

Un método para ejercer el control difuso de convencionalidad*

*Luis Miguel Cano López**

La necesidad de un método para ejercer labores jurisdiccionales

En relación con la interrogante en torno a la utilidad de los juzgados y tribunales o el cuestionamiento sobre la justificación e importancia de la función jurisdiccional se han escrito inagotables estudios. Para efecto del razonamiento que se presenta en las siguientes líneas, sin embargo, basta considerar que desde una perspectiva tradicional se ha afirmado que los órganos jurisdiccionales son intérpretes de las leyes que las aplican para resolver controversias concretas, por lo que su actuación y determinaciones se deben ceñir estrictamente a los contornos legales. Más allá de las leyes únicamente existe arbitrariedad para los poderes judiciales.

En consonancia, cuando las personas someten a los juzgados y tribunales la resolución de sus controversias, entre particulares o frente a las autoridades, poseen la expectativa de que a partir de los hechos que narran, los órganos con funciones jurisdiccionales las decidan conforme al marco normativo aplicable, el cual ha sido legislado por los cuerpos representativos democráticamente electos. Primordialmente bajo este esquema idealizado encuentra alguna justificación que una sociedad acepte la jurisdicción y obedezca los fallos de los poderes judiciales.

Asimismo, cuando en un sistema como el esbozado existe una Constitución de la que se predica carácter jurídico y máxima fuerza normativa, en la cual se crean los poderes estatales, se organiza su funcionamiento, a la par que se reconocen derechos de las personas que viven bajo su jurisdicción, y en ella se encomienda

* Este ensayo aparecerá en la serie Derechos Humanos del Tribunal Superior de Justicia del D.F.

* El presente trabajo se basa en las ideas desarrolladas en pareja con Graciela Rodríguez Manzo, quien ha participado en 2012 en la construcción de un curso virtual sobre el tema por encargo de ONU Mujeres y el Programa de Igualdad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

a los juzgados y tribunales la garantía de la observancia de sus disposiciones, es de esperarse que al fallar las controversias sometidas a ellos, se considere como parte fundante del marco normativo aplicable a los propios textos constitucionales.

Ahora bien, no son pocos los debates en torno a la concesión y precisión del grado de libertad con la que los juzgados y tribunales debieran interpretar las disposiciones constitucionales y legales que conforman el marco jurídico bajo el cual supuestamente tienen que justificar sus resoluciones. Con independencia de ellos, lo cierto es que sin una argumentación convincente y constante que funde sus fallos, se corre el peligro de que su actuación goce de tal discrecionalidad que se convierta en arbitraria, y en ese escenario, las críticas que destacan el carácter contramayoritario de la labor jurisdiccional y su déficit de representatividad democrática se vuelven incontestables, aunque sea en garantía de las personas.

Por el contrario, cuando la forma de razonar de juzgados y tribunales es clara y constante, respetuosa de los precedentes y exhaustiva a la hora de explicar los motivos para abandonarlos, no sólo aumenta la confianza en sus actuaciones, sino que por el carácter propio de las controversias judiciales que demanda la presentación de argumentos entre distintas partes, se abre la posibilidad para que tenga lugar un diálogo bastante más participativo entre las personas y sus autoridades, a la vez que representativo de los intereses particulares o generales.

Un nuevo contexto normativo y una nueva herramienta

A raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales han sido elevadas a idéntico nivel de respeto y garantía que los derechos consagrados en la Constitución General de la República. De esa manera, las autoridades mexicanas, encargadas de crear, aplicar e interpretar la ley, deberán, en cada una de sus actuaciones y dentro de

sus competencias, dotar de eficacia plena a este nuevo catálogo de derechos y favorecer el mayor ámbito de protección a las personas titulares de los mismos.

