

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

Juan Antonio CRUZ PARCERO\*

SUMARIO: I. *La reforma en materia de derechos humanos.* II. *El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Hacia un método de trabajo.* III. *Propuesta de método.* IV. *Los criterios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.* V. *Retórica y control de convencionalidad.*

### I. LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La reforma constitucional al artículo 1o. 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 reforma.<sup>1</sup> El otro problema, el de 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), como a nivel

\* Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM.

<sup>1</sup> Puede verse como muestra el expediente Varios 912/2010, las controversias constitucionales 911/2011 y la 293/2011. En estas discusiones, especialmente en la discusión de las dos controversias, se logró imponer una visión restrictiva, que más adelante comentaremos.

individual (la preparación que pueda tener cada juzgador, secretario etcétera, 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. Me refiero a las obligaciones interpretativas de los juzgadores a la luz de la reforma en materia de derechos humanos.

El artículo 1o. 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”.<sup>2</sup> 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:

- a) Todas las personas gozarán de los derechos humanos; en cierto sentido aquí se establece un cambio importante 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. 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 constitucio-

<sup>2</sup> Más allá de la discusión en torno a la expresión “bloque de constitucionalidad” que ha suscitado reticencias de algunos ministros de la Suprema Corte 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 de 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 la Contradicción de tesis 293/2011, cuyo proyecto correspondió al ministro Arturo Zaldívar y la controversia 21/2011 discutidas en septiembre de 2013. Aunque el alcance específico no lo conocemos aún por no haberse publicado el engrose, que contará con un gran número de votos particulares de los ministros, la resolución quedó en términos de mantener el rango constitucional de los derechos humanos derivados de los tratados internacionales y reconocer la jerarquía de las restricciones expresas a los mismos impuestas por la Constitución. Con esto se limita el alcance del mismo principio *pro personae* que reconoce el artículo 1o. constitucional.

- nales 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.
- 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 haya 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 más adelante, a hacer comparaciones y justificar elecciones interpretativas que favorezcan la defensa de las personas.
- c) Todas las autoridades deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. En principio, se trata más de una regla que de un principio, pues se obliga a cualquier autoridad, a toda autoridad de cualquier ámbito de los diferentes poderes del Estado a respetar, promover, proteger y garantizar los derechos humanos. Sin embargo, en una segunda instancia, se puede ver como una de fin, pues las conductas exigidas quedan abiertas y generan discrecionalidad de los distintos funcionarios. Pero también puede entenderse 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.
- d) Se deben usar los principios de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad* cuando se interpreten los derechos humanos. La norma constitucional obliga a interpretar los derechos humanos con criterios que la comunidad internacional ha reconocido como válidos. Esto genera también un compromiso relacionado 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 Constitución.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> 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 1o. 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 de-

La reforma establece un criterio interpretativo que tendrá jerarquía sobre otros criterios utilizados para interpretar y aplicar las leyes. Pero 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”, y que

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.

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 obligación de hacer prevalecer las leyes supremas.<sup>4</sup> 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 los que sí pueden surgir problemas es con los criterios de interpretación gramatical, que se establece como prioritario para los juicios civiles.

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

## II. 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

rechos 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. Véase Schmill Ordoñez, Ulises y Silva Nava, Carlos de, “El interés legítimo como elemento de la acción de amparo”, *Isonomía*, núm. 38, abril de 2013, pp. 247-268; como mi crítica, Cruz Parcero, Juan Antonio, “El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”, *Isonomía*, núm. 30, octubre de 2013, pp. 185-213.

<sup>4</sup> Precisamente la Suprema Corte decidió en la controversia constitucional 293/2011 que los tratados internacionales son parte del bloque de constitucionalidad, aunque se estableció una restricción al sostenerse que cuando la Constitución misma imponga una restricción expresa a algún derecho humano esta prevalecerá sobre el tratado internacional.

de: a) las sentencias condenatorias de la Corte IDH contra el Estado mexicano; b) la misma Convención Americana de DH, en sus artículos 2o. (deber de adoptar el derecho interno), 29 (obligación de adoptar la interpretación más favorable); c) de la misma reforma al artículo 1o. 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*.<sup>5</sup>

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, que el control de convencionalidad supone tres pasos:

- 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.

