

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SUS RESOLUCIONES

#### I. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Con independencia de los antecedentes históricos y sociales del derecho procesal constitucional, en su concepción contemporánea surge por la necesidad de asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la ley fundamental, en particular frente al legislador. Es generalmente aceptado que su punto de partida fue la sentencia de la Suprema Corte norteamericana en *Marbury vs. Madison*, en la cual se dijo que “O la Constitución es una ley cimera (*paramount*), superior, inmutable por medios ordinarios, o está al nivel de los actos legislativos ordinarios”.<sup>8</sup>

En sus inicios, tanto americanos como europeos, el órgano de control se vio con alcances limitados: se le confinó a anular las leyes que clara y abiertamente violaran la Constitución. En el derecho norteamericano se entendió su función “no consisti[endo] en *dar* significado a las disposiciones que fueran oscuras, sino más bien en hacer cumplir el significado que claramente se encontraba en la Constitución”.<sup>9</sup> Hans Kelsen, en Austria, al proponer, a inicios del siglo XX, la creación del tribunal constitucional de ese país, acuñó su célebre fórmula de que esta jurisdicción es simplemente un “legislador negativo” que sólo elimina normas del sistema jurídico; lo que así resultaba en tanto la Constitución sólo contuviera disposiciones que admiten una sencilla aplicación silogística y carecen de conceptos valorativos, para limitar en todo lo posible la discrecionalidad de los tribunales que la aplicarían: “las normas constitucionales... no deben ser formuladas en términos demasiado ge-

<sup>8</sup> 5 U. S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

<sup>9</sup> Wolfe, Christopher, *From constitutional interpretation to judicial activism. The transformation of judicial review in America*, Washington, The Heritage Foundation, First Principles Series, núm. 2, 3 de marzo de 2006, p. 4 (cursivas en el original).

nerales, no deben emplear terminología difusa, como «libertad» «igualdad», «justicia», etcétera».<sup>10</sup>

Las posiciones anteriores, que eran acordes con el pensamiento formalista de la época, son insostenibles en la actualidad, especialmente la de Kelsen. La apabullante mayoría de las Constituciones de nuestro tiempo, si no la totalidad, está plagada de conceptos como los que dicho autor reputaba “inconvenientes” a un texto fundamental; todos ellos admiten diversos sentidos y significados que corresponde determinar al intérprete, quien con carácter definitivo casi siempre es un órgano jurisdiccional.<sup>11</sup>

Y no sólo eso: al lado de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados” (“breve”, “adecuadamente”, etcétera), que pueden tenerse como el género de esta clase de términos, en las Constituciones se encuentran otros que no sólo carecen de significado inmediatamente claro y cierto, sino que su naturaleza misma los hace de difícil aplicación, por ser ésta siempre disputada en su extensión y características. Tales son los llamados “conceptos esencialmente controvertidos” (como “dignidad”, “libertad”, etcétera), que tienen un carácter valorativo y desempeñan una “función social dialéctica”; en pocas palabras, éstos representan ideas que califican lo “correcto” en la dirección política de la convivencia social. Sobre ellos, por lo mismo, no existe más que alguna coincidencia elementalísima, lo cual impide su sencilla aplicación y lleva inevitablemente a debatir en cada caso su contenido preciso.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2a. ed., trad. Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 33 y 37.

<sup>11</sup> Un modelo peculiar es Francia. Su Consejo Constitucional no es un órgano judicial sino político, que únicamente controlaba de manera previa la constitucionalidad de leyes, tratados internacionales y reglamentos parlamentarios, entre otras funciones. La ley constitucional núm. 2008-724 del 23 de julio de 2008 —publicada al día siguiente en el *Diario Oficial de la República Francesa*—, relativa a la “modernización de las instituciones de la Va. República”, adicionando el artículo 61-1 a la Constitución, confirió a ese órgano la facultad de resolver la cuestión de inconstitucionalidad de leyes relacionadas con un caso particular, por instancia de la Corte de Casación o el Consejo de Estado; pero esta medida carece aún de vigencia en tanto falte la ley orgánica que determine “las condiciones de aplicación” de ese precepto, conforme el artículo 46 de dicha ley constitucional. La misma reforma facultó al Consejo Constitucional a modular la eficacia temporal y los efectos de su fallo (artículo 62), como hacen la generalidad de los tribunales constitucionales según expondremos. Véase <http://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>12</sup> Sobre estos últimos conceptos, véanse Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC,

Resulta así que al interpretar la Constitución, los jueces y cualquier otro operador jurídico tienen que realizar una actividad de *creación original* en alguna medida —que nunca podrá ser total, si se le quiere tener como “interpretación”—, para dar contenido específico a tales conceptos y aplicarlos a los casos reales que enfrente. Lo anterior, como es obvio, se encuentra muy alejado de la función que primigeniamente se atribuyó a la jurisdicción constitucional; sin embargo, esta creación interpretativa no puede considerarse ilegítima, porque con el uso de los anteriores conceptos indeterminados, el Constituyente o legislador reconoce implícitamente su *incapacidad* de precisar las normas que impone sólo generalísicamente, y *autoriza* a quien las aplique a especificarlas en cada caso particular; y sobre esto hay un amplio e importante consenso.<sup>13</sup>

Por otra parte, la estructura moderna de las Constituciones actuales contiene un elevado número de normas jurídicas denominadas “principios”, cuya característica es que carecen de una estructura lingüística que permita su inmediata aplicación de modo silogístico y usualmente emplean los conceptos indeterminados que referimos con anterioridad, lo cual impide establecer con precisión cuáles son los supuestos en los que operan y las consecuencias jurídicas concretas que disponen; no obstante, son útiles para interpretar disposiciones concretas de la ley fundamental, por expresar los fines generales que ésta persigue:

Aunque se trata de normas jurídicas, los principios generales incluidos en la Constitución tienen una estructura normativa diferente al resto de las normas del sistema jurídico. Se trata de normas que *no regulan directamente una materia, determinando una prescripción concreta para supuestos específicos*, sino que establecen *orientaciones generales* que deben se-

2003, pp. 255 y ss.; Orunesu *et al.*, *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005, pp. 37-39.

<sup>13</sup> Por nombrar sólo a los principales autores: Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 79; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho díctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, p. 136; Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 45 y 46; Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, 19a. ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002, pp. 134-137. En la jurisprudencia se admite al menos desde la resolución de la Suprema Corte norteamericana en *McCulloch vs. Maryland* (17 U. S. [4 Wheaton] 316, 407 [1819]).

uirse en todos los casos, no predeterminados por el principio mismo... Por tanto, los principios generales no proporcionan por sí mismos una decisión para el caso concreto, sino que *aportan criterios respecto de la aplicación del resto de las normas*.<sup>14</sup>

En la actualidad, los tribunales constitucionales no se limitan a solucionar “casos claros y fáciles” sobre la validez de los actos del poder público, sino por el contrario, su principal función es resolver las controversias en que las disposiciones de la ley suprema no den una respuesta unívoca, o sea aquellas que versen precisamente sobre la interpretación constitucional; éstas son resueltas por sus integrantes, cuando dan contenido específico a los términos abstractos e indeterminados de la Constitución.<sup>15</sup>

## II. REFORMAS JUDICIALES MEXICANAS (1995, 1996 y 2006)

Porque son ampliamente conocidas, no nos detendremos en las implicaciones jurídicas y políticas de las reformas constitucionales mexicanas de 1995 y 1996, sino en lo indispensable para poner en contexto la operación de la acción de inconstitucionalidad.

De acuerdo con la iniciativa del presidente Ernesto Zedillo, la primera de ellas tuvo por finalidad general “incorporar a nuestro orden jurídico los *valores y funciones característicos del Estado constitucional* de nuestros días”, en la inteligencia de que así “se nutrirá una *auténtica cultura constitucional* que permea la vida nacional”.<sup>16</sup> Básicamente, este objetivo se pretendió lograr, y efectivamente se hizo en muy buena proporción, a través de dos reformas fundamentales:

<sup>14</sup> Balaguer Callejón, Francisco *et al.*, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1999, vol. I, p. 103 (cursivas añadidas).

<sup>15</sup> Los “casos difíciles” que requieren una compleja interpretación y argumentación constitucional, ya incluso se consideran la “versión tradicional” de los asuntos que competen a los tribunales constitucionales. Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5a. ed. continuada por Stefan Korioth, Múnich, C. H. Beck, 2001, p. 59.

<sup>16</sup> Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Porrúa, 2000, t. XIII, p. 158 (cursivas añadidas). Ante la frase “cultura constitucional” es inevitable la reminiscencia de la idea de “voluntad por la Constitución (*Wille zur Verfassung*)”, sobre la que Konrad Hesse fincó su doctrina de la fuerza normativa de la ley fundamental, en *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, p. 12.

- 1) La ampliación de la procedencia de la controversia constitucional (artículo 105, fracción I, constitucional), cuyo uso estaba limitado en México —desde 1917 hasta dicha reforma sólo se habían presentado poco más de cuarenta de ellas y sólo en un caso se dictó sentencia de fondo—.<sup>17</sup> El número de controversias constitucionales desde la reforma aludida ha sido fluctuante: 1995 (19), 1996 (57), 1997 (36), 1998 (29), 1999 (37), 2000 (37), 2001 (370), 2002 (67), 2003 (112), 2004 (109), 2005 (83), 2006 (153) y 2007 (97); dando un total de 1,206 y un promedio de 92.7 controversias constitucionales al año.<sup>18</sup>
- 2) La creación, en México, de la acción de inconstitucionalidad (artículo 105, fracción II). Como veremos con detalle en el siguiente epígrafe, este proceso constituye un control abstracto de la validez constitucional de leyes y tratados internacionales, es decir, previo e independiente a la aplicación de sus disposiciones, y ha sido muy utilizado en México desde su aparición: 1995 (1), 1996 (10), 1997 (10), 1998 (17), 1999 (41), 2000 (40), 2001 (35), 2002 (26), 2003 (26), 2004 (30), 2005 (39), 2006 (59) y 2007 (171);<sup>19</sup> lo que da un total de 491 y un promedio de 37.7 acciones de inconstitucionalidad por año.

Por su parte, la reforma constitucional del 22 de agosto de 1996 se enfocó en realidad a la materia electoral. Aparte de la expresión de principios relativos a este ámbito y la creación de todo un sistema de medios de impugnación en él —de ella surgió el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación—, esta reforma modificó la procedencia de la ac-

<sup>17</sup> Cfr. *Cuadro estadístico de asuntos relativos a controversias constitucionales entre 1917-1994*, México, SCJN, 2000. Sólo en la controversia constitucional 2/1932, promovida por el procurador general de la República, en su carácter de representante de la Federación, contra la Ley de Dominio y Jurisdicción de Monumentos Arqueológicos del 31 de febrero de 1932, el Pleno de la Suprema Corte resolvió que la ley emitida por la legislatura del estado de Oaxaca invadía “la esfera de acción constitucional de las autoridades federales” (pp. 123-153).

<sup>18</sup> Durante 2008, hasta principios de septiembre, se habían presentado cerca de 130 controversias constitucionales.

<sup>19</sup> Resulta relevante el incremento en el año 2007; representaron la mitad de la labor total del Pleno de la Suprema Corte, de acuerdo con el correspondiente *Informe de labores 2007* del ministro presidente Ortiz Mayagoitia (pp. 9 y 10). Durante 2008, hasta principios de septiembre, se habían presentado 100 acciones de inconstitucionalidad.

ción de inconstitucionalidad para permitir que a su través se impugnen leyes electorales, lo que representó una gran novedad en el sistema jurídico mexicano; y también legitimó a los partidos políticos para promover este proceso, mas únicamente en la referida materia. Con esta reforma, al no quedar ya acto de poder fuera del posible conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (sea en amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad o ejerciendo su facultad de atracción), y darse así las condiciones para que este órgano jurisdiccional siempre pueda expresar la *interpretación definitiva de las disposiciones constitucionales*; se erigió a ese órgano como un auténtico “tribunal constitucional”, de acuerdo con el entendimiento actual de dicho término, mucho más extenso que el tradicional y formal, imperante por largo tiempo en Europa.<sup>20</sup>

Aunque no tanto como las anteriores, la reforma constitucional publicada el 14 de septiembre de 2006 también es importante para la acción de inconstitucionalidad. Ella legitimó a las comisiones de derechos humanos —federales y locales— para promoverla contra leyes que “vulneren los derechos humanos establecidos en la Constitución”; y dio la posibilidad de que sean reclamadas más leyes —en especial aquellas que los legisladores o los partidos no tienen interés práctico de reclamar o cuyos vicios no hubieran advertido—.<sup>21</sup>

### III. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El objeto de esta vía es controlar la regularidad constitucional de las normas generales limitativamente relacionadas en la fracción II del artículo 105 constitucional: tratados internacionales y leyes en sentido estricto,<sup>22</sup> que produzcan un conflicto normativo actual por haber sido ya

<sup>20</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2002, pp. 55-57.

<sup>21</sup> Acerca de esta reforma y sus implicaciones, véase Sánchez Gil, Rubén, “El ombudsman en la acción de inconstitucionalidad”, Astudillo, César y Carbonell, Miguel (coords.), *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM-CNDH, 2007, pp. 145-158.

<sup>22</sup> Es decir, no procede contra reglamentos u otros ordenamientos generales administrativos. Véanse ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SÓLO PROcede CONTRA NORMAS GENERALES QUE TENGAN EL CARÁCTER DE LEYES O DE TRATADOS INTERNACIONALES, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 17,

publicadas y ser de inexorable vigencia;<sup>23</sup> constituye un medio de control abstracto de la constitucionalidad de tales actos, es decir, que no se refiere a la incidencia de la norma a un caso concreto. Su alcance es materialmente universal ya que en ella es impugnable la violación de *cualquier norma constitucional*, sin importar si pertenece a la parte dogmática u orgánica de la ley fundamental o bien violaciones a normas ordinarias o locales, pero siempre que estén “vinculadas de un modo fundamental” a la ley impugnada.<sup>24</sup> Este procedimiento puede ser instado sólo por determinados sujetos legitimados en la mencionada fracción constitucional: 1) el 33% de los integrantes de la legislatura que emitió la norma impugnada, 2) el procurador general de la República, 3) los partidos políticos —únicamente tratándose de leyes electorales—, y 4) las comisiones nacional y locales de derechos humanos —sólo para impugnar normas generales que violen “los derechos humanos establecidos en la Constitución”—.<sup>25</sup>

Su naturaleza procesal es doctrinalmente disputada. La idea establecida<sup>26</sup> es que la acción de inconstitucionalidad no es un “proceso” sino un

p. 18, y ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. PROcede CONTRA NORMAS GENERALES Y NO CONTRA SUS ACTOS DE APLICACIÓN EMITIDOS POR LAS AUTORIDADES ELECTORALES, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 18, p. 20.