Para establecer el alcance y contenido de estos derechos –y con ello decidir cuál será su mayor ámbito de protección y las limitaciones que es legítimo imponerles sin privarlos de eficacia normativa– es necesario acudir al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conformado por los tratados universales y regionales de tutela de los derechos humanos, por la jurisprudencia surgida de tribunales internacionales, así como por las interpretaciones autorizadas emitidas por los Comités encargados de vigilar el cumplimiento de los tratados, entre otras fuentes.

En términos específicos, la aludida reforma constitucional implica para quienes desempeñan una labor jurisdiccional una doble tarea: no sólo habrán de sujetar su actuación a las normas constitucionales e internacionales de protección de derechos humanos, sino que deberán supervisar que otras autoridades lo hagan y que en las controversias entre particulares de igual manera se tomen en cuenta. Desde la perspectiva inicialmente compartida, lo anterior conlleva que el marco normativo aplicable bajo el cual se emitan los fallos que resuelvan las disputas en sede jurisdiccional tenga como piedra angular a las normas sobre esos derechos.

En otras palabras, como en nuestro sistema jurídico existe una Constitución General de la que se predica carácter jurídico y máxima fuerza normativa, la cual en materia de derechos humanos ha abierto su texto a las fuentes de origen internacional por lo que concierne al respeto y garantía de esos mismos derechos, dotándolas de las mismas características, e incluso estableciendo que deberán prevalecer los estándares que resulten más favorables a la protección de las personas y sus derechos, resulta innegable que es tarea de juzgados y tribunales velar por la observancia y cumplimiento de las disposiciones constitucionales e internacionales vinculadas a dichos derechos, considerándolas como parte fundante del marco normativo aplicable para fallar las controversias que conocen.

A fin de cumplir con esa responsabilidad, de forma muy reciente se ha reparado en que desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha construido la doctrina del control difuso de convencionalidad, la cual supone la obligación a cargo de los órganos con funciones jurisdiccionales y de toda autoridad vinculada a la administración de justicia, de asegurarse de que sus actuaciones y las de otras autoridades, de acuerdo con el régimen de competencias interno, provea al respeto y protección de los derechos humanos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados internacionales aplicables.

En esa línea, la Suprema Corte de Justicia, al resolver el expediente varios 912/2010 y la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, determinó que corresponde a cada órgano judicial mexicano practicar no sólo aquel control difuso de convencionalidad, sino un control difuso de constitucionalidad, en atención a la reforma constitucional de derechos humanos y para dar cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana dictada en el caso *Radilla Pacheco vs. México*. Ello implica no sólo que juzgados y tribunales federales acentúen el manejo de fuentes de origen internacional tocantes a esos derechos, sino retomar el sentido literal del artículo 133 de la Constitución, a la luz de su nuevo artículo primero, para romper el monopolio del control constitucional de la justicia federal.

Por todo ello, resulta elemental que sobre todo los juzgados y tribunales locales se familiaricen con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus distintas fuentes e interpretaciones, con la doctrina del control de convencionalidad en los términos delineados tanto por la Corte Interamericana como por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la par que con la manera de argumentar para practicar un control de constitucionalidad, en tanto que en su sede se habrán de librar las primeras batallas para la salvaguarda de los derechos humanos de las personas.

Reconocido lo anterior, no es objeto de este ensayo reflexionar sobre los orígenes y características del control difuso de convencionalidad,* que como se sabe es una figura que se ha desarrollado primordialmente dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, desde el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, seguido del caso *Trabajadores cesados del Congreso vs Perú*, pasando por varios casos más hasta llegar a las sentencias en contra de México, en los casos *Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega*, *Rosendo Cantú* y *Cabrera García y Montiel Flores*, continuando con el caso *Gelman vs Uruguay* y el más reciente *Atala Riffo vs Chile*.

Orígenes que por cierto son también posibles de detectar en algunas ideas germinales provenientes del Sistema Universal de Derechos Humanos, por ejemplo en la observación general 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que data de 1998, en cuyos párrafos 14 y 15 se puede leer:

14. Dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

15. Generalmente se acepta que la legislación interna debe ser interpretada en la medida de lo posible de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. Por eso, cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última...

