



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 41, julio-diciembre 2019



VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, Francisco, *El control de convencionalidad. Hacia una teoría de la argumentación convencional*, México, Tirant lo Blanch, 2018, 694 pp.

Conocí al autor de esta obra en su función como catedrático en la Universidad Panamericana, apreciado y celebrado por sus alumnos. Posteriormente, formé parte del sínodo ante el que sustentó examen —memorable, por su excelencia— para obtener el grado de doctor en derecho por la misma Universidad. Finalmente, me privilegió al invitarme a formular el prólogo de la valiosa obra que presento y comento en esta nota.

Han proliferado los estudios destinados a la recepción y el análisis de los sistemas internacionales —o supranacionales— de protección de los derechos humanos, desde el más amplio, de carácter mundial, sustentado en normas y órganos de las Naciones Unidas, hasta el más reciente, creado en África para lidiar con violaciones a los derechos fundamentales. Entre aquél y éste se ubica el sistema interamericano, desenvuelto a lo largo de tres cuartos de siglo —si colocamos la fecha de su nacimiento formal en 1945, año de la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz—, que ha tenido un vigoroso ímpetu en los últimos lustros.

En este marco figura la orientadora jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en él han aparecido temas de creciente importancia, entre ellos el denominado “control de convencionalidad”, que también ha suscitado una amplia bibliohemerografía. En el acervo de las investigaciones y publicaciones en torno al control, contamos hoy con la obra del profesor Vázquez Gómez Bisogno, que merece lectura y provoca reflexión.

El título del libro atrae la atención hacia el control de convencionalidad, tema sujeto a debate —que debe continuar hasta alcanzar definiciones suficientes sobre esa figura de la jurisprudencia interamericana—, pero además alude a otra cuestión, conectada con aquélla, que el tratadista propone con maestría: una teoría de la argumentación jurídica aplicable a la recepción

judicial interna del derecho internacional de los derechos humanos por vía de control de convencionalidad.

El prólogo que formulé para este libro, solicitado por el profesor Vázquez Gómez, tiene que ver sobre todo con aquella primera dimensión del título: el control y su desarrollo en nuestra doctrina (que no es la única) y en nuestra práctica (que tampoco es la única en el ancho horizonte de Latinoamérica, destino natural del control de la convencionalidad vinculado a la normativa regional y al cumplimiento de sus objetivos). A este empeño me he referido como “fragua” del derecho común interamericano de los derechos humanos. En esta nota dejo de lado esa vertiente para examinar la segunda, más novedosa.

Considero que en la obra de Vázquez Gómez, cuidadosamente construida, hay aportaciones originales, de fondo y de forma, que sugieren nuevos caminos para el estudio de su materia. Por otro lado, la obra tiene cierto aire combativo. Está “en son de guerra”—si se me permite la expresión— entre las posiciones que él defiende y las que le son adversas. Así se observa desde las primeras líneas del libro, en las que alude, por ejemplo, a las corrientes enfrentadas que se identifican con dos notables maestros: Héctor Fix-Zamudio e Ignacio Burgoa Orihuela (p. 42) (invocaciones en las que coincide con Pedro Salazar), hasta las últimas —o casi últimas— en las que milita fuertemente contra la sentencia dictada por la Corte Interamericana en un caso célebre, que ha levantado polémica: *Artavia Murillo versus Costa Rica*.

No omito decir que en el cierre de su libro, Vázquez Gómez asume un ánimo conciliador al invocar, en el epígrafe de sus conclusiones, a Bernardo de Char-trés en la afortunada expresión: “somos enanos encaramados en hombros de gigantes”, y sugiere que la historia se anima con unos y otros y que todos pueden vivir en paz. Con esta expresión de Luis Vives llega a la conclusión feliz de que todos adquirimos la misma estatura, pero no por ello abandona la cruz de su parroquia ni cede en sus preferencias, que defiende con talento.