<sup>23</sup> ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. NO PROcede CONTRA UN DECRETO QUE ABROGA UN PROYECTO DE LEY QUE, AUNQUE FUE APROBADO POR EL CONGRESO LOCAL, NO SE PUBLICÓ EN EL PERIÓDICO OFICIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, agosto de 2006, tesis P./J. 103/2006, p. 1563.

<sup>24</sup> ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS PARTES LEGITIMADAS PARA PROMOVERLA PUEDEN PLANTEAR LA CONTRADICCIÓN DE LAS NORMAS GENERALES FRENTE A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, YA SEA EN RELACIÓN CON SU PARTE DOGMÁTICA U ORGÁNICA, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 13, p. 16, y ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES PROCEDENTE EL CONCEPTO DE INVALIDEZ POR VIOLACIONES INDIRECTAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SIEMPRE QUE ESTÉN VINCULADAS DE MODO FUNDAMENTAL CON LA LEY RECLAMADA, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 9, p. 11.

<sup>25</sup> Véase ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. QUIÉNES SE ENCUENTRAN LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA ATENDiendo AL ÁMBITO DE LA NORMA IMPUGNADA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis P./J. 7/2007, p. 1513.

<sup>26</sup> Fijada por la doctrina y jurisprudencia alemanas: Schlaich, *op. cit.*, nota 15, p. 87; Fleury, Roland, *Verfassungsprozessrecht*, 6a. ed., Múnich/Unterschleißheim, Luchterhand, 2004, p. 25, y BVerfGE 1, 396 (407 y 414).

“procedimiento”, porque ella no tiende a resolver un conflicto relacionado con el interés personal directo o indirecto de las partes, ya que ninguno de quienes la instan necesariamente pretende hacer valer un supuesto derecho propio, como en el amparo o la controversia constitucional (y aun en ésta no es tan claro).<sup>27</sup> A la presente concepción se ha alineado la Corte mexicana para determinar la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad.<sup>28</sup>

En la actualidad esta idea va cediendo, al admitirse la posibilidad de que existan “procesos de contenido objetivo”, por no tener como objeto resolver sobre el *status* de las personas sino el de las normas —y tal sería el caso del procedimiento que nos ocupa—, que rompen el tradicional esquema trilateral del proceso y elimina el carácter de “partes” en sentido estrictamente técnico (según el interés propio que tengan en el litigio). La acción de inconstitucionalidad ciertamente no es un proceso “subjetivo” en el que necesariamente se dirima una contradicción de intereses propios de los contendientes, y se establezca la situación jurídica que éstos deban guardar, sino tiene por objeto decidir si una norma legal o internacional es acorde con la Constitución, y por lo tanto puede formar parte del sistema jurídico que ésta funda; pero con todo, existe una contienda<sup>29</sup> sobre la validez de las normas impugnadas que no puede ser ini-

<sup>27</sup> Sin embargo, ambos fines podrían coincidir. El caso de más próxima realización es la impugnación de un partido político contra disposiciones electorales que inciden en su esfera jurídica, aunque la Suprema Corte “desatienda” su situación particular. Véase, acción de inconstitucionalidad 2/2004 y acum., *Diario Oficial de la Federación*, 5 de abril de 2004, 2a. sección, con. V, pp. 81 y 82.

<sup>28</sup> ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS PARTES LEGITIMADAS PARA PROMOVERLA SÓLO ESTÁN FACULTADAS PARA DENUNCIAR LA POSIBLE CONTRADICCIÓN ENTRE UNA NORMA GENERAL Y LA PROPIA CONSTITUCIÓN, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 11, p. 13; CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 75, p. 73; y ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LOS DIPUTADOS QUE CONFORMEN EL TREINTA Y TRES POR CIENTO DE LA INTEGRACIÓN DE UNA LEGISLATURA ESTATAL TIENEN LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLA, AUN CUANDO NO HUBIERAN VOTADO EN CONTRA DE LA NORMA GENERAL IMPUGNADA, *idem*, t. I, tesis 14, p. 16.

<sup>29</sup> Usando una concepción moderna y más amplia de “litigio”, entendiéndolo como la “existencia de una pretensión y una resistencia [a ella]”; el primero de estos últimos conceptos sería en la acción de inconstitucionalidad la intención de sus promotores de que se invalide las normas impugnadas. *Cfr.* Montero Aroca, Juan *et al.*, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 14a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 116 y 117.

ciada por cualquiera, sino exclusivamente por sujetos particularmente legitimados dada su especial situación jurídica, que se dirimiría por medio de este instrumento de control en defensa de la constitucionalidad y el interés general en que ésta se restablezca.<sup>30</sup>

#### IV. LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

Antes de abordar propiamente los aspectos específicos de la sentencia dictada en los procesos de acción de inconstitucionalidad, es necesario referirnos, aunque sea brevemente, a la naturaleza jurídica de las sentencias en general y de las constitucionales en particular.<sup>31</sup> Igualmente, debe considerarse que lo dicho en adelante, aunque específicamente referido a este procedimiento, guardando las debidas distancias, también podría ser aplicable a la controversia constitucional y el juicio de amparo en tanto versen sobre normas generales; pero nos enfocamos principalmente a la acción de inconstitucionalidad ya que, por su carácter abstracto, la problemática a que da lugar es más rica y por consiguiente paradigmática de las cuestiones que plantea la actividad que hoy desempeñan los tribunales constitucionales.<sup>32</sup>

En lo que aquí interesa, es necesario destacar que la “sentencia”, como categoría procesal, se entiende referida dentro de la concepción genérica de las “actuaciones procesales”, y de manera particular como una especie de “resolución judicial”. Las actuaciones judiciales son todos los actos que lleva a cabo un órgano jurisdiccional, comprendiendo un amplio espectro: comunicaciones procesales, resoluciones, audiencias, ejecución de actos, etcétera; las resoluciones judiciales, por lo tanto, constituyen una clase de actuación judicial: aquella por la que el tribunal decide cualquier cosa en el curso de un proceso.<sup>33</sup>

Dentro del género de “resoluciones judiciales” se encuentran las sentencias, como una de sus especies. Aunque existe cierta confusión termi-

<sup>30</sup> Astudillo, César, “Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad: perfiles procesales”, Astudillo y Carbonell (coords.), *op. cit.*, nota 21, pp. 14-21.

<sup>31</sup> En cuanto a este tipo de sentencias, véase Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduard, “Las sentencias de los tribunales constitucionales en el ordenamiento mexicano”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, CEPC, núm. 12, 2008.

<sup>32</sup> Cfr. Schlaich, *op. cit.*, nota 15, p. 261.

<sup>33</sup> Véase Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10a. ed., México, Oxford, 2007, pp. 325 y 326.

nológica y conceptual entre los diversos códigos procesales, como en la que incurre el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal,<sup>34</sup> la doctrina más segura dentro del procesalismo científico contemporáneo clasifica las resoluciones judiciales en tres tipos: 1) decretos, si se refieren a simples determinaciones de trámite; 2) autos, cuando decidan cualquier aspecto del negocio, salvo el fondo, y 3) sentencias, cuando decidan el fondo del negocio.<sup>35</sup> Esta clasificación es la más adecuada para el derecho procesal constitucional mexicano, no sólo por ser ampliamente sostenida en la doctrina por su sencillez, sino también, porque la sigue el artículo 220 del Código Federal de Procedimientos Civiles, supletorio de la LR105<sup>36</sup> en términos de su artículo 1o. *in fine*.

A su vez, pueden distinguirse diversos tipos de sentencias según diferentes criterios, como su naturaleza (como acto jurídico y como documento), finalidad (declarativas, constitutivas, de condena o mixtas), resultado (estimatoria o desestimatoria), funciones (definitivas o firmes), estructura (preámbulo, resultando, considerandos y puntos resolutivos), requisitos materiales (congruencia, motivación y exhaustividad), eficacia (cosa juzgada) y efectos (*inter partes*, expansivos, generales, etcétera), entre otros. Por este motivo, el término “sentencia” adquiere gran equivocidad y en determinados contextos su empleo sucesivo podría no referir el mismo objeto.

En principio, puede sostenerse que la naturaleza de la sentencia constitucional comparte las características propias de las “resoluciones judiciales”, como se ha construido desde la teoría del derecho procesal, y por consiguiente, le son aplicables las categorías generales antes mencionadas. Sin embargo, y aunque lo anterior puede tomarse como punto de partida, debe atenderse que la complejidad de los procesos constitucionales en comparación con los “ordinarios” se refleja también en sus resoluciones finales; en los últimos la litis generalmente se centra en uno o muy pocos puntos jurídicos que deciden los tribunales de una manera

<sup>34</sup> El artículo 79 del referido Código distingue entre: 1) decretos, 2) autos provisionales, 3) autos definitivos, 4) autos preparatorios, 5) sentencias interlocutorias, y 6) sentencias definitivas. Esta clasificación ha sido criticada doctrinalmente por su complejidad que confunde la naturaleza propia de las resoluciones.

<sup>35</sup> Por lo que hace a nuestro país *cfr.*, entre otros, Gómez Lara, *loc. cit.*, nota 33, y Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, 6a. ed., México, Oxford, 2006, pp. 295 y 296.

<sup>36</sup> Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional. En lo sucesivo se utilizará esta abreviatura para referirnos a este ordenamiento.

simple, y en cambio, en materia constitucional —sobre todo cuando se trata de la impugnación de normas generales en abstracto, por su sola vigencia—, una “sentencia”, entendida muy ampliamente como el documento que contiene *grossó modo* la resolución final del proceso, puede contener diversos tipos de decisiones: sentencias o autos, como explicaremos a continuación.

En el plano constitucional, en un sentido *estrictamente material*, una sentencia es la decisión por la cual el tribunal *resuelve de manera vinculante el litigio que se le plantea y acoge la pretensión de una de las partes*, teniéndola como la correcta aplicación del derecho relevante (la de la acción de inconstitucionalidad, como vimos, puede tenerse como una controversia de carácter “objetivo”). En ocasiones, luego de transcurridas las etapas procesales correspondientes, los juzgadores constitucionales dictan una “sentencia” en sentido *formal*, que sería el documento que contiene su decisión con que finaliza el proceso y los motivos por los cuales llegan a esa conclusión, pero dicha terminación no implica necesariamente una decisión sobre el fondo de la litis, ni el acogimiento de la pretensión de una de las partes; un ejemplo habitual de lo anterior puede ser la “sentencia” del juicio de amparo en que, luego de la audiencia constitucional, se resuelve el sobreseimiento por improcedencia de este proceso constitucional.

En términos generales, la sentencia constitucional, desde el punto de vista material, es la decisión por la que un tribunal —entre nosotros: la Suprema Corte u otro órgano con jurisdicción constitucional— *define el problema de fondo*, y así constituye un tipo de resolución que debe distinguirse de los decretos (meros acuerdos de trámite) y los autos (que deciden cuestiones trascendentales en el procedimiento, mas no resuelven el litigio diciendo el derecho sobre su materia). En estas últimas resoluciones se incluyen las decisiones de sobreseimiento, que de manera teóricamente inapropiada se suelen considerar “sentencias”—en juicio de amparo, controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad—.

La confusión parece provenir de que la sentencia entendida formalmente como documento, puede incluir diversas decisiones que dirimen cada uno de los aspectos litigiosos planteados, que en los procesos constitucionales pueden ser muy variados (sentencia *stricto sensu*), resuelven algún punto procesal sin tocar el fondo (auto), o comprenden, incluso, determinaciones de trámite (decreto). Claro que pueden haber “sentencias” documentalmente entendidas, cuyo contenido pueda incluirse en

ese concepto tanto formal como materialmente, pero la complejidad de la vida real lleva a que las resoluciones finales de un proceso en esta materia sean sumamente complejas, sobre todo en controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad; de ahí que correctamente el artículo 37 de la LR105 se refiere a que el ministro instructor someterá al Pleno de la Suprema Corte el “proyecto de resolución”, ya que su propuesta podría ser de sobreseimiento y así no necesariamente elaborará un “proyecto de sentencia” (como se establece en el artículo 68 de la propia ley), o bien pudiera ocurrir que no obstante un proyecto sobre resolución de fondo, se llegara al sobreseimiento por así decidirlo la mayoría de los integrantes del máximo tribunal.

La multiplicidad de los actos que simultáneamente pueden impugnarse en un proceso constitucional<sup>37</sup> ocasiona que sus sentencias formales incluyan tantas resoluciones como puntos contenciosos a analizar existan en cada proceso; o que a pesar de darse luego de las etapas procesales correspondientes, concluyan con una resolución que sería en realidad un “auto”, como es el caso de las de acción de inconstitucionalidad —y también de la controversia constitucional— que llamaremos “estimatorias no calificadas”, equivalentes a un sobreseimiento. Y aun éste, aparentemente simple porque impide un estudio del fondo del negocio, puede llegar a tener ciertos efectos jurídicos constitutivos más allá de dejar firme el acto impugnado.

De lo anterior nos ocuparemos con más detalle al tratar los diferentes tipos de resoluciones con que puede culminar una acción de inconstitucionalidad.

Además de esta complejidad meramente técnica, la sentencia constitucional adquiere matices y particularidades que la diferencian de manera importante de las dictadas en otras materias, debido a su *trascendencia e impacto jurídico y político* (mucho mayor que cualquier otra sentencia, que también la tiene). Esto se debe a que la función del tribunal constitucional es otorgar significado, contenido y alcance a las normas, valores y principios constitucionales, de tal suerte que repercute en todo el ordenamiento subordinado a la ley fundamental; y además, la incidencia sobre la conformación del or-

<sup>37</sup> Aunque en menor grado, esto también es aplicable al juicio de amparo en el que pueden impugnarse diversos actos de autoridad (como leyes y actos en aplicación de las mismas), y hacerlo en diferentes aspectos que dan lugar a cualquier número de conceptos de violación; no es extraño encontrar sentencias de amparo que estimen la acción contra un acto determinado y sobresean respecto de otro.

den jurídico y las relaciones de poder que tienen sus resoluciones que invalidan una norma legal o de un tratado internacional, exigen también atender a las consecuencias sociales y políticas de sus fallos.