Ahora bien, estos criterios no están del todo claros, y no se aprecia de manera clara en dicha resolución qué supone cada uno de ellos. Miguel Cano,<sup>6</sup> junto con Graciela Rodríguez, han 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 dicen, 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.

<sup>5</sup> Ferrer MacGregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control 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. 339-429.

<sup>6</sup> Cito aquí un trabajo de Cano, Luis Miguel, “Un futuro incierto para la práctica del control difuso de convencionalidad”, borrador citado con su autorización. En este trabajo él mismo refiere que el modelo que comentaremos lo elaboró con Graciela Rodríguez.

- 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, remarcan, 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 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 una fase más.
- d) Aplicación de la cláusula de interpretación conforme. Aquí los autores refieren 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 éste se vulnere, precisamente para no generar una responsabilidad internacional”.<sup>7</sup> 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, ellos explicitan las operaciones más importantes que tiene que hacer un juzgador cuando realiza un control de constitucionalidad/convencionalidad. Vale la pena revisar esta propuesta.

Los cinco pasos que proponen 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), *d)* si se elige el marco internacional, proceder a realizar una interpretación conforme de las normas internas (en sentido amplio y estricto), y, por último, *e)* inaplicar las normas si no se puede hacer una

<sup>7</sup> *Idem.*

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.

Particularmente creo que hay un problema serio en cómo se entienden los pasos segundo y tercero. No considero que el contraste a que refieren 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 es identificar los derechos en juego, algunos derechos podrían desde el principio presentar algún tipo de oposición, podríamos tener partes involucradas que reclaman derechos que colisionan. Si esto es así, como con frecuencia lo es, 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 protege a quien tiene el derecho más importante una vez tomadas en cuenta todas las consideraciones relevantes.

Dicho así el tercer paso no se trata de una elección entre derecho interno o externo, sino de presentar una interpretación coherente y justificada que implique sostener la mejor interpretación posible del marco normativo relevante, que es el llamado “bloque de constitucionalidad”. Lo anterior lo trataré de hacer más explícito en el siguiente apartado.

### III. PROPUESTA DE MÉTODO

Creo que el método sugerido por Cano y Rodríguez 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, yo lo representaría con algunos matices distintos en los siguientes pasos:

- i) Identificar los derechos en juego.
- ii) Hacer una interpretación conforme en sentido amplio.
- iii) Hacer una interpretación conforme en sentido estricto.
- 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 que son precisamente de los que se ocupan los tribunales constitucionales. 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 que quedan bien reflejados en la propuesta dworkineana, 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, tal fin es hacer una interpretación que favorezca a las personas (principio *pro personae*), que favorezca la mejor concepción de los derechos humanos.

### 1. *La identificación de los derechos en juego*

Este primer paso consiste —como dijera Cano y Rodríguez— en identificar los derechos en juego. Esta labor es parte de identificar el material normativo, que, en principio, parece relevante al caso. En esta labor estamos comprometidos ya en considerar al marco internacional de los derechos humanos como parte de nuestro sistema jurídico. Así como tenemos que identificar las normas de diferentes jerarquías, tenemos que localizar las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad. No importa ahora si el nombre de “bloque de constitucionalidad” no gusta a algunos y proponen otras expresiones. Lo que importa ahora es resaltar que en este “bloque” se integran las normas derivadas de los tratados en materia de derechos humanos. Y al 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 interpretaciones del material normativo, como lo veremos en los pasos siguientes, la idea de cuáles son los derechos en juego se termine por modificar. Una idea que me parece muy valiosa de Cano y Rodríguez es que desde esta primera etapa debemos tener un enfoque de derechos humanos, pues de no adoptar un enfoque tal no tendríamos la actitud interpretativa que la Constitución requiere de los jueces y tribunales.

### 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 digo que contradicciones graves porque no podemos soslayar que las normas constitucionales tienen también otros fines y valores distintos que proteger y promover. De forma que cuando surge una aparente contradicción entre uno de esos valores o fines y algún derecho humano, algo que se tendrá que evaluar (en la siguiente etapa) es si el derecho en cuestión tiene que prevalecer o no.