En el cimiento de este libro se halla la convicción que campea en su dedicatoria y en la “Introducción” (p. 39): es preciso “materializar el ideal jurídico de la civilización occidental: que la dignidad humana y los derechos humanos a ella inherentes (expresión que evoca la Ley Fundamental de Alemania y también, en alguna medida, la de España) se impongan a la voluntad de quienes detentan el poder”. Yo agregaría: éste, en su variedad de formas contemporáneas, que no es sólo el poder formal.

En su estudio de la interpretación, un arduo tema tradicional, siempre presente, Vázquez Gómez avanza y profundiza: mejor que hablar de interpretación, es preciso hacerlo —y así lo hace— de argumentación (p. 61). A partir de este concepto, bien explicado, ensaya con originalidad la teoría de la argumentación que figura en el subtítulo de la obra y en las incitaciones y recomendaciones que en ella expone. Esta es la materia fundamental del libro.

Para servir a ese designio, el autor recuerda la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando ésta afirma que la norma se compone con el texto de la Convención y con la interpretación que de ella hace el órgano dotado con la competencia necesaria para examinarla, entenderla y aplicarla. En rigor, está en las manos —y en el talento y la pertinencia— de los jueces, ahora más que nunca, “decir el Derecho”.

Pero no se trata —destaca el tratadista— de que al abrigo de ese evidente “proceso de judicialización” en el que estamos inmersos, los juzgadores hagan “con el Derecho, los tratados internacionales y el convencionalismo mismo, lo que les plazca” (p. 81). En otro lugar de la obra —al que adelante llegaré— cuestiona severamente ciertas expresiones de activismo judicial desmesurado que merma la libertad invocando el progreso.

Vázquez Gómez construye su teoría, piso a piso, con una serie de elementos (pp. 77 y ss.) que analiza sistemáticamente: premisas filosóficas y marco conceptual, fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, principios argumentativos en esta materia —que no son los mismos, por fuerza, que caracterizan otros espacios del derecho—, y el lenguaje asociado al derecho y el denominado test de mutabilidad, que constituye una suerte de conductor de las diversas lecturas que se pretende dar a un mismo texto. Adelante volveré sobre este punto, conectado a la tipología de los intérpretes, en los términos que emplea el autor.

Con estos elementos en el bagaje “estaremos en posibilidades —dice Gómez Vázquez— de caminar hacia una teoría de la argumentación convencional [que permita] descubrir, probar y dejar ver con claridad y objetividad cuáles son los parámetros mínimos que debemos observar al realizar el control de convencionalidad en México” (p. 85), afirmación que estimo inobjetable, sin perjuicio de resolver también lo que aún está pendiente de solución final —a mi juicio, y en el supuesto de que hubiese una solución final—: quién debe hacer el control de convencionalidad con alcance interamericano para avanzar —que ya dije— en la elaboración del *jus commune*. Pero éste es otro asunto, del que me ocupé en el prólogo a la obra comentada y en otros trabajos. A ellos me remito.

Vázquez Gómez deslinda derechos humanos de derechos fundamentales, dos términos muy transitados, cuyo examen figura en el itinerario histórico de la normativa mexicana hasta desembocar en la reforma de 2011. Conviene el deslinde (pp. 95 y ss.), en tanto cada categoría se distingue con datos de importancia superlativa: ignorarlo entraña riesgos. En este sentido, el autor destaca: los humanos se reconocen, los fundamentales se otorgan; los primeros poseen un sustento antropológico, los segundos, uno político; aquéllos se despliegan en una nómina enunciativa, éstos en una taxativa; los humanos operan en un ámbito especializado, que es admisible, y los fundamentales traen consigo —o pueden acarrear— el riesgo de pulverización de los derechos. En este punto hay extremos que conviene aclarar, a saber: los que aporta el imperativo de especificidad frente —pero no contra o a pesar— del principio de igualdad: derechos que dan sentido y hondura al principio pro persona a través de los métodos de compensación de que habló Eduardo J. Couture y de las tutelas diferenciadas que ha descrito Roberto Berizonce.