Por otra parte, los jueces constitucionales en realidad llevan a cabo una doble interpretación: la de la ley suprema, y la correspondiente a las normas secundarias impugnadas, de tal manera que lo decidido y argumentado (*ratio decidendi*) determina la manera en que deben (in)aplicar e interpretar las leyes todos los operadores de un sistema jurídico determinado (jueces, autoridades y gobernados). Precisamente, la interpretación que dan estos juzgadores a la ley fundamental es el punto neurálgico de la legitimación de las sentencias constitucionales, en la medida en que posibilitan el desarrollo democrático, otorgan contenido específico a los derechos fundamentales y otros principios del orden constitucional, y en general dirimen controversias trascendentales para el adecuado funcionamiento institucional del Estado.<sup>38</sup>

El propio creador del sistema concentrado de control de la constitucionalidad de leyes advertía las características especiales de este tipo de sentencias (particularmente en los procesos de control abstracto), al considerar ciertas especificidades del resultado del control de la constitucionalidad: *a*) que el acto sea directamente anulado en su sentencia en caso de que lo considere irregular; *b*) dejar a la libre apreciación del tribunal la facultad para anular un acto por vicio de forma o bien por defectos esenciales; *c*) por un principio de seguridad jurídica, modular su temporalidad dentro de un plazo fijado por la Constitución (por ejemplo, de tres a cinco años a partir del momento de la entrada en vigor de la norma irregular, especialmente de normas generales que llevan largos años sin haber sido impugnadas); *d*) no otorgar efectos retroactivos (como regla general) y por lo tanto dejar subsistentes todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base en la norma en cuestión; *e*) otorgar (excepcionalmente) retroactividad limitada; *f*) dejar libertad al tribunal para que tenga la posibilidad de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un cierto término contado a partir de su pu-

<sup>38</sup> Véase Ahumada, Marian, “La expansión del control de constitucionalidad y el sistema de los tribunales constitucionales”, *Tribunales constitucionales y democracia*, 2a. ed., México, SCJN, 2008, pp. 81 y ss. Asimismo, Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2009 (en prensa).

blicación; *g*) permitir en ciertos supuestos que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor, esto es poder restablecer el Estado de derecho anterior a la entrada en vigor de la ley anulada; *h*) la fórmula de la anulación de la norma general puede consistir en la anulación de la validez de la misma, cuando por ejemplo la norma impugnada ha sido abrogada, pero que tenga todavía consecuencias para hechos anteriores; *i*) la anulación de la ley puede ser en su totalidad o limitarse a algunas de sus disposiciones, y *j*) para la anulación de las normas que entran en vigor por su publicación, la sentencia del tribunal debería ser también publicada de la misma manera en que lo fue la norma anulada.<sup>39</sup>

La jurisprudencia emanada de los tribunales constitucionales surgidos en Europa, luego de la segunda guerra mundial, marcaron una nueva etapa en la caracterización de las sentencias, especialmente por lo que hace a sus efectos y contenidos. Aunque la caracterización teórica de las sentencias constitucionales —y en general de la jurisdicción constitucional— se inició bajo la óptica del procesalismo científico,<sup>40</sup> y por ello acertadamente se ha considerado “el origen procesal de la justicia constitucional”,<sup>41</sup> su desarrollo posterior se debe esencialmente a la dogmática

<sup>39</sup> Kelsen, *op. cit.*, nota 13, pp. 82-87 y 93-95.

<sup>40</sup> Especialmente en Italia, a partir de su Constitución democrática de 1947. En la línea del mejor procesalismo de la época, véanse entre otros: Calamandrei, Piero, *L'illegitimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padua, CEDAM, 1950; “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XI, parte I, 1956, pp. 7-55; Andrioli, Virgilio, “Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi”, *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padua, CEDAM, 1953, pp. 27 y ss.; Cappelletti, Mauro, “Pronunce di rigetto nel proceso costituzionale delle libertà e cosa giudicata” y “Sentenze condizionali della Corte Costituzionale (a propósito della interpretazione delle leggi nel processo costituzionale)”, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XI, 1956, pp. 140 y ss., y 1957, pp. 88 y ss.; Redenti, Enrico, *Legittimità delle leggi e Corte Costituzionale*, Milán, 1957; Liebman, Enrico Túlio, “Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale”, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XII, 1957, pp. 521 y ss.

<sup>41</sup> Cf. D’Amico, Marilisa, “Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi”, *Giurisprudenza italiana*, Parte Quarta, Dottrina e varietà giuridiche, 1990, pp. 480-504, especialmente las pp. 480-483. Actualmente, existe un sensible movimiento en Latinoamérica para reivindicar el estudio procesal del fenómeno, a través de una nueva disciplina jurídica denominada “derecho procesal constitucional”; cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

constitucional, como se aprecia de la rica doctrina constitucional alemana,<sup>42</sup> la italiana,<sup>43</sup> y también recientemente la española,<sup>44</sup> que han estudiado con profundidad la especificidad de la sentencia constitucional a la luz de la jurisprudencia de estos órganos. Esta coincidencia en la práctica judicial y la doctrina europeas, es una muestra más de la formación —por lo menos en ese continente— de “un creciente ensamblé de principios constitucionales particulares, explícitos o implícitos, que son ‘comunes’ a los distintos Estados constitucionales nacionales” sobre los cuales se basa, como veremos, la tipología resolutiva que actualmente maneja la jurisdicción constitucional.<sup>45</sup>

Las modalidades y caracterizaciones tradicionales de la sentencia constitucional siguen vigentes, pese a que han experimentado un notable desarrollo por la variada y dinámica actividad de los tribunales constitucionales, que respondiendo a las necesidades sociales han otorgado nuevos alcances a sus fallos. *La concepción kelseniana de pura eliminación de la norma general a manera de un “legislador negativo”, está ampliamente superada en la actualidad:* los tribunales constitucionales no sólo pueden suprimir una norma del sistema jurídico, también pueden imponerla —o revivir las que sustituyó la impugnada— cuando así se desprenda de su interpretación de los parámetros constitucionales, establecer los plazos en que surtirán efectos sus resoluciones, o determinar las modalidades de éstos.

Por lo anterior, en los procesos constitucionales, y particularmente en nuestro país, con la acción de inconstitucionalidad, por la cual se puede

<sup>42</sup> Cfr. Pestalozza, Christian, *Verfassungsprozeßrecht*, 3a. ed., Múnich, C. H. Beck, 1991, § 20; Benda, Ernst y Klein Eckart, *Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2001, § 37, y Schlaich, *op. cit.*, nota 15, pp. 260 y ss.

<sup>43</sup> La bibliografía italiana sobre el tema es impresionante, por lo que nos limitamos a señalar la clásica obra de Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, 2a. ed., Túrin, Il Mulino, 1988; así como su influyente estudio: voz “Processo costituzionale”, *Encyclopedie del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1987, vol. XXXVI, pp. 522 y ss.

<sup>44</sup> La bibliografía española sobre la materia inició con posterioridad, especialmente a partir de la actual Constitución democrática de 1978 y de su Tribunal Constitucional. Entre muchos otros, véanse los estudios de Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982; Díaz Revorio, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

<sup>45</sup> Cfr. Häberle, Peter, “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *Europäische Rechtskultur*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997, p. 37.

impugnar ampliamente todo un cuerpo de normas ordinarias, *las sentencias constitucionales pueden adquirir una inusitada complejidad y tener múltiples efectos y consecuencias*. El pronunciamiento judicial no necesariamente se refiere a la tajante estimación o desestimación de la impugnación en términos integrales (es decir, se estimen todas las pretensiones contenidas en la demanda o ninguna), y tampoco se constriñe a resolver categóricamente la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la(s) norma(s) impugnada(s). De ahí que se hable de sentencias formales “híbridas” o “mixtas” que contienen tantas resoluciones, posiblemente cada una con diferente sentido, como planteamientos (sustantivos o adjetivos) que el tribunal haya tenido que responder.

Aunque la naturaleza de la sentencia constitucional corresponde a la de una especie de “resolución judicial”, como ha desarrollado la dogmática procesal en general, lo cierto es que adquirió una caracterización peculiar dadas sus ubicaciones jurídica y política. Éstas han propiciado que los propios tribunales constitucionales sean suficientemente creativos para trazar nuevas fórmulas y derroteros en sus decisiones a través de interpretaciones dinámicas, con la finalidad de otorgar mayor eficacia y coherencia al orden constitucional.

## V. LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En una primera aproximación a las sentencias de acción de inconstitucionalidad, pueden hallarse dos tipos de resoluciones atendiendo a su resultado: estimatorias y desestimatorias. Esta clasificación genérica constituye el punto de partida para cualquier análisis, aunque adquieren modalidades y perfiles propios dependiendo del tipo de proceso constitucional, regulación legal y práctica jurisprudencial.

Por lo que hace a la acción de inconstitucionalidad mexicana, el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional,<sup>46</sup> al que se suma el artículo 72 de la LR105,<sup>47</sup> establece que la Suprema Corte de

<sup>46</sup> “Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos”.

<sup>47</sup> “Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimará la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto”.

Justicia de la Nación sólo podrá declarar la invalidez de las normas impugnadas en este proceso con el voto de al menos ocho de sus integrantes.<sup>48</sup> Aunque no lo menciona expresamente la LR105, dicha “invalidez” se refiere a la privación de validez con *efectos generales* a los actos impugnados; ello se desprende no sólo de los alcances semánticos de aquel término, sino también de la misma naturaleza de la acción de inconstitucionalidad: sus promovientes no defienden un interés particular y específico como en la controversia constitucional o el juicio de amparo, por lo que la sentencia que estima la acción declarando la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, por “necesidad imperiosa y exigencia lógica” generalmente no les reportaría beneficio a su esfera jurídica particular,<sup>49</sup> y en estas condiciones el único efecto que podría tener (en principio) es la “expulsión pura y simple del ordenamiento jurídico [de dichas normas]”<sup>50</sup>.

Es preciso reparar en la diferencia entre los conceptos de “nulidad” e “invalidez”. La primera se refiere a la “expulsión” con efecto retroactivo de la norma del sistema jurídico, es decir la sentencia del tribunal es declarativa y reconoce que dicha norma siempre ha sido ilegítima y por lo tanto inaplicable en lo pasado y futuro, con las consecuencias que de ello resulten, especialmente la anulación de los actos que se hayan realizado con fundamento en ella; la “invalidez”, en cambio, es de carácter constitutivo y deja intacta la aplicación anterior de la norma y su “expulsión” (derogación) sólo tiene efectos hacia el futuro.<sup>51</sup> La primera es característica del sistema difuso o americano, mientras que la segunda del sistema concentrado o europeo.

En general, en el proceso de control abstracto de constitucionalidad de leyes, tal y como lo concibió Kelsen, tiene por línea de principio dotar a la sentencia constitucional de efectos generales (*erga omnes*) y hacia el futuro (*ex nunc*). Ésta es la situación en la mayoría de los países latinoamericanos.

<sup>48</sup> Esta es una diferencia fundamental con el juicio de amparo, en el que la sentencia sólo tiene efectos para “el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o el acto que la motivare” (artículos 107, párrafo II de la Constitución federal y 76 de la Ley de Amparo).

<sup>49</sup> Salvo por lo dicho respecto de los partidos políticos (*supra*, nota 27), y no más que de manera causal como pudiera suceder en algún otro caso remoto.

<sup>50</sup> Brage Camazano, *op. cit.*, nota 2, p. 356. Véase también CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES..., *cit.*, nota 28.

<sup>51</sup> Véase Balaguer Callejón *et al.*, *op. cit.*, nota 14, vol. I, p. 247.

mericanos que han introducido este mecanismo (Brasil, Bolivia, Colombia, Guatemala, Ecuador, Perú y Venezuela). Sin embargo, la concepción original austriaca actualmente sufre importantes excepciones, de tal suerte que es frecuente que los tribunales constitucionales europeos (por ejemplo, Austria, Alemania, Italia y España), admitan ciertos efectos retroactivos (*ex tunc*) en sus resoluciones de inconstitucionalidad. Esto ha provocado, como pusimos en evidencia en la parte introductoria a este estudio, que las sentencias típicas de naturaleza constitutiva (que implican la invalidez de la norma) propias de este tipo de proceso abstracto de inconstitucionalidad de leyes, sea sustituido en algunos supuestos por sentencias declarativas (nulidad), lo que implica otorgar efectos hacia el pasado.

En México, por disposición expresa del penúltimo párrafo del artículo 105 constitucional,<sup>52</sup> la regla es que las sentencias de acciones de inconstitucionalidad declaren la *invalidez* de la norma —por eso utilizaremos primordialmente este término—,<sup>53</sup> y la única excepción es cuando ésta corresponda a la materia penal y en favor del reo, en cuyo caso será *anulada* con efectos retroactivos al inicio de la vigencia de la norma declarada inconstitucional.<sup>54</sup> Sin embargo, el Pleno de la Corte excepcionalmente ha admitido otorgar cierto efecto retroactivo a sentencias constitucionales diferentes a las del juicio de amparo, pudiéndose

indicar en forma extraordinaria que la declaración de invalidez sea efectiva a partir de la fecha de la presentación de la *demand*a, cuando por virtud de la suspensión de los actos reclamados se hayan mantenido las cosas en el estado en que se encontraban al momento de la promoción de la controversia, o bien desde el momento en que se hubiese otorgado esa medida cautelar, cuando su concesión ocurrió con posterioridad a la presentación de aquélla.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Véanse también los artículos 45 y 75 de la LR105.

<sup>53</sup> La “*invalidez*” a que se refiere la Constitución y la ley, corresponde propiamente a una “*derogación*” de la disposición impugnada.

<sup>54</sup> ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ESTÁ FACULTADA PARA DAR EFECTOS RETROACTIVOS A LA SENTENCIA QUE DECLARE LA INVALIDEZ DE NORMAS LEGALES EN MATERIA PENAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, septiembre de 2008, tesis P.J. 104/2008, p. 587.