En cambio, sí constituye la primordial intención de este esfuerzo dejar constancia de una propuesta de método para ejercer un control difuso de convencionalidad, tanto por parte de juzgados y tribunales federales como locales. Un método que, según las experiencias que se han podido conocer y compartir en diferentes sedes y desde diversas voces atinentes a la judicatura,* resulta por demás necesario

* Nada mejor para conocer del tema que lo escrito por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, cuyas ideas constituyen el presupuesto indispensable sobre el cual se coloca este trabajo y nuestra propuesta.

* Se ha tenido la oportunidad de exponer nuestras ideas sobre el control de convencionalidad y el control constitucional de tal control en múltiples foros organizados, entre otros, por la Suprema

para dotar de certeza a las personas y a los propios órganos jurisdiccionales en relación con las formas en las que se espera deban razonar a la hora de llevar a cabo dicho control, así como en segunda instancia, un control del control inicial.

Un método que contribuya a la legitimidad democrática en sede jurisdiccional en tanto ella pueda constituirse en una vía para propiciar un diálogo participativo entre particulares y autoridades, representativo de sus intereses y sobre todo de los intereses públicos basados en el respeto y garantía de los derechos humanos. Un método que permita traer a cuentas a juzgados y tribunales precisamente en el momento en que desde nuestra Constitución General se deposita en ellos la mayor de las responsabilidades: la de ser garantes de nuestros derechos. En fin, un método que destierre la arbitrariedad judicial so pretexto de practicar un control difuso de constitucionalidad y/o convencionalidad y que clarifique la manera en la que se precisa el marco normativo aplicable para resolver nuestras controversias.

Algunas precisiones preliminares

Es notorio que en los párrafos previos se han hecho referencias separadas del control difuso de constitucionalidad y del control difuso de convencionalidad. Existen razones para aceptar la distinción y para abogar por su equiparación. De hecho, si se repara en el texto actual del artículo primero constitucional es posible argumentar que desde que en materia de derechos humanos nuestra Constitución ha sumado como fuentes de igual importancia a las de origen internacional, siempre que se ejerza un control de convencionalidad será de constitucionalidad.

No obstante, el éxito del argumento para conjugar ambos controles difusos, y el control concentrado de constitucionalidad con el difuso de convencionalidad también, requiere que en nuestro sistema jurídico se admita la figura del bloque de constitucionalidad. Cuestión pendiente de resolver por el Pleno de la Suprema

Corte de Justicia, el Consejo de la Judicatura Federal, el Instituto de la Judicatura Federal y los Tribunales Superiores de Justicia locales agrupados en su Comisión Nacional o a título individual.

Corte de Justicia en la contradicción de tesis 293/2011. Ello debido a que si no se admite la idea del bloque, con la denominación que sea, y de prevalecer una equivocada y sesgada noción de la supremacía constitucional, ningún tema de convencionalidad podrá considerarse de constitucionalidad sino de mera legalidad.

Del otro lado, la distinción entre el control difuso de convencionalidad frente a todo tipo de control de constitucionalidad, posee la valía de facilitar la comprensión del control de convencionalidad de las propias disposiciones constitucionales, cuando estas últimas no incorporen el estándar más favorable para la protección de las personas y sus derechos. Y ello, vale la pena aclarar, no porque se defienda la mayor jerarquía de las normas sobre derechos humanos de origen internacional, sino para tomarse en serio la supremacía constitucional que también debe predicarse del párrafo segundo del artículo primero constitucional que coloca al principio *pro persona* como la clave de entendimiento de nuestro sistema jurídico.