La obra que ahora examino se ocupa detalladamente del control de constitucionalidad —hermano del de convencionalidad, con acta de nacimiento anterior, diría yo, que aquél no absorbe ni releva—. Así, refiere (pp. 132 y ss.) la aparición y el desarrollo del control del poder por la magistratura británica —el celebrado juez Edward Coke, en el caso de Thomas Bonham—, el control difuso bajo el constitucionalismo norteamericano y el concentrado estatuido en la Constitución austriaca de 1929.

En el curso de este examen y también, explícita o implícitamente, en el estudio de otros temas, Vázquez Gómez aborda un problema que no podemos ignorar en la recepción vernácula del control de convencionalidad: el peligro que entraña el llamado —y temido— gobierno de los jueces. Este riesgo pone en predicamento al Estado de derecho, diciendo preservarlo.

Siguiendo a Eduardo Ferrer MacGregor, el autor expone el desarrollo del control de constitucionalidad en México (pp. 150 y ss.) en etapas que Vázquez Gómez denomina de omnipresencia, renacimiento y difusión y especialización. Es orientadora la clasificación de criterios para examinar el control (pp. 158 y ss.): norma o parámetro que se utiliza, órgano que lo ejerce, forma en que se activa, obligatoriedad de su ejercicio, momento para practicarlo, naturaleza jurídica del objeto del control, pautas que se utilizan para realizarlo y definitividad de su resultado.

La obra comentada se refiere detalladamente al derecho internacional de los derechos humanos: desarrollo histórico desde los documentos funda-

cionales, y constitucionalización. Ésta resuelve el *desideratum* deseado al colocar a los tratados internacionales en el más alto nivel normativo, lo que refleja la coincidencia entre el orden interno y el internacional acerca del respeto a los derechos humanos y en torno a los correspondientes deberes estatales (p. 185).

Especial atención se brinda a la reforma constitucional mexicana de 2011, que coloca “a la persona y sus derechos como el centro y eje del Estado, facilitando en el orden interno que todas las autoridades del Estado mexicano cumplan con las obligaciones derivadas del DIDH”. Esta concepción antropocéntrica —glosemos, utilizando el término de Häberle— recoge nuestra mejor tradición, que anidó en el Decreto Constitucional de Apatzingán y en la Carta de 1857, y conduce a la admisión de un “bloque de constitucionalidad” a partir del artículo 1o. reformado.

Se examina el concepto de bloque en otros ordenamientos, así como sus consecuencias para el desempeño de los tribunales. En este punto se alude al modelo de control de constitucionalidad y convencionalidad propuesto por el ministro José Ramón Cossío al examinar la recepción doméstica de la sentencia de la Corte Interamericana sobre el *caso Radilla* (pp. 264 y 265).

Como es natural, el autor estudia en seguida las características e implicaciones de la resolución de la Suprema Corte sobre la Contradicción de Tesis 293/2011 (pp. 267 y ss.), resolución determinada por la búsqueda de consenso entre los ministros y que desembocó en una votación mayoritaria a la que se sustrajo solamente un voto. Esta determinación mantiene abiertos el debate y la puerta hacia la orientación jurisprudencial del porvenir en la que predomine el principio pro persona.

Hubo un progreso notable en la decisión 293/2011 del más alto tribunal: los criterios de la Corte Interamericana serán vinculantes, no sólo orientadores, aun cuando el Estado mexicano no hubiese sido parte en el litigio en el que aquéllos se adoptaron. Digamos: eficacia *erga omnes* de la más amplia tutela de los derechos, fijada por el órgano llamado a interpretar la disposición tutelar convencional. Ahora bien, Vázquez Gómez advierte que esta decisión “terminará por matizar, o si se prefiere, por contradecir el criterio asumido en torno a la jerarquía de los derechos humanos de fuente internacional” en el expediente Varios 912/2010.