<sup>55</sup> CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL. LA SENTENCIA DE INVALIDEZ EXCEPCIONALMENTE PUEDE SURTIR EFECTOS A PARTIR DE LA FECHA DE PRESENTACIÓN DE LA DE-

El requerimiento constitucional y legal de una *mayoría calificada de cuando menos ocho ministros de la Suprema Corte* para “estimar” la acción en este proceso, es decir que se tenga por fundada y se invalide los actos impugnados, pretende sustentarse en el principio constitucional democrático y la presunción de su constitucionalidad. Las leyes de las legislaturas federal y locales así como los tratados internacionales aprobados por el Senado de la República, son producto de una decisión adoptada por representantes populares, y se supone que la invalidación que conlleva la decisión sobre su irregularidad constitucional con efectos generales, para revertir “la presunción respectiva en cuanto a que el órgano legislativo se ajustó a la Constitución”, debería basarse en un *amplio consenso razonalizado* entre los ministros de la Corte, que asegure la corrección de esta decisión jurisdiccional y deje un reducidísimo margen de duda al respecto. Al pensarse que una votación cerrada no establece con buena medida de certeza la inconstitucionalidad de la norma general impugnada, se asume que el Constituyente no juzgó conveniente permitir la anulación general de las leyes en esas condiciones, dado que la insuficiencia de la votación reflejaría una “ausencia de argumentos jurídicos de la Suprema Corte” que superen las razones de la “mayoría simple [de] un órgano de carácter político, emanado de una elección popular”.<sup>56</sup>

Esta votación calificada de ocho votos como requisito de procedibilidad para la declaración de invalidez, no parece adecuada en la actualidad y son muy pocos los países en el derecho comparado que la adoptan (por ejemplo en Perú, que requiere una votación de cinco de los siete juzgadores que integran su Tribunal Constitucional).<sup>57</sup> Esta opinión se basa en la idea de que condicionar la invalidez de una norma inconstitucional a dicha mayoría calificada no es apropiada para regir la actuación de órganos de naturaleza jurisdiccional a quienes se ha confiado la interpretación definitiva de la Constitución, y que la presunción de la constitucionalidad de las leyes

MANDA, *idem*, 9a. época, t. XXIII, mayo de 2006, tesis P./J. 71/2006, p. 1377 (cursivas añadidas). A pesar de referirse a la controversia constitucional, pensamos que este criterio aplicaría a la acción de inconstitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 59 de la LR105.

<sup>56</sup> *Cfr.* Acción de inconstitucionalidad 10/2000, 29 y 30 de enero de 2002, con. VI, pp. 117-120; acción de inconstitucionalidad 12/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVII, enero de 2003, con. IX, pp. 1147 y ss., y acción de inconstitucionalidad 19/2004, *idem*, 9a. época, t. XXI, junio de 2005, con. VI, pp. 471 y ss.

<sup>57</sup> *Cfr.* Abad Yupanqui, Samuel *et al.*, *Código Procesal Constitucional*, 2a. ed., p. 92.

no justifica ese requerimiento, porque en realidad su función debe limitarse a ser un mero punto de partida del debate procesal.<sup>58</sup>

La votación calificada, para declarar la invalidez de las normas generales impugnadas, ha sido criticada como “la mayor de las deficiencias de la acción federal mexicana de inconstitucionalidad”, por lo que el sistema actual ha nacido “herido de muerte y un replanteamiento serio de las funciones del órgano de la constitucionalidad habrá de conducir, antes o después, a comprender la necesidad inexorable de una reforma que viene exigida por el sentido común y la propia eficacia del órgano”.<sup>59</sup> Su existencia provocó que la propia Corte en su Acuerdo General 7/2008,<sup>60</sup> estableciera la posibilidad de decretar el aplazamiento de la vista de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, cuando en la sesión esté ausente un ministro cuyo voto pueda determinar la formación de la mayoría calificada que invalidaría *erga omnes* una norma general.

De lo anterior y atendiendo a su resultado, se sigue que existen tres tipos generales de resoluciones de fondo que ponen fin a la acción de inconstitucionalidad, que puede comprender su sentencia entendida en sentido meramente formal:

- 1) Las decisiones *estimatorias calificadas* son aquellas sentencias propiamente dichas que declaran procedente la acción y fundada la pretensión constitucional correspondiente, por lo que producen la invalidez de la norma general impugnada al votar en tal sentido ocho o más integrantes del máximo tribunal. Consecuentemente, al declararse su invalidez se expulsa del ordenamiento jurídico la norma impugnada (derogación), sea de manera parcial o total.
- 2) Las *estimatorias no calificadas* son aquellas que a pesar de que una mayoría integrada por menos de ocho ministros acuerda la invalidez de las normas impugnadas, por no contarse con el número de votos

<sup>58</sup> Véase Sánchez Gil, Rubén, “La presunción de constitucionalidad”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, México, UNAM-IMDPC-Marcial Pons, 2008, t. VIII, pp. 371, 377-380 y 394.

<sup>59</sup> Brage Camazano, *op. cit.*, nota 2, pp. 350 y 352. La sección de la que se desprenden estas citas es una amplia crítica, sobre la que vale la pena detenerse, respecto de la votación calificada para la estimación de la acción de inconstitucionalidad en México.

<sup>60</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 4 de junio de 2008, 1a. sección, pp. 18 y 19.

constitucional y legalmente requerido no surten efecto jurídico y producen que en un acto sucesivo el Pleno *desestime* la acción por sobrevenir una causa de improcedencia. Esta clase de resoluciones no sólo pueden darse en la acción de inconstitucionalidad, sino también en la controversia constitucional por lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 42 de la LR105. En tal supuesto, la resolución no tiene carácter de sentencia sino el de un “auto desestimatorio de la acción” en cuanto al punto de contención de que se trate.

- 3) Las *desestimatorias*, que pueden o no adoptarse con votación calificada, son aquellas que declaran improcedente la acción o infundada la pretensión constitucional. En el primer supuesto, la resolución constituye un “auto desestimatorio de la acción” (al igual que en el supuesto anterior de resoluciones estimatorias no calificadas), por existir un impedimento u obstáculo procesal insubsanable, que impide o imposibilita resolver la cuestión efectivamente planteada (improcedencia y consecuente sobreseimiento). En el segundo caso, la resolución declara infundada la pretensión constitucional hecha valer (no obstante la amplia suplencia que puede darse a los conceptos de invalidez), ya que la Suprema Corte los consideró caíentes de razón; en este supuesto, se declara constitucional la norma general impugnada, sea por una mayoría de ministros calificada (ocho o más) o no calificada (menor a ocho), y se confirma la validez de la misma. Debe tenerse presente que en el primer caso las razones que sustentan el sentido del fallo resultan obligatorias para todos los jueces, en términos del artículo 43 de la LR105, situación relevante para determinar la eficacia de la sentencia como precedente obligatorio, como adelante trataremos detalladamente.

Con independencia de estos tres tipos de genéricas resoluciones sustantivas, no referidas particularmente a cuestiones de procedencia, de la acción de inconstitucionalidad, por la pluralidad de contenidos y consecuencias que pueden tener, dan lugar a clasificaciones muy variadas. Esto se advierte en las denominadas “sentencias atípicas”, también llamadas “sentencias intermedias” o si se prefiere “sentencias interpretativas” (en su variedad de posibilidades); en este tipo de resoluciones se parte esencialmente de la distinción entre “disposición o texto” (el precepto legal como tal) y “norma” (el contenido o significación que se le

asigna),<sup>61</sup> adquiriendo matices propios dependiendo de cada caso. Tratemos esta tipología más adelante; por ahora basta señalar que no necesariamente una resolución estimatoria calificada —que al menos implícitamente formara parte de la argumentación jurisdiccional— provocaría la declaración de invalidez y que la resolución desestimatoria puede implicar a su vez una estimación interpretativa de la norma.

Ahora bien, por la habitual práctica del juicio de amparo, estamos acostumbrados a que el litigio constitucional —como casi cualquier otro— verse exclusivamente sobre un acto muy específico de autoridad (orden de aprehensión, sentencia judicial, aplicación de una concreta disposición secundaria, etcétera), y la reclamación de diversos actos en una sola instancia por esa vía es realmente excepcional —aunque pueden darse algunos casos en materias fiscal y administrativa—. A diferencia del proceso de garantías, como casi siempre una acción de inconstitucionalidad deriva de la expedición de un amplio conjunto de disposiciones, como una nueva ley o un “paquete” de reformas (así sucedió en el caso “Ley de Medios”), y puesto que sólo existe una sola oportunidad para instar la demanda correspondiente y su legitimación activa es muy amplia;<sup>62</sup> en este proceso los actores pueden hacer valer cuanto vicio de inconstitucionalidad quieran atribuir a esos actos legislativos, pudiendo impugnar *todas las relativas disposiciones específicas* y aun dirigir contra cada una ellas *múltiples argumentos (conceptos de invalidez)* para demostrar su irregularidad.<sup>63</sup>

Por esta razón la “litis” en la acción de inconstitucionalidad puede ser muy amplia y compleja —normalmente lo es aunque en grado variable— e incluso referirse material y no procedimentalmente a todas y cada una de las disposiciones de una ley. En este tipo de procesos pueden existir

<sup>61</sup> Véase *infra*, sección IX.3.A.

<sup>62</sup> A diferencia del juicio de amparo, en el que los actos de autoridad tienen que afectar su interés jurídico personal y directo, para que sean reclamables, o en la controversia constitucional en la que sucede lo mismo con el concepto más amplio pero no ilimitado de “interés legítimo”, el objeto de la acción de inconstitucionalidad es amplísimo porque quienes lo instan no tienen que demostrar una afectación particular.

<sup>63</sup> En realidad sucede esencialmente lo mismo en el juicio de amparo: el quejoso reclama las disposiciones concretas que afectan su interés jurídico —no pudiendo reclamar la ley “en general”—. La diferencia es cuantitativa por la estrecha legitimación que se tiene en este proceso, en que el actor sólo podría reclamar unas (relativamente) pocas disposiciones, y en los demás procesos es factible impugnar muchas más por las amplias posibilidades jurídicas de sus actores.

diversos puntos en conflicto y formarse “litigios atomizados”, por llamarles de alguna manera, que ameritan sendos pronunciamientos del tribunal. En estas condiciones, *en una sola sentencia podrá haber tanto puntos resolutivos estimatorios como desestimatorios*, siendo poco frecuente que una sentencia en este tipo de proceso —entendida formalmente como documento— contenga sólo una “resolución” del tribunal.

Debido a lo anterior, cuando en la doctrina y la jurisprudencia se habla de una “sentencia” de acción de inconstitucionalidad, es posible que en realidad se denote la *resolución específica* que el tribunal da a uno de esos puntos litigiosos concretos; y cada una de ellas podría tener diferentes efectos, según el tipo de “sentencia” o resolución de que se trate, sin perjuicio de que también coloquialmente se entienda por “sentencia” el documento formal que contiene todos esos puntos resolutivos. Hecha esta aclaración y salvo indicación en contrario, en lo sucesivo al hablar de “sentencia” referiremos el documento unitario que contiene la total decisión del tribunal, y al decir “resoluciones” aludiremos a las decisiones judiciales específicas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y/o la motivación que las sustenta.

Enseguida abordaremos los diferentes efectos de las distintas resoluciones de la acción de inconstitucionalidad, no los propios del objeto general de este proceso que es invalidar *erga omnes* una norma jurídica secundaria, sino los que traen como consecuencia jurídica según su sentido y modalidad de votación: cosa juzgada y precedente constitucional.

## VI. COSA JUZGADA Y PRECEDENTE CONSTITUCIONAL. ALCANCES Y DIFERENCIAS

La “cosa juzgada” constituye un concepto frecuentemente usado sin medir sus alcances y el cual en derecho público tiene particularidades que deben atenderse.<sup>64</sup> A grandes rasgos, es una categoría procesal consistente en “un vínculo de naturaleza jurídico-pública que obliga a los jueces a *no fallar de nuevo lo ya decidido*”;<sup>65</sup> en el sistema mexicano proviene de los derechos fundamentales de audiencia y tutela judicial efectiva.<sup>66</sup> Tiene efí-

<sup>64</sup> Véase Balaguer Callejón *et al.*, *op. cit.*, nota 14, p. 243.

<sup>65</sup> Montero Aroca *et al.*, *op. cit.*, nota 29, p. 121 (cursivas añadidas).

<sup>66</sup> COSA JUZGADA. EL SUSTENTO CONSTITUCIONAL DE ESA INSTITUCIÓN JURÍDICA PROCESAL SE ENCUENTRA EN LOS ARTÍCULOS 14, SEGUNDO PÁRRAGO Y 17, TERCER PÁ-

cacia *directa* cuando la nueva controversia es exactamente igual a la resuelta con anterioridad, y *refleja* cuando “las partes del segundo proceso hayan quedado vinculadas con la sentencia ejecutoriada del primero”, y en éste “se haya hecho un pronunciamiento… necesario para sustentar jurídicamente la decisión de fondo del objeto del conflicto [ulterior]”.<sup>67</sup>

La cosa juzgada constitucional es el atributo, la calidad o la autoridad de definitividad o firmeza que adquieren las sentencias constitucionales;<sup>68</sup> no constituye propiamente un efecto de la sentencia constitucional, sino una cualidad que puede adquirir tal efecto. Este atributo resulta distinto si se trata de una sentencia constitucional dictada en un sistema difuso o concentrado.<sup>69</sup>

Tradicionalmente se suele distinguir entre cosa juzgada *formal* y *material*. La autoridad de cosa juzgada se produce cuando una sentencia definitiva se convierte en firme, esto es, que no existen medios para poder impugnarla o bien transcurrió el plazo para instarlos. En realidad, dejando un margen de reserva para casos insólitos, en casi toda ocasión las sentencias de los tribunales constitucionales adquieren calidad de cosa juzgada *formal* y *material*, en la medida en que resultan firmes por inimpugnables; sin embargo, no debe perderse de vista la posibilidad de que la decisión sea sujeta a revisión ante instancias supranacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>70</sup>

RRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, septiembre de 2008, tesis P./J. 85/2008, p. 589.

<sup>67</sup> COSA JUZGADA. ELEMENTOS PARA SU EFICACIA REFLEJA, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002*, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, tesis S3EL 039/2002, p. 361 (cursivas añadidas). Consideramos aplicable este criterio porque sintetiza las posiciones respecto de ambas cualidades de la cosa juzgada, y además se acuñó en un proceso de derecho público y no privado como la mayoría de las tesis sobre este concepto —y ocasionalmente, sin decirlo expresamente, la Corte se apoya en criterios de tribunales de “menor rango” aunque no esté vinculada a ellos—.

<sup>68</sup> Seguimos la definición genérica de Gómez Lara, Cipriano, *Derecho procesal civil*, 7a. ed., México, Oxford, 2007, p. 156.

<sup>69</sup> Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “Sobre sentencias constitucionales y la extensión *erga omnes*”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 8, julio-diciembre de 2007, pp. 189-217.

<sup>70</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 76-78.