Sobre la base de estas aclaraciones, la idea de practicar un control sobre el control difuso de convencionalidad y/o constitucionalidad ejercido en cualquier primera instancia jurisdiccional tampoco deberá parecer sin sentido. Ello a causa de que en la práctica cotidiana de juzgados y tribunales será recurrente que las conclusiones a las que arriba cierto órgano se revisarán en segunda instancia, o bien desde una jurisdicción constitucional local o federal especializada. En tales ocasiones, por supuesto que no se tratará de un control circular, al infinito, sino de un diálogo entre tribunales internos que culminará ante nuestra Suprema Corte.*

En cualquier caso, el control difuso de convencionalidad es una figura que, vale la pena reiterar, en México ha sido recibida con particular trascendencia a partir de la discusión del Pleno de la Suprema Corte motivada por el expediente varios 912/2010, y respecto de la cual incluso ya se pronuncia la tesis jurisprudencial 18/2012 (10ª) de su Primera Sala, de rubro *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*. Con todo, si bien en la actualidad nadie debería dudar de la

* La base para estas reflexiones aparece en los párrafos 34 a 36 del expediente varios 912/2010.

obligatoriedad de realizar un control difuso de convencionalidad, existen posturas que disputan su pertinencia en todo caso, como si su práctica no fuera *ex officio*.

Esas dudas, por ejemplo, podrían derivarse de una lectura incorrecta de la tesis XXXIV/2012 (10a.) de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia que sostiene que *“en atención al principio pro persona, no resulta necesario considerar el contenido de tratados o instrumentos internacionales que formen parte de nuestro orden jurídico, si es suficiente la previsión que sobre los derechos humanos que se estiman vulnerados, dispone la Constitución General de la República y, por tanto, basta el estudio que se realice del precepto constitucional que lo prevea para determinar la constitucionalidad o no, del acto que se reclama”*.

Desde mi óptica, tales dudas podrían generarse a partir de un entendimiento inacabado de un método para ejercer el control difuso de convencionalidad, pues ciertamente su práctica no implica que en todos los casos deberán aplicarse las fuentes de origen internacional sobre derechos humanos que se estimen involucradas con preferencia al marco normativo de origen interno, sino que únicamente prevalecerán aquéllas cuando resulten las más favorables para la protección de las personas, como se sigue de la citada tesis de la Segunda Sala.

Sin embargo, esta operación –es decir, determinar cuáles disposiciones son más favorables a las personas y sus derechos–, siempre demandará que en las argumentaciones en juzgados y tribunales se lleve a cabo un estudio minucioso, exhaustivo, tanto del marco normativo de origen interno, incluidas las disposiciones constitucionales, como del marco normativo de fuente internacional. Y ese estudio de contraste entre dichos marcos normativos es el corazón del método para ejercer control difuso de convencionalidad que enseguida se relata, el cual, por la forma en la que se ha diseñado, servirá también para la práctica de un control de constitucionalidad, difuso o concentrado, pues en última instancia ambos controles conllevan, nada más ni nada menos, un control de validez serio.

*Una propuesta de método para ejercer un control difuso de convencionalidad**

Básicamente, el método que aquí se propone consta de cinco etapas o fases. En primer lugar, identificar la presencia de derechos humanos en juego, pues si en los juzgados o tribunales no se percatan que existen derechos humanos involucrados en los casos que se someten para su resolución, no habrá oportunidad siquiera de entender la necesidad de realizar un control difuso de convencionalidad. En esa línea, desde el análisis de hechos es provechoso adoptar un enfoque de derechos.

En segundo lugar, identificar debidamente el problema de contraste normativo. Para lograr esta identificación a través de una argumentación adecuada, por un lado se tiene que hacer explícito en las consideraciones empleadas en juzgados y tribunales el marco normativo de origen interno que se estima aplicable para decidir el caso que se les somete a resolución y las consecuencias que derivan para él si únicamente se contentaran con emitir sus fallos con base en tal marco.

A continuación, se tendría que repetir esa operación pero ahora respecto del marco normativo de fuente internacional. Simple y sencillamente, haciendo explícito en las resoluciones el marco normativo de origen internacional que se estima aplicable para decidir el caso que se somete a consideración de esos juzgados y tribunales y las consecuencias que derivan para él si exclusivamente se conformaran con emitir sus sentencias con base en este otro marco normativo.