Aquí es muy importante el tipo de teorías que se tengan y se defiendan sobre los derechos humanos (y eso se verá reflejado en la forma como los jueces argumenten). Precisamente la posibilidad de que consideraciones consecuencialistas sobre otros valores o fines puedan entrar en colisión con derechos y que puedan prevalecer en algunas circunstancias es algo que unas teorías aceptan y otras rechazan. Desde 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 están 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 y condiciones (plazos, términos, requisitos, etcétera) a las personas para generar certeza y seguridad, ciertamente en ocasiones fijar estas restricciones puede resultar violatorio de derechos; pero tales restricciones resultan necesarias y justificadas aunque cierto grado de arbitrariedad es inevitable (por ejemplo, decidir por qué fijar un plazo de cinco o seis días para interponer un recurso puede ser arbitrario hasta cierto punto, que un juez decida imponer siete años o siete años un mes de pena prisión —dentro de un máximo de diez y un mínimo tres años— puede ser arbitrario en este mismo sentido).

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 (las) materia(s) de su competencia, que conozcan los criterios de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CIDH), tanto su jurisprudencia obligatoria como otros criterios interpretativos que pueden guiar al intérprete.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> La Suprema Corte en la controversia constitucional 293/2011 sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos, incluso en casos donde el Estado mexicano no sea parte.

Esto se puede creer que 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 de poder usar bien ciertos argumentos interpretativos; por ejemplo, los argumentos sistemáticos.

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.<sup>9</sup>

### 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

<sup>9</sup> En este sentido, el Pleno de la Suprema Corte, 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 trataba de una regresión a la reforma del artículo 1o. constitucional, y no votó el proyecto del ministro Arturo Zaldívar. Hasta ahora el engrose de esta contradicción de tesis no se ha publicado, y no puedo establecer la forma precisa en que este criterio se vaya a interpretar. Como sea, 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 1o.

interpretación teleológico-evaluativos”.<sup>10</sup> Esto es, cuando en el primer proceso generamos dos o más interpretaciones jurídicamente posibles (la SCJN habla de interpretaciones “válidas” en el expediente Varios 912/2010), no se trata simplemente de elegir cualquiera de ellas, sino de 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 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. Incluso en esta etapa se puede requerir usar métodos de ponderación que nos lleven a tener que elegir entre unos derechos humanos frente a otros, de conformidad con criterios de proporcionalidad. Aunque cabe advertir que en estos métodos de ponderación lo fundamental son los argumentos sustanciales que se den para sostener la importancia de un derecho o conjunto de derechos frente a otros u otros, más que el uso de fórmulas.<sup>11</sup>

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).<sup>12</sup> Dworkin sostiene que la interpretación se da en tres fases: una preinterpretativa, otra interpretativa y una tercera postinterpretativa. 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 inconsistentes. 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.

<sup>10</sup> MacCormick, Neil y Summers, Robert, “Interpretation and Justification”, en MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, England, Ashgate, 1991.

<sup>11</sup> 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. Para una crítica a Alexy en este sentido véase Atienza, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, *Anales de la Cátedra F. Suárez*, Granada, Universidad de Granada, núm. 40, 2010.

<sup>12</sup> Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

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 postinterpretativa, se tienen que enfrentar las dos o más interpretaciones que resulten más plausibles (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, etcétera. 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 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 demasiado 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.<sup>13</sup> 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 1o. constitucional, que nos lleva a adoptar

<sup>13</sup> 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.), *op. cit.*, 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.

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»”.<sup>14</sup> Lo cual significa que toda interpretación de la ley —cuando haya al menos derechos involucrados— requiere de un juicio de valoración, 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 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.

#### 4. *Inaplicar las normas*

El cuarto y último paso se presentará solo 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, se tendrá que dejar de lado la norma en el caso de que este ejercicio lo haga un juez o un tribunal que no tenga facultades para declarar su invalidez. En el caso de que sea la Corte 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. De por sí puede existir una línea muy difícil de trazar entre la posibilidad y la justificación de una interpretación conforme y la justificación de la inaplicación o la declaración de invalidez de un precepto legal (o constitucional). En muchas 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

<sup>14</sup> Aguiló, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Mallorca, Lleonard Muntaner, 2008.

complicada, pues previamente se abordan las discusiones al margen de este criterio interpretativo, y vista así la cuestión parecería más difícil de decidir. Por ejemplo, en algún caso se tiene que decidir que sí cabe la interpretación conforme, pero por razones distintas a las de la interpretación del precepto. Un caso puede ilustrar mi punto.