También se distingue entre la cosa juzgada constitucional *absoluta*, la *relativa* y la *aparente*. En el primer supuesto, el tribunal constitucional debió examinar desde todas las perspectivas posibles la regularidad de la norma impugnada, de tal suerte que agotara el análisis de las eventuales razones que pudieran expresarse para afirmar la inconstitucionalidad de la norma. En cambio, la *cosa juzgada relativa* se produce cuando el órgano constitucional se limita al estudio preciso de ciertos planteamientos de inconstitucionalidad, sin hacer una valoración completa y exhaustiva de todas las razones y aspectos que eventualmente pudieran llevar a la inconstitucionalidad de la norma. La *cosa juzgada aparente*, como su nombre indica, se manifiesta cuando en “apariencia” el tribunal decidió previamente sobre la constitucionalidad de la norma, sucediendo en realidad que no existen consideraciones en la sentencia; se trata en realidad de una incongruencia del fallo, debido a que en la parte resolutiva existe un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma, siendo que no contiene motivación alguna sobre el particular, es decir, no se estudió el problema de su conformidad o no con la ley fundamental.<sup>71</sup>

En cambio, como veremos en el epígrafe correspondiente, el “precedente constitucional”, y en general el “precedente”, es una creación del sistema jurídico anglosajón (*common law*) que paulatinamente se ha incorporado en la práctica de los tribunales constitucionales —que en apabullante mayoría pertenecen a la tradición romanista—. Consiste en una decisión —y más bien los motivos que la apoyan— que se toma como modelo para resolver un caso ajeno al cual resolvió, por la semejanza que existe entre sus elementos esenciales; y aunque es muy similar a la figura de la “cosa juzgada”, ambas se distinguen en que la última es “la resolución definitiva y permanente de los derechos y obligaciones de las partes contendientes”, y el precedente es solamente un criterio que conforme al principio de igualdad, sirve de principio para resolver un caso diferente, bajo la condición de que le resulte aplicable por su semejanza, y no implica prejuzgar el caso *sub judice*. En este sentido, resulta trascendente la adhesión de los jueces posteriores o de inferior jerarquía al anterior criterio que los vincula por la fuerza del principio *stare decisis*, resultante como dijimos de la igualdad en la aplicación de la ley.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp. 73-76.

<sup>72</sup> Cfr. Rabasa, Óscar, *El derecho angloamericano*, México, Porrúa, 1982, pp. 546-548; Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., trad. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001, p. 429; Pérez Portilla, Karla, *Principio de igual-*

## VII. EFECTOS DE COSA JUZGADA DE LAS RESOLUCIONES EN ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

### 1. *Resoluciones estimatorias calificadas*

#### A. *Expulsión del ordenamiento de la norma impugnada*

Las sentencias estimatorias calificadas que establecen la invalidez de una norma, al momento de surtir sus efectos,<sup>73</sup> únicamente pueden ser *cosa juzgada de eficacia inmediata y directa*, sin que puedan tenerla refleja ya que tienen consecuencias generales que no se limitan al órgano legislativo “demando” ni a sus promoventes —cuya esfera jurídica propia ni siquiera está inmediatamente en juego—: la expulsión del ordenamiento de la norma jurídica de que se trate, que con irrestricta eficacia incide en este sistema y por lo tanto en la esfera de cualquier persona que le esté sujeta.<sup>74</sup> El carácter de cosa juzgada de estas resoluciones proviene de su irrevocabilidad: contra ellas no procede recurso alguno.<sup>75</sup>

*dad: alcances y perspectivas*, México, UNAM-CONAPRED, 2005, p. 70; López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Uniandes, 2002, p. 118; y Magaloni, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw Hill, 2001, *passim*, e IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XX, octubre de 2004, tesis Ia./J. 81/2004, p. 99.

<sup>73</sup> Lo que acontecerá en el momento dispuesto por la Suprema Corte. Véanse los artículos 73 y 45 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional (LR105), y ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CUENTA CON AMPLIAS FACULTADES PARA DETERMINAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P.J. 84/2007, p. 777.

<sup>74</sup> Y todas aquellas cuya validez dependa de la norma que fue objeto de un pronunciamiento específico de la Corte, sin importar su jerarquía. *Cfr.* ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE UNA NORMA GENERAL A OTRAS QUE, AUNQUE NO HAYAN SIDO IMPUGNADAS, SEAN DEPENDIENTES DE AQUÉLLA, *idem*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P.J. 32/ 2006, p. 1169.

No solamente las resoluciones estimatorias calificadas en acción de inconstitucionalidad tienen efectos *erga omnes* de cosa juzgada —valga la tautología de esta expresión—. *Cfr.* COSA JUZGADA. SUS LÍMITES OBJETIVOS Y SUBJETIVOS, *idem*, 9a. época, t. XXVIII, septiembre de 2008, tesis P.J. 86/2008, p. 590.

<sup>75</sup> Véase, RECLAMACIÓN. ES IMPROCEDENTE ESE RECURSO CONTRA LAS EJECUTORIAS DICTADAS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN CONTRO-

La eficacia de cosa juzgada de las resoluciones en acción de inconstitucionalidad, por sus efectos generales,<sup>76</sup> acota las facultades del órgano legislativo: éste tiene la *obligación de no expedir nuevamente el texto invalidado* para evitar que se burle la resolución dictada, minándose el Estado de derecho y la autoridad del máximo tribunal:

El Poder Legislativo, al emitir una nueva norma, *no actúa con autonomía plena por cuanto atañe al aspecto juzgado y declarado inválido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación* con efectos generales. Está en libertad de crear nuevos supuestos jurídicos, pero los efectos generales de la sentencia *le impiden válidamente reiterar un texto con el contenido que fue declarado inconstitucional*, porque ello implicaría el desacato de la sentencia y un ataque frontal al Estado de derecho y a la *cultura de constitucionalidad*.<sup>77</sup>

VERSIA CONSTITUCIONAL, *idem*, 9a. época, t. XII, agosto de 2000, tesis 2a. XCI/2000, p. 372.

76 A diferencia de las resoluciones estimatorias de efectos relativos, en todo juicio de amparo y algunas controversias constitucionales, que se limitan a “nulificar la validez jurídica de la ley reclamada en relación con el quejoso” o el órgano de poder actor, por lo cual no prohibirían al legislador reiterar los actos impugnados, aun contra dichos promoventes, pues su cosa juzgada no incide más que en su esfera jurídica. *Cfr.* artículos 76 de la Ley de Amparo y 42, último párrafo, de la LR105; LEYES, AMPARO CONTRA, EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 315, p. 371; LEYES, AMPARO CONTRA. CUANDO SE REFORMA UNA LEY DECLARADA INCONSTITUCIONAL O SE SUSTITUYE POR UNA DE CONTENIDO SIMILAR O IGUAL, PROCEDE UN NUEVO JUICIO POR TRATARSE DE UN ACTO LEGISLATIVO DISTINTO, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 313, p. 369, y LEYES. LA REFORMA DE UNA DISPOSICIÓN LEGAL CONSTITUYE UN ACTO LEGISLATIVO NUEVO, AUN CUANDO REPRODUZCA EL CONTENIDO DE LA NORMA DE VIGENCIA ANTERIOR, O TENGA CON ELLA SIMILITUDES O DIFERENCIAS ESENCIALES O ACCIDENTALES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVII, junio de 2008, tesis P. LII/2008, p. 15.

77 Acción de inconstitucionalidad 37/2001 y acums. (recurso de queja), *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2004, 2a. sección, con. II, pp. 44 y 45 (cursivas añadidas al texto transscrito). Sobre la “cultura constitucional” véase *supra*, nota 16.

Habría entonces de reconocerse que estas resoluciones no se limitan a tener efectos meramente anulatorios, sino también otros que imponen un mandato prohibitivo al legislador. Véase Guimarães Ribeiro, Darcy, “A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 8, julio-diciembre de 2007, pp. 224-229.

Esto plantea la difícil cuestión de cuál sería el procedimiento a seguir si el legislador incumpliera la resolución estimatoria calificada de la Suprema Corte, y reiterara la disposición que la sentencia expulsó del ordenamiento jurídico. El problema no es fácil y además hace surgir diversos planteamientos para la controversia constitucional y el juicio de amparo, como muestra de la ausencia de sistematización de nuestros procesos constitucionales; de él nos ocuparemos en las líneas siguientes.

### *B. Desacato y remedio procesal*

Para el caso de la expedición reiterativa de la disposición invalidada, en principio las partes de la acción de inconstitucionalidad tendrían a su disposición el recurso de queja,<sup>78</sup> o la posibilidad de instar una nueva acción de inconstitucionalidad.<sup>79</sup> Por si fuera poco, que el mero cambio de ubicación de una disposición no signifique un nuevo acto legislativo, hace más intrincada esta problemática.<sup>80</sup>

Pudiera pensarse que es optativa la viabilidad de ambas instancias (queja y nuevo proceso), puesto que al señalar la posibilidad de iniciarse una nueva acción de inconstitucionalidad contra la reiteración de una norma invalidada en acción de inconstitucionalidad, no se impondría que tal “deba” ser la única vía para impugnar la inobservancia de una resolución estimatoria calificada de la Suprema Corte. Sin embargo, de un análisis cuidadoso de la apuntada resolución de la acción de inconstitucionalidad 5/2004 (y su acumulada 7/2004), de que procede la jurisprudencia 27/2004, que expresa este criterio, se advierte que dicho asunto no versó

<sup>78</sup> Derivada del asunto citado en la nota inmediata anterior: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. PROCEDE EL RECURSO DE QUEJA POR EXCESO O DEFECTO EN LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DICTADA EN ESE MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL, *Semenario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIX, marzo de 2004, tesis P.J. 15/2004, p. 956.

<sup>79</sup> ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA REFORMA O ADICIÓN A UNA NORMA GENERAL AUTORIZA SU IMPUGNACIÓN A TRAVÉS DE ESTE MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL, AUN CUANDO SE REPRODUZCA ÍNTEGRAMENTE LA DISPOSICIÓN ANTERIOR, YA QUE SE TRATA DE UN NUEVO ACTO LEGISLATIVO, *idem*, 9a. época, t. XIX, mayo de 2004, tesis P.J. 27/2004, p. 1155.

<sup>80</sup> ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL CAMBIO DE LA IDENTIFICACIÓN NUMÉRICA DE UNA NORMA GENERAL NO CONSTITUYE UN NUEVO ACTO LEGISLATIVO PARA EFECTOS DE SU IMPUGNACIÓN A TRAVÉS DE AQUEL MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL, *idem*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P.J. 96/2007, p. 742.

acerca de si alternativamente procedía o no el recurso de queja por exceso o defecto en la ejecución de una sentencia de acción de inconstitucionalidad, tema a que precisamente se refiere la diversa tesis jurisprudencial 15/2004, que avala la procedencia de dicho recurso; por lo tanto, dicha tesis resulta inaplicable para el caso de incumplimiento de una ejecutoria de la Corte, dictada en acción de inconstitucionalidad.

La acción de inconstitucionalidad 5/2004 se ocupó de una causal de improcedencia que hicieron valer las partes demandadas (órgano legislativo y ejecutivo locales) proponiendo el consentimiento de la norma y la consecuente extemporaneidad de la demanda, argumentando la falta de impugnación del texto anterior a la reforma, reiterado en ésta, siendo que el legislador repitió un texto legal anterior que no había sido objeto de una invalidación constitucional. El máximo tribunal estimó que se estaba en presencia de un acto legislativo *formal y materialmente* distinto a los anteriores, por lo que podía ser impugnado a través de la acción de inconstitucionalidad como si se tratara de una norma de reciente creación. Como puede apreciarse, en esta ejecutoria no se analizó la debida ejecución de una sentencia de acción de inconstitucionalidad, sino una causal de improcedencia relativa al consentimiento de la norma.

En la acción de inconstitucionalidad 87/2008, la Suprema Corte desarrolló esta problemática ante una situación semejante a la del expediente anteriormente referido, conforme al “principio de autoridad formal de la ley o de congelación de rango”, y llegó a una solución coherente con los demás precedentes sobre el tema.<sup>81</sup>

A partir de lo sentado en este último asunto y los referidos, pueden establecerse criterios para identificar un “nuevo acto legislativo”, que consideramos aplicables a la acción de inconstitucionalidad, pero también a la controversia constitucional y al juicio de amparo: 1) toda *alteración textual* de la “fórmula solemne” legal,<sup>82</sup> cuya regularidad habría además que presumirse, implica un nuevo acto legislativo contra el que deberían iniciarse diversos procedimientos (acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional o juicio de amparo), pese a que la discrepancia parezca contingente, porque el nuevo “contenido” es mínimo, pero su-

<sup>81</sup> *Idem*, 9a. época, t. XXVIII, septiembre de 2008, con. II, pp. 505-515.

<sup>82</sup> Sobre este concepto, véase Luzzati, Claudio, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 564.

ficientemente diferente al primigenio<sup>83</sup> y existiría la necesidad de que se analicen sus inéditos alcances jurídicos —sistemáticos inclusive—;<sup>84</sup> 2) el *simple cambio* de “*identificación numérica*” no es un nuevo acto legislativo, pues se refiere a un “aspecto meramente formal” y no denota intención de dar nuevo contenido normativo a la disposición o reiterar su expedición, por ello sería inoportuna su impugnación; 3) la *reiteración idéntica*, aisladamente considerada, aunque en la práctica siempre deba tomarse en cuenta el sistema normativo al que pertenezca, es la que plantearía la dificultad que dio pie a esta reflexión. Esta última hipótesis, en el ámbito de la acción de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales cuyas resoluciones tuvieran efectos *erga omnes*, implica un desacato a la cosa juzgada de estos procesos, no un acto legislativo “simple y enteramente nuevo” sino uno contrario a un mandato judicial que ha constreñido la acción del legislador y fuertemente recriminado su actuación inconstitucional; en cambio, como la cosa juzgada de los procesos cuyos efectos son relativos (juicio de amparo y ciertas controversias constitucionales) sólo tiene vínculos con personas o entidades muy determinadas, no imponen una poderosa restricción general al legislador porque sólo tienden a impedir la aplicación contra dichos sujetos de una norma que todavía existe en el ordenamiento, y así incluso idénticamente puede reiterarse la misma disposición y tenerse su nueva expedición como un “nuevo acto” que cobra vigencia frente a quienes había favorecido la sentencia constitucional previa.<sup>85</sup>

Como conclusión de este apartado, podemos afirmar que el incumplimiento a lo resuelto en una sentencia estimatoria calificada en acción de inconstitucionalidad o controversia constitucional, que tienen por efecto expulsar del ordenamiento la disposición impugnada, consiste en la *reiteración idéntica* de ésta a través de un nuevo acto legislativo material y

<sup>83</sup> Por eso no puede afirmarse *a priori* que se trate del mismo “contenido que fue declarado inconstitucional”, cuya integración al ordenamiento prohibiera una resolución estimatoria calificada, según lo resuelto para la indicada acción de inconstitucionalidad 37/2001.

<sup>84</sup> INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXV, p. 1127. Véase, CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA. SU ESTUDIO DEBE REALIZARSE DE FORMA SISTEMÁTICA, SIN ANALIZAR AISLADAMENTE EL PRECEPTO CUESTIONADO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVIII, octubre de 2003, tesis I.1o.A.102 A, p. 920.