Posteriormente, con ambas operaciones realizadas y plasmadas por los juzgados y tribunales en las consideraciones de sus resoluciones, la tercera etapa de este método para ejercer control difuso de convencionalidad consistirá en pronunciarse sobre cuál de esos marcos normativos, el interno o internacional, resulta el más favorable para extender la protección de las personas y sus derechos humanos

* Todo lo que se diga del control difuso de convencionalidad aplica para el de constitucionalidad, bajo la advertencia de que los dos marcos normativos a contrastar serán el legal y el constitucional, lo cual por supuesto no evita que este último requiera contrastarse a su vez con el convencional.

para el caso concreto que conocen. En otras palabras, observar el principio *pro persona* como se ordena en el segundo párrafo del artículo primero constitucional.

Si resulta que el marco más favorable es el de origen interno, obviamente el caso sometido a jurisdicción se fallará conforme a ese marco y hasta ahí concluirá la práctica del control difuso de convencionalidad bajo el método propuesto. Ahora bien, si el marco que resulta más favorable para la protección de las personas y sus derechos humanos es el de fuente internacional –visto hasta esta etapa de manera preliminar y aisladamente–, entonces se deberá avanzar a la cuarta fase del método para ejercer control difuso de convencionalidad que aquí se esboza.

¿En qué consiste esta cuarta etapa? En observar de nueva cuenta lo ordenado en el segundo párrafo del artículo primero constitucional, pero esta vez por lo que se refiere a la aplicación de la cláusula de interpretación conforme. ¿De qué manera? Pues en la forma en la que ha sido explicada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente varios 912/2010, en su párrafo 33, es decir, realizando en primer lugar una interpretación conforme en sentido amplio, que no es otra cosa que buscar la interpretación sistemática y bidireccional de nuestro marco normativo, tratando de armonizar el de origen interno con el internacional.

Si intentado esto último persiste sin solución el problema de contraste normativo, entonces en un segundo momento se deberá procurar darle salida a través de una interpretación conforme en sentido estricto, que como bien se sabe, significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente viables, se debe preferir la que haga a la norma interna acorde al 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.

De nueva cuenta, el fundamento para hacer prevalecer el marco de fuente internacional y sostener que a él se debe ajustar el de origen interno no tiene que

ver con su mayor jerarquía, sino con la preponderancia del principio *pro persona*. Sea como fuere, si tampoco es posible la antedicha interpretación conforme en sentido estricto, solamente restará en la quinta etapa de este método propuesto para ejercer un control difuso de convencionalidad, decidir en consecuencia la inaplicación o invalidación de las disposiciones provenientes del marco normativo de origen interno que no pudieron conciliarse con las derivadas de fuente internacional que resultaron más favorables, obviamente, en el marco de las competencias de los juzgados y tribunales que hayan podido conocer del caso.

Matices del método para practicar un control del control

Por supuesto, el método que se acaba de delinear nada dice sobre otras cuestiones torales en torno al control difuso de convencionalidad, una de ellas, determinar cuál es la amplitud del marco normativo de origen internacional y si en él se puede incluir con fuerza vinculante no solamente a los textos normativos sino a todas sus interpretaciones pronunciadas en sede internacional.* Asimismo, presupone que cuando se esté interpretando el marco normativo de fuente internacional se hará observando sus propias reglas de interpretación y bajo sus propios precedentes, para no reinventar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en cada caso que se someta a la decisión de los juzgados y tribunales.

Como sea, lo que sí debe seguirse de lo aquí expuesto es que en esencia, ejercer un control difuso de convencionalidad únicamente recuerda a quienes tienen la función y responsabilidad de juzgar, que previamente a resolver las pretensiones que someten a su consideración las partes en una controversia, es su deber primordial precisar o delimitar el marco normativo que van a aplicar para decidir sus casos, pues es su más antigua función decir a las partes cuál es el derecho.