En un caso reciente (Amparo en revisión 567/2012), la Primera Sala de la Suprema Corte analizó si el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, que 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”, 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. 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 de dicho precepto, de forma que, por una parte, dispuso que cuando la disposición prevea que el matrimonio es el contrato entre un solo hombre y una sola mujer, debe entenderse que ese acuerdo de voluntades se celebra entre “dos personas”. Por otra parte, dispuso que la parte relativa a que la finalidad del matrimonio es la perpetuación de la especie, se declaró inconstitucional, y debe inaplicarse a las quejas. 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 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 de no hacer esto es que hubiera ocasionado la consecuencia de dejar al Código Civil sin una definición de matrimonio. Y debido a que el matrimonio es una institución legal, no puede haber matrimonio legalmente hablando si la ley no lo constituye. Por ende, parece que con algunas normas (reglas constitutivas), los efectos de la declaración de inconstitucionalidad pueden traer consecuencias graves (institucionalmente hablando).

##### 5. *Corolario*

En suma, la propuesta de Cano-Rodríguez 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/conventionalidad bajo las coordenadas de nuestra “nueva” Constitución. Mi punto de discrepancia más importante es que ellos enfatizan 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 de simple, pues 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, 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 de la 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).

#### IV. LOS CRITERIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD

##### 1. *La universalidad*

La *universalidad* ha recibido diversas interpretaciones, y cada una de estas propuestas ha recibido críticas (en ocasiones demoledoras), 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);<sup>15</sup> 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

<sup>15</sup> Especialmente el libro donde discute su trabajo sobre derechos fundamentales, Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. a cargo de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.

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 que justifica que se le adscriban derechos básicos; los candidatos más comunes de tales rasgos son los relacionados con las capacidades racionales del ser humano (Griffin,<sup>16</sup> Talbott,<sup>17</sup> 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. 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 enfatizan que tales rasgos, característica o necesidades deben ser moralmente relevantes y usarse como razones en argumentos.

## 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

<sup>16</sup> Griffin, James, *On Human Rights*, Oxford University Press, 2008.

<sup>17</sup> Talbott, William J., *Which Rights Should Be Universal?*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2005.



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 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 (desde Cranston<sup>18</sup> hasta Rawls,<sup>19</sup> entre muchos). Otros regímenes autoritarios contemporáneos encabezados por China, por ejemplo, intentan defender solo los 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 enfatizar 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.<sup>20</sup> Estos criterios están asociados entonces a la idea de que todos los derechos 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, etcétera. 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.

<sup>18</sup> Cranston, Maurice, “Human Rights, Real and Supposed”, en Hayden, Patrick, *The Philosophy of Human Rights*, USA, Paragon House, 2001, pp. 163-173.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, *cit.*, pp. 151 y 152.

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, 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 necesariamente 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 que 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 a la recreación.

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, etcétera), 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. Me parece que en esto 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 una agenda sobre qué tanta importancia darle a unos derechos a costa de desarrollar otros, importancia que en mucho se traduci-

rá 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. *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 idea de gradualidad vale desde un punto de vista estadístico o desde 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, etcétera. 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 en relación con el disfrute o afectación de una persona en lo individual, como cuando decimos que Pedro 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 pugnar 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.

## V. RETÓRICA Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Hay que llamar la atención sobre cierto fenómeno que está surgiendo e intensificando a raíz de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos. Muchos jueces y tribunales están confundiendo el control de convencionalidad con hacer citas de la Convención Americana de 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 MacGregor, 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”...<sup>21</sup>

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.

¿Por qué la alusión a las fuentes de derecho internacional de los derechos humanos se queda en lo que Ferrer MacGregor 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.

Pienso que entonces uno de los retos importantes de los jueces y tribunales es comenzar a hacer realmente un control de 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.

<sup>21</sup> Ferrer MacGregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *cit.*, pp. 361 y 362.