<sup>85</sup> *Supra*, nota 76.

formal. También, que el criterio jurisprudencial actualmente establecido por la Corte respecto a la vía procesal idónea para oponerse a este desacato, impone que tal viene a ser el *recurso de queja* por exceso o defecto en el cumplimiento de esa resolución, previsto en la fracción II del artículo 55 de la LR105, como se desprende de la referida tesis jurisprudencial 15/2004, derivada del recurso de queja 37/2001 y sus acumulados, resuelto por mayoría de ocho votos.<sup>86</sup>

### C. Otros aspectos ejecutivos

Superando la cuestión previa, continuemos con los efectos de las sentencias de acción de inconstitucionalidad. Parece evidente que éstas pueden tener ejecución, como se desprende de la parte final del artículo 105 constitucional, que establece: “En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo se aplicarán, en lo conducente, los primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de esta Constitución”.<sup>87</sup> Esto significa que el propio texto constitu-

<sup>86</sup> En contra se pronunciaron los ministros Góngora Pimentel y Gudiño Pelayo. El último formuló un interesante voto particular en el cual sostiene esencialmente que resulta improcedente el recurso de queja en la acción de inconstitucionalidad, al considerar que la expulsión a que da lugar una sentencia estimatoria calificada es de carácter absoluto y de realización instantánea, que sus efectos operan por ministerio de la propia sentencia y que no admite graduaciones o términos medios; según este juzgador constitucional, la propia naturaleza de la acción de inconstitucionalidad explica por qué la ley reglamentaria no prevé el recurso de queja para este proceso, generalmente consagrado en los ordenamientos para combatir el defectuoso o excesivo cumplimiento de una resolución o cualquier otro recurso para los casos en mención: el legislador no lo consideró necesario, porque el carácter anulatorio de la sentencia estimatoria precisamente lo hace innecesario y hasta exorbitante; un supuesto diferente es el de las controversias constitucionales, pues dadas sus características de procedencia, y la diversidad de las materias impugnables en ellas, una sentencia estimatoria de esta última clase puede tener alcances y efectos muy diversos, determinables sólo casuísticamente, y de ahí que para que el bien logrado cumplimiento de la ejecutoria, resulte no sólo conveniente y legal precisar en qué consistirán dichos efectos, sino también que en esa medida se podrá determinar lo correcto o defectuoso de su cumplimiento.

<sup>87</sup> Los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 constitucional, que regula el juicio de amparo, se refieren a la ejecución forzosa de la sentencia de este proceso. Como es ampliamente sabido, las medidas para lo anterior pueden ir desde un simple apercibimiento de la Suprema Corte y el otorgamiento de un plazo perentorio para el cumplimiento de la sentencia, hasta la separación y consignación penal de la autoridad de que se trate, sin olvidar la posibilidad del “cumplimiento sustituto” de la ejecutoria a través de una indemnización.

cional, al prever la posibilidad del incumplimiento de la sentencia que establece la invalidez de la norma, regula una garantía sancionatoria (separación de la autoridad y consignación penal). Diferente cuestión es el escepticismo que se tenga frente a tal regulación sobre el cumplimiento de ejecutorias, considerando la dificultad para llevarlo a cabo siendo en este procedimiento los responsables del mismo el Ejecutivo federal o local, o los integrantes de un órgano legislativo; pero aunque tal sea un caso extremo, se encuentra previsto por nuestro ordenamiento constitucional.

En este sentido, las sentencias dictadas en la acción de inconstitucionalidad pueden ser incumplidas por completo o cumplidas incorrectamente (defecto o exceso), no sólo cuando se trate de ciertas resoluciones atípicas que suponen un actuar del órgano legislativo para emitir una norma o hacerlo con determinados parámetros, sino también en el caso típico de las tradicionales resoluciones de invalidez de la norma impugnada. Esto acontecería, por ejemplo, cuando en el propio fallo se ordene la ejecución de acciones positivas que pueden ser omitidas, como la publicación de la sentencia de la Corte en los correspondientes medios oficiales de difusión, o su realización incompleta, y principalmente al darse la repetición (idéntica o esencial) del texto de la norma invalidada.

Ahora bien, como señalamos, la resolución estimatoria calificada que decide sobre la invalidez de una norma, produce *autoridad de cosa juzgada*, adquiere la calidad de firme e irrevocable al no existir medios de impugnación domésticos que puedan modificar el sentido del fallo —ya vimos que, prácticamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede “revisar” estas sentencias, aunque con sujeción a ciertas reglas—. De esta suerte, ante el incumplimiento del fallo, no queda abierta la posibilidad de una nueva acción de inconstitucionalidad debido a que se desconocería lo decidido previamente con calidad de cosa juzgada, si no la vía ulterior pero interna a este procedimiento judicial del recurso de queja, como señalamos en la sección inmediata anterior. No debe pasar inadvertido que los efectos en la acción de inconstitucionalidad son generales, lo cual implica que lo resuelto y decidido en cosa juzgada obliga a todos, sobre todo al órgano legislativo demandado.

Por consiguiente, tenemos por acertada la decisión del tribunal constitucional mexicano de admitir la procedencia del recurso de queja, debido a que este medio de impugnación, como señala la propia Corte, constituye un punto estructural para el cumplimiento efectivo de la sentencia invalidante con efectos generales, dictada en la acción de inconstituciona-

*lidad, necesario para conseguir el pleno respeto a la ley fundamental.* Para la importancia de la procedencia de este recurso, considérese que una resolución estimatoria calificada en acción de inconstitucionalidad puede no limitarse a invalidar una norma, sino también a proveer directrices de acción positiva al legislador que pueden satisfacerse en una medida desproporcionada, como precisamente sucedió con la ejecutoria de la referida acción de inconstitucionalidad 37/2001.

Queda claro que este tipo de resolución vincula al propio órgano legislativo que expidió la norma invalidada, no sólo porque los efectos son generales y no relativos, sino incluso por haber tenido la calidad de “parte” en el procedimiento seguido ante la Suprema Corte, y podido defender la validez de su acto y formular los alegatos correspondientes (artículos 64 y 67 de la LR105). Los efectos vinculantes al órgano legislativo constituyen un criterio enfático de la resolución de la Corte, que en la parte medular señala:

Cuando este alto tribunal dicta una sentencia invalidante en la acción de inconstitucionalidad, y declara la expulsión del sistema jurídico de un supuesto normativo, está dictando una *sentencia definitiva que interpreta a la Constitución* federal y que debe ser respetada por el Poder Legislativo.<sup>88</sup>

Para el caso de que la reiteración de una disposición invalidada en acción de inconstitucionalidad afecte a un particular por su sola vigencia, por no haber sido parte en la acción de inconstitucionalidad, dicho sujeto debería acudir al *juicio de amparo* dirigiendo su demanda contra el acto legislativo material y formalmente reiterativo, siempre considerando los requisitos de procedencia de esta vía.

También sería factible que una autoridad administrativa o judicial hiciera caso omiso —culposa o dolosamente— de la ejecutoria de la Suprema Corte, y aplicara en perjuicio de un particular la norma invalidada por dicha resolución. En nuestra opinión, bajo tal hipótesis se daría una *violación directa a la Constitución*, tanto por la sola inobservancia de la sentencia del máximo tribunal que tiene fundamento constitucional, como por caerse en el ilícito delineado por las razones de dicha ejecutoria; y no sólo una cuestión de mera legalidad por la simple aplicación de una norma “derogada” (lo que también podría ser directamente inconstitucional, pero el

<sup>88</sup> Acción de inconstitucionalidad 37/2001 y acums. (recurso de queja), *cit.*, nota 77, con. II, p. 44 (cursivas añadidas).

tema es discutible e irrelevante ahora).<sup>89</sup> Esta última situación haría inmediatamente procedente el juicio de amparo y eliminaría la necesidad de agotar recursos ordinarios, aunque siempre considerándose también otros aspectos de procedencia; esto incluso tratándose de resoluciones jurisdiccionales, aunque en ello deberá obrarse con *extrema precaución* debido a que los juzgadores de primera instancia de amparo suelen rechazar este tipo de demandas, conforme a la tradición de que “siempre” opera el principio de definitividad cuando se reclaman actos procesales.<sup>90</sup>

## 2. *Resoluciones estimatorias no calificadas*

A pesar de que una mayoría de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (seis o siete) establezca la inconstitucionalidad de la norma impugnada, por no contar con la votación que exige la Constitución (ocho o más), estas resoluciones<sup>91</sup> estimatorias que carecen de tal votación calificada no la invalidarán, así que la acción respectiva deberá desestimarse y archivarse el asunto como señala el artículo 72 de la LR105.<sup>92</sup> Por lo dispuesto, en igual sentido que este precepto, por el segundo párrafo del artículo 42 del mismo ordenamiento, lo expuesto en esta sección aplica a la controversia constitucional, salvo por la posibilidad de que diferentes actores puedan promover varias de estas instancias en diversos momentos.

<sup>89</sup> *Supra*, nota 77.

<sup>90</sup> Véanse, RECURSOS ORDINARIOS. NO ES NECESARIO AGOTARLOS CUANDO ÚNICAMENTE SE ADUCEN VIOLACIONES DIRECTAS A LA CONSTITUCIÓN, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. VI, tesis 371, p. 317; AMPARO CONTRA LEYES CON MOTIVO DE SU PRIMER ACTO DE APLICACIÓN DENTRO DEL PROCEDIMIENTO. PROCEDE EN LA VÍA INDIRECTA SIEMPRE Y CUANDO CAUSE UN PERJUICIO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P.J. 78/2007, p. 5; DEFINITIVIDAD. LAS EXCEPCIONES A ESTE PRINCIPIO SON DE APLICACIÓN ESTRICTA, *idem*, 9a. época, t. XXIII, marzo de 2006, tesis VI.2o.C. J/260, p. 1816; y DEFINITIVIDAD. ESTE PRINCIPIO DEL JUICIO DE AMPARO DEBE CUMPLIRSE AUN ANTE LA RECLAMACIÓN DE ACTOS QUE REVISTAN UNA EJECUCIÓN IRREPARABLE, *idem*, 9a. época, t. XXVI, agosto de 2007, tesis I.3o.C. J/39, p. 1214.

<sup>91</sup> Como veremos, en realidad éstas no constituyen propiamente una “resolución” porque, como tal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en realidad *nada decide*, y tampoco consiste en una “sentencia” en sentido material; pero démosles tal nombre a fin de no hacer más compleja la situación de las sentencias constitucionales.

<sup>92</sup> *Supra*, nota 47.

La “desestimación” que sigue a estas resoluciones no es propiamente tal, entendida como una declaración jurisdiccional de que los conceptos de invalidez son infundados y que confirme la validez de la norma; en realidad se trata de una *improcedencia* de la acción, al existir un impedimento procesal insubsanable, en cuanto al específico acto legal de que se trate —o sea la disposición precisamente impugnada y los relacionados íntimamente con él, y no de otros que admitan un estudio independiente—, que da lugar al sobreseimiento de la acción procesal ejercida. Las figuras de la improcedencia y el sobreseimiento son muy conocidas en el juicio de amparo, cuya elaboración doctrinal y jurisprudencial nos ayudará a explicar lo anterior, pues tanto él como la acción de inconstitucionalidad pertenecen a un mismo sistema de derecho procesal constitucional (este ejercicio es realizado ocasionalmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al apoyarse en precedentes establecidos en un proceso de esta índole para resolver otro).<sup>93</sup>

La “improcedencia” de la acción procesal<sup>94</sup> consiste en la inviabilidad de que se ejerza el derecho de instar a los tribunales o siga tramitándose

<sup>93</sup> Así como la teoría general del proceso halló rasgos y elementos comunes a las diversas jurisdicciones especializadas, el derecho procesal constitucional trata de sistematizar categorías y elementos básicos a los diversos procesos que tienen por objeto reparar las violaciones a la ley fundamental, partiendo de la idea de que la constitucional es *una sola jurisdicción especializada* (por su común denominador en la Constitución), aunque sea ejercida por diversos órganos, vías procesales y modalidades. Como consecuencia, incluso en México algunos han visto la formación de un “sistema procesal constitucional mexicano”—al menos incipiente—, que se asienta sobre bases comunes a los procesos que lo integran (principalmente: juicio de amparo, controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad), siendo la primera de ellas que todos tienden a la reparación judicial de violaciones constitucionales. *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2002, pp. 45-47; García Belaunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 15 y 16; Castro, Juventino V., “Las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad”, Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 2, t. I, pp. 949 y ss.; Astudillo, César, “El sistema mexicano de justicia constitucional. Notas para su definición, a 10 años de la reforma constitucional de 1994”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 31 y 32, y Sánchez Gil, Rubén, “La disyuntiva en la defensa constitucional de las entidades públicas: ¿controversia constitucional o juicio de amparo?”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LVII, núm. 248, julio-diciembre de 2007, pp. 307-309.

<sup>94</sup> Esta figura no sólo puede realizarse en el derecho público —en el que ciertamente es más frecuente, por la complejidad de sus procesos— sino también en el privado. Véase ACCIÓN. SU IMPROCEDENCIA Y LA NO JUSTIFICACIÓN DE SUS ELEMENTOS, SON CON-

la instancia previamente realizada, debido a la *inexistencia de uno de sus elementos o la imposibilidad jurídica de que se realice el fin que está llamado a cumplir* —desde cobrar un pagaré hasta invalidar generalmente una ley—;<sup>95</sup> y su actualización da lugar a sobreseer el proceso.<sup>96</sup>

Según lo ha definido la jurisprudencia de amparo, el sobreseimiento a que da lugar una causal de improcedencia —entre otras hipótesis—, tiene el efecto de que no se estudie el fondo del asunto (conceptos de invalidez o argumentos contra el acto impugnado), ni haya pronunciamiento jurisdiccional que decida si éste es conforme a la Constitución o no, manteniéndose las cosas como estaban antes de la presentación de la demanda.<sup>97</sup> Por lo tanto, al no dar solución a la litis, la resolución (auto) de sobreseimiento generalmente no tiene carácter de cosa juzgada sobre la validez del acto, a menos que se hubiera establecido su “inatacabilidad”, porque se atendieron “razones o circunstancias que ha[cen] inejercitable la acción... de modo absoluto..., pues estas situaciones no pueden ser desconocidas en un nuevo juicio [constitucional]”.<sup>98</sup>

Con las resoluciones estimatorias no calificadas sucede que la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte hallaron irregular la disposición impugnada, pero *el número de ministros que votaron en este sentido no*

CEPTOS DIVERSOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XX, octubre de 2004, tesis VI.2o.C. J/245, p. 1921.

<sup>95</sup> Cfr. León Orantes, Romeo, *El juicio de amparo (Ensayo doctrinal)*, México, Superación, 1941, p. 70, y Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 33a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 445-447.