Destacaré que el autor examina la formación de estos criterios de la SCJN a través de los distintos temas abordados por las decisiones respectivas y de los razonamientos y los sufragios emitidos por los ministros integrantes del alto tribunal.

Hasta aquí, el extenso capítulo primero de la obra. En el capítulo segundo —que versa sobre el también segundo elemento de la teoría de la argumentación convencional propuesta por el autor—, se hace el examen de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (pp. 305 y ss.), que no se agotan en los tratados. Ahí desfilan las declaraciones —que no toma en cuenta nuestro artículo 1o. constitucional, pero que es posible considerar, señala el tratadista, como parámetro de obligatoria observancia por los tribunales mexicanos; diversos instrumentos de derechos humanos, de varias fuentes, y la costumbre internacional—.

En esta segunda porción de la obra, Vázquez Gómez distingue, con buenos elementos de juicio, entre la argumentación jurídica, la argumentación constitucional y la argumentación de los derechos humanos. Esta distinción es valiosa para el intérprete y aplicador de las normas tutelares de estos derechos, que deberá ajustarse —dice el tratadista— a ciertos criterios básicos de interpretación anclados en la argumentación en materia de derechos humanos, escasamente examinada en México (p. 418). Para el examen de esta cuestión —“bajo un miramiento novedoso de los casos concretos” (p. 425)—, el autor recupera el énfasis que puso sobre los derechos, no sólo sobre el derecho objetivo, y la misión fundamental del orden jurídico: la justicia.

Al examinar los principios argumentativos insertos en su teoría, Vázquez Gómez alude pormenorizadamente, con invocación de preceptos y jurisprudencia (pp. 426 y ss.), a: principio pro persona o *pro homine*, posición preferente de los derechos humanos, mayor protección y fuerza expansiva de éstos. El tratamiento de estos extremos, que me limito a enunciar, es minucioso, sistemático y pragmático: abundan las aplicaciones y los ejemplos.

Es destacable la sección de la obra dedicada al control difuso de convencionalidad/constitucionalidad en México (pp. 505 y ss.). La exposición de esta materia se eleva sobre la suma de dos elementos a los que el autor se ha referido *in extenso*: la sentencia de la Corte Interamericana —y agreguemos: su apreciación por la Suprema Corte de México— y la reforma constitucional de 2011 acerca de los derechos humanos.

Ambos elementos permitieron que la Suprema Corte “pudiera concluir que el control de convencionalidad *ex officio* aludido debía concretarse en el sistema jurídico mexicano a través de un control difuso de convencionalidad”, conclusión que se instala sobre el nuevo artículo 1o. constitucional y la segunda parte del viejo artículo 133, que en mi concepto debió modificarse para que el sistema constitucional contase con la armonía que no tiene y que ha motivado dudas y nutrido debates que pudimos ahorrarnos en

bien de la claridad de las soluciones jurídicas en una materia tan relevante y delicada como es la protección de los derechos humanos.

Todavía hay mucho que decir acerca del control de convencionalidad. Para ello será preciso mirar de nuevo hacia la fuente de la doctrina de ese control: la jurisprudencia de la Corte Interamericana, e igualmente promover —como he sugerido constantemente, pero también infructuosamente— la participación del Poder Legislativo en la indispensable definición de competencias, procedimientos, legitimación y efectos de los actos de control, que por ahora carecen de encauzamiento legislativo, salvo que se considere —erróneamente, a mi juicio— que el control de convencionalidad debe correr por la misma vía y con los mismos propósitos que el de constitucionalidad.