* Es convicción de quien escribe que el principio *pro persona* vuelve a dar la pauta para postular que el marco normativo de fuente internacional deberá ampliarse hasta donde sea necesario para resolver la mayor protección de las personas y que será vinculante por disposición constitucional.

Justamente porque practicar un control difuso de convencionalidad implica tan sólo delimitar el marco normativo aplicable que servirá para dictar la resolución de una controversia, es que no se comparte que llevarlo a cabo pueda romper con la imparcialidad que debe imperar en todo juzgado y tribunal. Ni que equivalga a suplir integralmente la deficiencia de la queja sin sustento legal. Por el contrario, concebido de esa manera, tal control sirve para cumplir con el mandato de impartir una justicia completa, elementalmente completa porque repara al menos en todas las fuentes normativas y se guía por las más favorables, sea cual fuere su origen.

Por idéntico fundamento, al concebir de esa forma el ejercicio de un control difuso de convencionalidad, no se tiene problema en postular que una vez llevado a cabo por vez primera en un proceso por una instancia con funciones jurisdiccionales, el resultado alcanzado podrá someterse a nuevo escrutinio jurisdiccional, sea en segunda instancia ordinaria, sea en jurisdicción constitucional local, sea en jurisdicción constitucional de amparo, inclusive hasta en amparo directo en revisión, en razón de que un tema de convencionalidad es de constitucionalidad. Ello nunca podrá considerarse una invasión de facultades o una sustitución en el rol de eventuales autoridades responsables, ya que sólo implica definir el derecho.

En esa medida, contemplar un método para practicar una especie de control al resultado alcanzado después de llevar a cabo un ejercicio de control difuso de convencionalidad, es también conveniente. Sin embargo, este control de instancia, control de alzada, control constitucional del control de convencionalidad o como sea que se le denomine en sus diferentes expresiones, no debe conducir a la idea de que un tipo de control se impone al otro, el constitucional al convencional o viceversa, en principio porque desde sede internacional el que prevalece en último lugar siempre es el control concentrado de convencionalidad, mientras que al interior del ordenamiento jurídico es el control constitucional concentrado el que en la sede de la jurisdicción constitucional cerrará el sistema, al menos en México.

De lo que se tratará siempre es de que prevalezca la definición, delimitación o precisión del marco normativo que resulte más favorable y nada más, sin que pueda admitirse el empleo de un solo marco normativo en desplazamiento del otro, puesto que el análisis de cuál de los marcos normativos en juego, sea el de origen interno, sea el de fuente internacional, deberá seguirse para resolver la discusión planteada en juzgados y tribunales se rige por el principio *pro persona*.

Con eso advertido, únicamente resta señalar que las etapas o fases del método que se propone para poner en marcha un control del control se reducen a lo siguiente: uno, resaltar las fuentes normativas empleadas por la primera instancia para identificar el marco normativo contrastado y eventualmente aplicado, así como la interpretación resultante de ese ejercicio. Dos, compartir tanto el uso de esas fuentes como la conclusión interpretativa que de ellas se derivó, o bien, cuestionar las fuentes pero avalar su interpretación, o por último, no compartir las fuentes utilizadas ni las conclusiones a las que se arribó a partir suyo. Tres, dictar una distinta resolución a partir de nuevas fuentes o de diversas interpretaciones.

En esencia, lo que pone de manifiesto esta propuesta de método es el eminente carácter de delimitación normativa que persigue el ejercicio inicial de un control difuso de convencionalidad, pues sobre lo que versará la revisión de tal intento inicial no es otra cosa que la adecuada, correcta, exhaustiva ubicación de las fuentes normativas de origen interno o internacional atinentes al caso concreto, y por supuesto, la lectura que de ellas se desprenda, guiada siempre por el principio *pro persona* a fin de concluir la mayor protección de las personas y sus derechos. De todo lo cual, seguramente habrá más y mejores ocasiones para conversarlo.