Los elementos del derecho de acción son: sujetos, causa y objeto (fin); por ejemplo: si el actor no estuviera legitimado para iniciar el proceso, faltaría un elemento esencial de la acción respectiva (sujeto activo) y ésta sería improcedente, debiéndose en consecuencia sobreseer el proceso. Lo mismo acontecería si la finalidad de la acción ejercida no pudiera material o jurídicamente lograrse porque también la actividad procesal sería innecesaria, y asimismo improcedente y sobreseído el proceso. Cfr. Burgoa, *op. cit.*, nota 95, pp. 317-324; y Chiovenda, José, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. E. Gómez Orbaneja, México, Cárdenas, 1989, t. I, p. 36.

<sup>96</sup> Artículos 59 y 20, fracciones II y III de la LR105.

<sup>97</sup> SOBRESEIMIENTO, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 502, p. 332, y SOBRESEIMIENTO. NO PERMITE ENTRAR AL ESTUDIO DE LAS CUESTIONES DE FONDO, *idem*, t. VI, tesis 509, p. 335.

<sup>98</sup> SOBRESEIMIENTO. NO TIENE EL ALCANCE DE SENTENCIA EJECUTORIA, *Informe de 1964*, p. 181, y COSA JUZGADA. IMPROCEDENCIA DE AMPARO (FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO) CONTRA ACTOS OBJETO DE JUICIO SOBRESEÍDO QUE NO PUEDEN RECLAMARSE DE NUEVO, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. VI, tesis 132, p. 108.

*es bastante para que la acción de inconstitucionalidad cumpla su objeto:* invalidar con efectos generales la norma impugnada. Al ser jurídicamente imposible a este proceso cumplir su fin, no podría darse su tramitación ulterior, porque ello carecería de utilidad práctica, o sea *no procederá dictar una resolución jurisdiccional con efectos invalidantes y menos expresar en la sentencia, como opinión de la Corte, la de la mayoría no calificada*, pues sobre todo, esto último no tendría razón de ser atentas las razones que expondremos seguidamente.

Como se aprecia, la insuficiente votación de los ministros de la Corte, que lleva a la “desestimación” práctica de la acción de inconstitucionalidad, es *ipso facto* una *resolución de improcedencia*, equivalente a la que puede suscitarse en el juicio de amparo y que al igual que en éste, da lugar al sobreseimiento, aunque sólo en lo que se refiera a la específica norma, respecto de la cual no hubo mayoría calificada en la decisión sobre su inconstitucionalidad, y no respecto de toda la acción integralmente considerada; en otros términos, y considerando la hipótesis más frecuente: el concepto de invalidez deviene *inoperante*, figura afín a la improcedencia.<sup>99</sup>

<sup>99</sup> En realidad el tema posee múltiples matices porque en la práctica, tanto en la acción de inconstitucionalidad como en la controversia constitucional —y a veces el juicio de amparo—, son impugnadas diversas (quizá muchas) disposiciones y contra cada una pueden dirigirse varios conceptos de invalidez. Cuando referimos la improcedencia de la acción en estos casos y el sobreseimiento consecuente a ella, nos situamos en la hipótesis teórica y meramente didáctica de que el único o todos los argumentos contra cada disposición impugnada han sido objeto de una “resolución” estimatoria no calificada, y la Corte no advirtió algún otro en suplencia de la demanda respectiva. Lo usual es que de los múltiples conceptos de invalidez expresados en la acción de inconstitucionalidad contra una misma o diferentes disposiciones impugnadas, algunos se estimen con votación calificada o se desestimen, y otros sean objeto de una resolución estimatoria no calificada; mientras en los primeros casos se cumpliría el objeto de la acción de inconstitucionalidad, y se resolvería jurisdiccionalmente sobre la materia de los argumentos respectivos, en el último, el concepto de invalidez sería “inoperante” —por ineficaz, inepto o intrascendente—, calidad similar a la improcedencia, por lo que en términos coloquiales equivaldría a la “improcedencia del argumento”. Por economía, en el proyecto o sentencia respectivos no cabría una resolución jurisdiccional sobre ellos, y sólo se indicaría la obviedad de la votación estimatoria no calificada, o en su caso, aparente y textualmente se analizaría sólo el argumento exitoso dirigido contra la norma impugnada, y que bastaría para declarar su invalidez. Finalmente, corroborando en alguna medida lo anterior, la Suprema Corte admite que los conceptos de invalidez en controversia constitucional pueden ser declarados “inoperantes”. Véanse ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ESTUDIO INNECESARIO DE CONCEPTOS DE INVALIDEZ, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIX, junio de 2004, tesis P./J. 37/2004, p. 863; CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INO-

Esta “desestimación” o “declaración de improcedencia” tiene la consecuencia de que no exista un pronunciamiento de la Corte como tal, sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada, o sea con efectos de “decir el derecho constitucional” sobre el problema planteado, simplemente porque *dicho tribunal no está decidiendo la cuestión sometida a su análisis*. Como todo órgano del Estado mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo puede hacer lo que la ley (constitucional y ordinaria) le permite, y sus decisiones únicamente serán válidas con el quórum de votación indicado por las normas que le disciernen sus facultades;<sup>100</sup> de no cumplir con él y por venerable que sea, la opinión de sus integrantes no será una decisión jurídica de un órgano de poder estatal ni representará un acto de la voluntad de éste; los ministros “personifican” a la Corte sólo cuando actúan dentro de las atribuciones que les otorga la ley.<sup>101</sup> Lo anterior explica por qué la motivación de las resoluciones estimatorias no calificadas en acción de inconstitucionalidad no se incluyen en el cuerpo de la sentencia respectiva, sino acaso en un excepcional y paradójico “voto particular de mayoría”, ni de ella derive un precedente

PERANTES. LO SON EN AMPARO DIRECTO SI PLANTEAN LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL RESPECTO DE LA CUAL, SI SE TRATARA DE JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, SE ACTUALIZARÍA ALGUNA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 141, p. 177; INOPERANCIA. EL USO DE ESTE CONCEPTO, ACOMPAÑADO DE LAS RAZONES QUE PERMITEN ARRIBAR A ÉL SATISFACEN LOS REQUISITOS DE MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN EXIGIDOS POR LA LEY DE AMPARO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, octubre de 2008, tesis IV.2o.C.51 K, p. 2373; Serrano Robles, Arturo, “El juicio de amparo en general y las particularidades del amparo administrativo”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del juicio de amparo*, 2a. ed., México, Themis, 1996, pp. 144 y 145; y Controversia constitucional 6/2007, *Diario Oficial de la Federación*, México, 1o. de agosto de 2008, con. VI, p. 48.

<sup>100</sup> Artículos 7o. y 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

<sup>101</sup> Es factible, aunque excepcional, como en la facultad de investigación prevista en el artículo 97 constitucional, que un solo ministro u otros servidores públicos actúen en nombre de la Suprema Corte, mas por supuesto sólo cuando la ley lo permita. Véanse Cossío Díaz, José Ramón, *Las atribuciones no jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa-UNAM, 1992, pp. 20-24; y COMISIÓN INVESTIGADORA DESIGNADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. EL AMPARO PROMOVIDO CONTRA EL ACUERDO SUSCRITO POR UNO DE SUS INTEGRANTES POR EL QUE REQUIERE LA PRESENCIA DEL QUEJOSO PARA QUE DECLARE EN TORNO A LA INVESTIGACIÓN ENCOMENDADA, ES MANIFIESTA E INDUDABLEMENTE IMPROCEDENTE, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, agosto de 2007, tesis I.7o.P.8 K, p. 1600.

sistematizado;<sup>102</sup> y este acotamiento de la Suprema Corte, guarda por lo menos similitud con la práctica de “evadir cuestiones constitucionales (*to avoid constitutional issues*)” que mantiene la jurisprudencia norteamericana como elemento esencial de su doctrina de “autorrestricción judicial (*judicial self-restraint*)”.<sup>103</sup>

Aunque sin detenerse a considerar todo lo anterior, la propia Suprema Corte ha interpretado el fenómeno de la resolución estimatoria no calificada de la siguiente manera:

Si existiendo mayoría, pero menos de ocho votos en el sentido de que la norma es inconstitucional, sólo se dará la declaración plenaria de la insubstancia de la acción *sin ningún respaldo de tesis jurídica* ni en cuanto a la constitucionalidad a la que implícitamente se llega, al respetarse la validez de la norma impugnada por aplicación de una regla técnica que salvaguarda la presunción respectiva en cuanto a que el órgano legislativo se ajustó a la Constitución. El que a ello se haya llegado por falta de la votación calificada se refleja en la ausencia de argumentos jurídicos de la Suprema Corte que respalden y fortalezcan lo establecido por la legislatura. De acuerdo con el sistema judicial, resulta también lógico que en el supuesto de declaración de desestimación de la acción de inconstitucionalidad, si bien *no existirá pronunciamiento sobre el tema relativo de la Suprema Corte*, sí podrán redactarse votos de los ministros de la mayoría no calificada y de los de minoría que den los argumentos que respaldaron su opinión.<sup>104</sup>

Sentado lo anterior, en primer término, podemos concluir que una resolución estimatoria no calificada de ninguna manera implica una decisión jurisdiccional sobre la inconstitucionalidad de la norma a que se refiera: ésta sigue siendo tan válida como lo hubiera sido de no presentarse la demanda de acción de inconstitucionalidad, porque nunca ha

<sup>102</sup> ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EN EL CASO DE UNA RESOLUCIÓN MAYORITARIA EN EL SENTIDO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPUGNADA, QUE NO SEA APROBADA POR LA MAYORÍA CALIFICADA DE CUANDO MENOS OCHO VOTOS EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN II, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, LA DECLARATORIA DE QUE SE DESESTIMA LA ACCIÓN Y SE ORDENA EL ARCHIVO DEL ASUNTO DEBE HACERSE EN UN PUNTO RESOLUTIVO, *idem*, 9a. época, t. XV, febrero de 2002, tesis P./J. 15/2002, p. 419.

<sup>103</sup> Véase, Rotunda, Ronald D. y Nowak, John E., *Treatise on constitutional law. Substance and procedure*, 3a. ed., St. Paul, Minn., West, 1999, vol. 5, pp. 245-247.

<sup>104</sup> Acción de inconstitucionalidad 10/2000, *cit.*, nota 56, p. 119 (cursivas añadidas).

pasado el tamiz de una resolución judicial de fondo. Como en tales circunstancias no hubo pronunciamiento del máximo tribunal que confirma su validez,<sup>105</sup> tampoco existe una decisión jurisdiccional que afirme la legitimidad de su pertenencia al sistema jurídico; caso distinto constituye la resolución desestimatoria, en el que sí existe decisión jurisdiccional propiamente dicha en los términos ya precisados, en la que el órgano estatal competente para ello, actuando en las circunstancias jurídicas que le permiten ejercer plenamente sus atribuciones, sostiene su validez y determina mantenerla en el ordenamiento aunque con ciertas particularidades que trataremos adelante.

La siguiente cuestión a dilucidar es si esta resolución estimatoria no calificada tiene efectos de cosa juzgada. Como vimos, esta categoría implica que la Corte como tal, no decidió si la norma impugnada es válida o no, sino al “desestimar” la acción por no contar la opinión de sus ministros con los votos necesarios para tener efectos de pronunciamiento jurisdiccional; técnicamente y en sentido material determina la improcedencia y sobreseimiento de la litis planteada alrededor de la disposición impugnada, implicados en la “inoperancia” del argumento respectivo, aunque se les dé otra denominación.<sup>106</sup> El “sobreseimiento” que produce una resolución estimatoria no calificada no significa que sus efectos —mantener la vigencia de la disposición de que se trate— carezcan de fuerza de cosa juzgada; al igual que otro tipo de resoluciones en la acción de inconstitucionalidad, las que ahora nos ocupan son *irrevocables* y nunca más podrá analizarse, en acción de inconstitucionalidad, la validez del acto sobre el que versaron, en los términos ya señalados con anterioridad: las partes legitimadas activamente en ella —aparte de lo relativo a

<sup>105</sup> A nuestro parecer, cuando la Suprema Corte habla de una “constitucionalidad a la que implícitamente se llega”, no indica haber resuelto de alguna manera que los conceptos de invalidez son infundados, sino más bien quiere decir que *en términos prácticos* se desestima la acción y se sostiene (mientras tanto) la regularidad de la norma impugnada; ello no sólo porque no reparó en los aspectos técnicos tan sutiles que hemos señalado, sino porque a ello apunta su indicada “ausencia de argumentos jurídicos... que respalden y fortalezcan lo establecido por la legislatura”, que no tendría sentido en una consideración diferente a la que ofrecemos.

<sup>106</sup> Como ya indicamos, el supuesto habitual es que se desestime el concepto de invalidez relativo a una muy precisa disposición impugnada, de manera que una resolución estimatoria no calificada produce la “inoperancia” de ese argumento, y nunca en la práctica —aunque teóricamente sea posible— el sobreseimiento general del proceso. Véase *supra*, nota 99.

preclusión del plazo respectivo— no podrán iniciar este procedimiento contra la misma norma formalmente entendida.<sup>107</sup> A la Suprema Corte ya se le planteó la materia por esta vía procesal y no pudo determinar con el consenso requerido la constitucionalidad de la norma impugnada, y en estas condiciones sería contrario a la seguridad jurídica que impulsa la figura de la cosa juzgada, someterle una y otra vez una misma cuestión.

En términos más sencillos: aunque no hubiera fenecido el plazo de treinta días hábiles contados desde la publicación de la norma de que se trate —algo ya muy improbable—, para promover una nueva acción de constitucionalidad contra una *misma norma formal y materialmente entendida*, que fue objeto de similar proceso concluido por una resolución estimatoria no calificada, de ninguna manera podría iniciarse una nueva acción de constitucionalidad contra ella, porque se daría una causal de improcedencia basada en la fuerza de cosa juzgada que adquirió la primera ejecutoria (artículos 19, fracción VI, 59 y 60 de la LR105). Aunque lo anterior no impediría que se reclame la norma en otra vía procesal (controversia constitucional o juicio de amparo), por partes ajenas a la acción de constitucionalidad resuelta, sobre todo con motivo de un primer acto de aplicación, dado que la ejecutoria dictada no tendría efecto de cosa juzgada para ellas.

### *3. Resoluciones desestimatorias (no) calificadas*

Al ser irrevocables y contener un pronunciamiento judicial de fondo, las resoluciones desestimatorias (sean por mayoría simple o calificadas), asimismo, producen normalmente *efectos de cosa juzgada*, conforme a los artículos 19, fracción IV, y 59 de la LR105 y los artículos 356 y 357 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Sin embargo, hay que tener en cuenta ciertos aspectos que matizan la aplicación de esta figura y la hacen muy diferente —de una calidad casi meramente conceptual, sin repercusión práctica— a la que tiene en otros procesos.