El capítulo cuarto de la obra del profesor Francisco Vázquez Gómez alude a lo que el autor denomina “El lenguaje, el derecho y el test de mutabilidad”, e identifica como cuarto elemento de su teoría de la argumentación convencional. Aquí se examina la fuerza de los textos y el papel del intérprete que los lee y aplica mucho después —o bien, en todo caso: después— de su formación. El redactor hizo su trabajo al amparo de cierta circunstancia —los hechos y las ideas— y el intérprete, llamado a ejercer una rigurosa argumentación, trabaja en otro tiempo y bajo la influencia de otras ideas que pretenden gobernar su relectura de los textos y conducir su mano a la hora de formular la opinión o la sentencia.

Este problema no es menor. Va mucho más allá del gabinete del estudioso y puede alcanzar —ocurre con frecuencia— el curso mismo de la vida social, trátase de la actuación del juzgador constitucional, trátase del magistrado internacional, ambos investidos con la facultad de decir el derecho en definitiva, sin revisión superior ni control popular, de donde proviene que se hable de déficit democrático.

Vázquez Gómez inicia su revisión del tema con un epígrafe de Confucio: “Cuando las palabras pierden significado, el pueblo pierde su libertad”. En seguida emprende el examen de la materia a través de un planteamiento general: el caso *Artavia Murillo (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, resuelto por mayoría de votos de los jueces integrantes de la Corte Interamericana el 28 de noviembre de 2012. Esa mayoría —todos menos uno: respetables aquéllos y éste— ejerció su poder jurisdiccional y desplegó su condición de intérprete de la Convención Americana para definir el alcance del artículo 4o. cuando se refiere a la protección de la vida “desde el momento de la concepción”.

En el estudio de las conexiones entre el lenguaje y la interpretación de las normas jurídicas, el profesor Vázquez Gómez propone una especie de tipología del intérprete, de cuyos términos se desprende fácilmente el concepto que sustenta de cada uno. “El operador jurídico —dice— se mueve entre cuatro dimensiones interpretativas: (i) el estatismo irracional propio de los intérpretes albaceas, (ii) el estatismo racional propio de los intérpretes arqueólogos, (iii) la legítima mutación convencional propia de los intérpretes artífices y (iv) la manipulación convencional propia de los intérpretes arteros” (p. 567). No atraeré aquí la aplicación de estas categorías en el supuesto que explora el autor, a saber, la sentencia de *Artavia Murillo*. Lo relevante es la distinción que se hace entre las mutaciones legítimas —constitucionales o convencionales— y las manipulaciones.

En fin de cuentas, el autor sustenta la necesidad de que el intérprete sostenga sus versiones con una pertinente argumentación, que a su vez exponga la relación entre el fin de la norma y el sentido de la decisión jurisdiccional. Pone en guardia contra los excesos o defectos de una interpretación que altere la tutela de los derechos querida por el autor de la norma y depositada en las palabras del instrumento tutelar. A este respecto, insiste en ejemplos que estima contundentes: tanto la decisión de la SCJN en la contradicción de tesis identificada como 293/2011 como la resolución de la Corte Interamericana en el aludido *caso Artavia Murillo*.

Para destacar los riesgos de una interpretación judicial desviada, el autor hace notar que el “Estado constitucional está inmerso en un proceso irreversible de judicialización en el que hoy la forma última y definitiva palabra para limitar el ejercicio del poder la tienen los jueces y la expresan a través de sus sentencias” (p. 594). De ahí “que hayamos concluido —manifiesta en las últimas líneas de su obra— que la fórmula «tribunal convencional» más «intérprete último de la CADH» «enfoque constitutivo de la relación lenguaje-derecho», generan como resultado un alto riesgo” (p. 597). Conviene retener y considerar este aserto en los diversos sentidos en que el riesgo se manifieste y para todos los efectos que trae consigo la abolición —irrevocable, me parece— del viejo dogma de que el juez es solamente la boca que pronuncia las palabras de la ley.

C

Sergio GARCÍA RAMÍREZ*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.