muchos). Otros regímenes autoritarios contemporáneos encabezados por China, por ejemplo, intentan defender solo derechos sociales y económicos, pero restringen y tachan de occidentales a las libertades civiles y políticas. Ante esta situación de politización en torno a los derechos humanos, los mismos organismos internacionales, a fin de contrarrestar esta tendencia a separarlos y a poner en duda la legitimidad de algunos derechos, tuvieron que destacar que todos eran igualmente derechos humanos y que eran indivisibles e interdependientes. En 1993, en el marco de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, los delegados de los países proclamaron en la Declaración de Principios de Acción de Viena de 1993 la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.³⁵ Estos criterios están asociados, entonces, a la idea de que todos los derechos

³³ Cranston, Maurice, “Human Rights, Real and Supposed”, en Patrick Hayden, *The Philosophy of Human Rights*, USA, Paragon House, 2001, pp. 163-173.

³⁴ Pueden verse la posición que asume de manera implícita tanto en su *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1979; como en su último libro *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001.

³⁵ Véase Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, ...*cit.*, pp. 151-152.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

humanos tienen una misma jerarquía y, por ende, es un deber de los Estados protegerlos y desarrollarlos por igual. Esta idea, sin embargo, es muy debatible y tendríamos que buscar otra forma más aceptable de entender la *interdependencia* y la *indivisibilidad*.

La idea de *interdependencia* nos dice que el respeto, ejercicio y/o disfrute de un derecho está asociado con el respeto, ejercicio y/o disfrute de otro u otros derechos. Que al violarse uno se afectan otros, que no se puede proteger uno sin proteger otros, etc. Por su parte, la idea de *indivisibilidad* se opone a las jerarquías entre derechos, categorizaciones y separaciones que tiendan a que los Estados protejan alguna categoría de derechos pero menosprecien otra, como sucede habitualmente con la distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro.

Más allá de estas ideas básicas, tenemos muchos problemas con estos criterios. Primero, podemos decir que hay muchas formas en que los derechos pueden ser interdependientes, y en un sentido de esta interdependencia, algunos son más básicos que otros, esto es, unos sirven para fundamentar otros, y si esto es así, algunos derechos humanos son concreciones de otros derechos más generales. Esta idea, que no es difícil de aceptar, empero va en contra de la idea de que todos tienen la misma jerarquía —al menos si tomamos la idea de jerarquía desde un punto de vista moral— en el sentido de que unos son necesaria y conceptualmente más importantes que otros. ¿Qué tipo de jerarquía se afirma entonces cuando se dice que todos los derechos humanos son iguales? En realidad, pienso que no hay una manera sensata de salvar y hacer inteligible esta idea, pues es difícil rechazar la idea de que hay derechos más básicos que otros, que unos son derivaciones de otros en un sentido, de ser medios para un fin. Por ejemplo, el derecho a la vida y la integridad son derechos básicos que difícilmente podemos decir que están en pie de igualdad con el derecho a vacaciones periódicas pagadas del artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. No es lo mismo que un Estado viole y afecte la vida e integridad de sus ciudadanos a que no les proporcione y asegure vacaciones periódicas pagadas. Incluso podríamos decir, como algunos lo han hecho, que el derecho a vacaciones pagadas es en todo caso una mala formulación de un derecho humano más básico al descanso y recreación.

El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad...

Segundo, aunque es cierto que los derechos son interdependientes, estas relaciones de interdependencia son de varios tipos —relaciones medio-fin, relaciones de justificación, relaciones de realización, etc.—, pero sería difícil sostener —aun en las relaciones de justificación— que todos los derechos están relacionados con todos. Y si aceptamos entonces la idea de que las relaciones de interdependencia son relaciones discretas, entonces tenemos enfrente la tarea de determinar cuáles son esas relaciones. En esto me parece radica el criterio de la interdependencia como criterio interpretativo, en establecer la naturaleza o tipo de relación que resulte pertinente en cada caso y en determinar el alcance de esas relaciones, es decir, determinar qué otros derechos entran en juego a la hora de hacer, por ejemplo, una interpretación conforme.

Tercero, es muy difícil exigirle a los Estados que no establezcan algún tipo de prioridades en el diseño de políticas públicas, e incluso en política criminal y política relacionada con la administración de justicia, que no parta de proteger unos derechos más que otros. Casi cualquier sociedad democrática tendrá entonces una agenda sobre qué tanta importancia darle a unos derechos a costa de desarrollar otros, importancia que en mucho se traducirá en destinar recursos para desarrollar políticas e instituciones. Si bien los derechos se complementan y están relacionados, esto no significa que las relaciones sean solo de armonía. A menudo surgen conflictos y la necesidad de elegir unos sobre otros. La interdependencia también implica que pueden darse relaciones de oposición. Cualquier conceptualización aceptable de la noción de “interdependencia” de los derechos humanos tiene que reconocer el hecho de que los derechos pueden entrar en conflicto en situaciones específicas y, por ende, que es ilusoria e ideológica la idea de que puede existir una plena o total armonía en el ejercicio y protección de los derechos.

3.4.3. Progresividad

El otro criterio es el de *progresividad*, que implica que el cumplimiento y satisfacción de los derechos es gradual y no una cuestión de todo o nada. Ahora bien, hay que entender que esta

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

idea de gradualidad vale desde un punto de vista estadístico o un punto de vista de diseño de las políticas públicas, pues no sería correcto decir que a alguien se le violó gradualmente un derecho a la vida, o un derecho a no ser violada, etc. Podemos hablar de gradualidad cuando evaluamos políticas y fines generales, no cuando evaluamos si a una persona en concreto se le afectó o no un derecho. Obviamente, dicho esto, algunos derechos son graduables incluso con relación al disfrute o afectación de una persona en lo individual, como cuando decimos que Carmen vio gravemente afectado su derecho a la libertad de expresión, pero que Pablo lo vio solamente restringido de manera leve. Lo que no hay que confundir, en todo caso, es que cabe hablar de progresividad o gradualidad en estos dos sentidos distintos. También la idea de progresividad está relacionada con la idea de que los derechos humanos establecen y protegen contenidos mínimos, pero que cada Estado parte debe buscar alcanzar dichos mínimos y progresivamente superarlos, quedando a su vez prohibidas regresiones no justificadas.

La idea de progresividad ha llevado a los organismos internacionales a propugnar por el establecimiento de metas y estándares de cumplimiento que comprometa a los Estados y se puedan generar criterios para establecer responsabilidades.

Como puede observarse, la idea de progresividad está muy relacionada con la de la interpretación más favorable hacia la persona, pues entre las normas de derechos humanos que pudieran entrar en conflicto habrá que preferir aquellas que han logrado más protección o más compromisos por parte del Estado y no aquellas que solo determinan los contenidos mínimos.