Sería jurídicamente imposible que se dé una nueva confrontación entre las mismas partes —no necesariamente los mismos legisladores, pero

<sup>107</sup> Puesto que si por alguna razón dicha regulación vuelve a expedirse en diferente contexto normativo, procedería la acción de constitucionalidad y, de acuerdo con las circunstancias que entonces priven (nueva composición de la Corte, cambios de criterios jurisprudenciales, etcétera), sería factible que se alcance la mayoría calificada necesaria para invalidarla. *Cfr. supra*, nota 79.

sí una minoría legislativa—,<sup>108</sup> en que se haga valer la eficacia directa de esta cosa juzgada, no sólo por la causal de improcedencia relacionada con la figura de la cosa juzgada (artículo 19, fracción IV, de la LR105), sino porque también cuando se dictare sentencia en el primer asunto ya habría transcurrido, con notorio exceso, el plazo para iniciar el segundo, y así no se podría tramitar la demanda respectiva ni habrá necesidad de hacer valer aquella improcedencia.<sup>109</sup> La misma resolución desestimatoria tampoco podría desplegar eficacia “refleja” ya que aparte de la acción de inconstitucionalidad improcedente en estos casos, *no existe vía procesal en que las mismas partes pudieran enfrentarse nuevamente* en razón de las mismas normas (salvo muy excepcionalmente),<sup>110</sup> a diferencia por ejemplo de lo que sucede en litigios mercantiles y civiles que originan diversos procesos interrelacionados de los que conocen tantos jueces y tribunales, en los cuales sí es relevante esta eficacia refleja.

Sin embargo, ya que *no habría identidad de partes*, una resolución desestimatoria nunca podría valer como cosa juzgada para una controversia constitucional, juicio de amparo o proceso ordinario. En todas estas instancias generalmente postulan sujetos diferentes (un órgano de poder de otro ámbito material y constitucional, o un particular) a las partes de una acción de inconstitucionalidad, a quienes una sentencia que declare infundados los conceptos de invalidez analizados en este proceso, no deberá parar perjuicio en

<sup>108</sup> Brage Camazano (*op. cit.*, nota 2, p. 232, n. 492) considera que la “cosa juzgada”, en acción de inconstitucionalidad, se da cuando hay identidad de objeto y causa (la misma norma y los mismos conceptos de invalidez); pero alude a las resoluciones de la acción de inconstitucionalidad de manera general, sin reparar en sus particularidades; además, del contexto de su afirmación se desprende que más bien se refiere a las resoluciones estimatorias calificadas. Por lo anterior, seguimos la clásica formulación de los elementos de la cosa juzgada como identidad de partes, objeto y causa.

<sup>109</sup> Artículos 19, fracción VII, y 60 de la LR105. La oportunidad de la demanda es un tema de estudio preferente, no por así indicarlo la práctica de la Suprema Corte, sino con base en el principio de *economía procesal* fundado en el artículo 17 constitucional, dado que su inmediata objetividad permite una resolución más eficiente sobre la procedencia de la acción —también así sucede en el juicio de garantías—; véase Coello Cetina, Rafael, *El amparo contra leyes tributarias autoaplicativas*, México, Porrúa, 2003, p. 37.

<sup>110</sup> Si acaso, piénsese en la remota y excepcional posibilidad de que el procurador general de la República (o el Ministerio Público Federal) o algún partido político, sean partes de un juicio de amparo relativo a la aplicación de la norma previamente impugnada mediante la acción de inconstitucionalidad, en el que se impugnara la constitucionalidad de la misma, y en todo caso habría de establecer si no existen personas que no fueron partes en la acción de inconstitucionalidad.

su esfera jurídica —sobre todo considerando la garantía de audiencia y debido proceso, previstas en el artículo 14 constitucional—: la ley suprema sólo habla de efectos generales para la resolución estimatoria calificada.<sup>111</sup>

## VIII. EFECTOS DE PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

### 1. *El precedente judicial en México*

Como ya señalamos, el uso de precedentes busca primordialmente satisfacer el *principio de igualdad en la aplicación de la ley*: a casos iguales o análogos debe darse la misma solución jurídica, y con ello también se cumpliría el fin “burocrático” de mantener la estabilidad de la actividad de los juzgadores y la sistematización del orden jurídico; por lo tanto, la aplicación a un nuevo caso particular del principio abstracto de resolución que contenga una resolución judicial, está condicionado a que existan elementos similares que justifiquen seguirlo.<sup>112</sup> En términos generales, el precedente judicial goza de una *presunción de corrección* como acto aplicativo del derecho, y quien pretenda apartarse de su criterio tiene la carga argumentativa de aportar buenas razones para ello.<sup>113</sup>

Existen reglas generales de prevalencia entre los precedentes (sobre todo el relativo a la jerarquía de los tribunales), que no trataremos por ser irrelevantes para nuestro actual estudio; pero sin perjuicio de ellas, téngase presente que en México distinguimos entre la “jurisprudencia” y la “tesis aislada”, teniendo sólo la primera carácter obligatorio y las últimas uno “meramente” persuasivo. Aun sin aplicar otro punto de vista que esta última clasificación, es preciso decir que *en México todos los precedentes*

<sup>111</sup> Incluso, expresamente en disposiciones legales, esta situación se reconoce en España e Italia. Véanse Balaguer Callejón *et al.*, *loc cit.*, nota 14, y Celotto, Alfonso, *La Corte Constitucional en Italia*, México, Porrúa-IMDPC, 2005, p. 89.

<sup>112</sup> JURISPRUDENCIA. SU TRANSCRIPCIÓN POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN SUS RESOLUCIONES, PUEDE SER APTA PARA FUNDARLAS Y MOTIVARLAS, A CONDICIÓN DE QUE SE DEMUESTRE SU APLICACIÓN AL CASO, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, tesis 44, p. 58; JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, APLICACIÓN DE LA, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 16, cuarta parte, p. 19; y *supra*, nota 72.

<sup>113</sup> Véase Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 337 y 338.

*dentes son (en alguna medida) vinculantes* si resultan aplicables al caso particular. Por constituir el precedente una “respuesta jurídica presuntamente correcta”, los tribunales deben seguir las “tesis aisladas”—si en el juego argumentativo no entran otros precedentes en contrario—, en tanto carezcan de razón suficiente para apartarse de ellos;<sup>114</sup> la diferencia entre éstos y la “jurisprudencia” es que la última tiene que ser seguida por los órganos jurisdiccionales, por su carácter legalmente obligatorio, a pesar que tengan razones —incluso muy buenas— para apartarse de ellos.<sup>115</sup>

Por otro lado, para aplicar un precedente (jurisprudencial o aislado) no se requiere que esté formulado en una tesis sistematizada (rubro, texto, número, etcétera) o publicado en el *Semanario Judicial de la Federación* (u otros órganos de difusión conexos): la ley no dice que serán jurisprudencia o precedente aislado las “tesis” publicadas sino las *resoluciones*, y sin importar que se hayan difundido o no; aunque desde luego es mucho más difícil hallar un criterio judicial que carezca de configuración sistematizada o amplia divulgación.<sup>116</sup> La incorrecta identificación plena entre “precedente judicial” y “tesis (jurisprudenciales o aisladas)” es lamentablemente tenida por práctica “ortodoxa” en nuestro medio, debido a que los operadores jurídicos (litigantes, jueces y autoridades) habitualmente aplican sólo las “tesis” y “jurisprudencias” sistematizadas que plasman únicamente el criterio jurídico y no los hechos derivados del asunto, olvidando las ejecutorias que atendiendo a los casos particulares realmente crean los precedentes y determinan su debida y precisa aplicación.

<sup>114</sup> Aunque la carga de argumentación que recae sobre quien pretende soslayarlos, sea una débil garantía para la eficacia del precedente —y debilísima en la práctica—, que aquél deba “sólo expresar las razones por las que considera que no debe confirmarse tal criterio”, al menos impone un obstáculo a la absoluta arbitrariedad judicial. Véanse JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. SU INOBSERVANCIA POR LAS AUTORIDADES QUE TIENEN OBLIGACIÓN DE ACATARLA CONFORME AL ARTÍCULO 193 DE LA LEY DE AMPARO, NO CONDUCE NECESARIAMENTE AL OTORGAMIENTO DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL SOLICITADA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XII, octubre de 2000, tesis XIV.2o.38 K, p. 1305, y JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXIII, p. 652.

<sup>115</sup> Artículos 94, párr. séptimo, constitucional; 192 y 193 de la Ley de Amparo, y 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

<sup>116</sup> Véase JURISPRUDENCIA. FORMA EN QUE DEBEN PROCEDER LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LA SUSTENTADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ANTE LA FALTA DE TESIS FORMALMENTE PUBLICADA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, octubre de 2002, tesis 2a./J. 107/2002, p. 292.

## 2. Acción de inconstitucionalidad y vigor jurisprudencial

Recordando panorámicamente lo expuesto en secciones previas, será más fácil tratar los efectos de los criterios sentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las diferentes resoluciones que emite en la acción de inconstitucionalidad: 1) las resoluciones estimatorias calificadas tienen efectos generales de cosa juzgada e implican un pronunciamiento jurisdiccional sobre la *inconstitucionalidad abstracta* de la norma impugnada, es decir, no en un determinado contexto de aplicación, concreto y específico por definición; 2) las resoluciones estimatorias no calificadas —a las cuales sería más preciso llamar “opiniones” porque con ellas la Corte como tal nada resuelve—, aunque son cosa juzgada porque hacen inatacable la cuestión por la misma vía procesal, no tienen consecuencias jurídicas ni implican pronunciamiento jurisdiccional sobre el derecho constitucional aplicable al caso, y 3) las desestimatorias, calificadas o no, también tienen efectos de cosa juzgada, mas únicamente para las partes que intervinieron en el proceso y no para otras cuya situación jurídica no afectarán, e igualmente implican un pronunciamiento jurisdiccional que confirma la *validez abstracta* de la norma analizada. Establecido lo anterior, abordemos el caso de los precedentes establecidos en las acciones de inconstitucionalidad.

En primer lugar, se requiere tener en cuenta que los artículos 73 y 43 de la LR105 establecen que las “razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias” de estos procesos,<sup>117</sup> serán obligatorias para todos los tribunales del país cuando hayan sido aprobadas por ocho o más de los integrantes de la Suprema Corte.<sup>118</sup> Lo anterior también tiene efecto incluso cuando no existiera un criterio sistematizado, por todo lo dicho anteriormente y porque esos textos legales no hablan de “tesis” sino de las “razones” de los “considerandos” de las sentencias.<sup>119</sup>

<sup>117</sup> El carácter jurisprudencial de los criterios que sienta el Pleno de la Suprema Corte en los recursos de reclamación y de queja en controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad, los corroboró el mismo órgano en el Acuerdo 4/1996 (*idem*, 9a. época, t. IV, septiembre de 1996, p. 773).

<sup>118</sup> Véase también el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

<sup>119</sup> JURISPRUDENCIA. TIENEN ESE CARÁCTER LAS RAZONES CONTENIDAS EN LOS CONSIDERANDOS QUE FUNDEN LOS RESOLUTIVOS DE LAS SENTENCIAS EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, POR LO QUE SON OBLIGATORIAS PARA LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN TÉRMINOS DEL

Aspecto sumamente importante de la eficacia como precedente (vinculante o meramente persuasivo) del criterio sentado en este proceso por la Suprema Corte, es que efectivamente resulte aplicable a casos futuros, según éstos compartan los *elementos esenciales* de aquel en el cual fue formulado por este tribunal. Como señalamos, la aplicabilidad de un precedente depende de que el nuevo caso sea *suficientemente análogo* al asunto del que aquél proviene.<sup>120</sup> Como en la acción de inconstitucionalidad se estudia de manera *abstracta* la validez de una norma, la aplicación del precedente sentado en ella a situaciones *concretas* —como será en cualquier otro proceso (controversia constitucional, amparo y juicios ordinarios)— podría ser incorrecta, si el nuevo caso se distinguiera lo suficiente para escapar de la regla jurisprudencial.<sup>121</sup> Sin embargo, hay que considerar que esta distinción tiene que abarcar categorías generales, y no provenir de la situación estrictamente personal y contingente de las partes del litigio;<sup>122</sup> porque impone diversas perspectivas en el enfoque de casos sobre control de normas generales, lo anterior dificulta mucho alejarse del criterio establecido por la Corte en acción de inconstitucionalidad, aunque no consideramos de antemano que sea imposible.

De acuerdo con lo anterior, es fácil concluir que los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en *resoluciones estimadoras y desestimatorias calificadas* son “jurisprudencia vinculante”

ACUERDO GENERAL 5/2001 DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIX, marzo de 2004, tesis 1a./J. 2/2004, p. 130; y ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SI EN ELLA SE DECLARA LA INVALIDEZ DE NORMAS GENERALES, LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN APLICAR ESE CRITERIO, AUN CUANDO NO SE HAYA PUBLICADO TESIS DE JURISPRUDENCIA, *idem*, 9a. época, t. XXIV, septiembre de 2006, tesis 2a./J. 116/2006, p. 213. Sobre la verificación de la existencia de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, véase el título quinto del Acuerdo 5/2003 del Pleno del máximo Tribunal (*Diario Oficial de la Federación*, 8 de abril de 2003).

<sup>120</sup> *Supra*, nota 111.

<sup>121</sup> “Más aún, como se ha podido señalar en relación con la máxima *in claris non fit interpretatio*, un texto que sobre el papel y a la luz de la experiencia parecía claro, puede oscurecerse ante el surgimiento de un caso nuevo”, Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 13, p. 139. Por ejemplo, en tal situación se encontrarían casos concretos que en un proceso posterior de controversia constitucional, amparo o electoral, podrían dar lugar a la llamada “declaración de invalidez parcial sin reducción textual”; véase *infra*, sección IX.3.B.

<sup>122</sup> LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD DEPENDE DE CIRCUNSTANCIAS GENERALES Y NO DE LA SITUACIÓN PARTICULAR DEL SUJETO AL QUE SE LE APLICAN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, octubre de 2007, tesis 2a./J. 182/2007, p. 246.

para los demás tribunales mexicanos, y éstos tienen el deber de aplicar el mismo principio de decisión cuando el caso que tengan bajo su decisión sea esencialmente similar al resuelto por aquélla, pese a opinar contrariamente a él. Como también las resoluciones *desestimatorias no calificadas* son pronunciamientos jurisdiccionales de la Corte, también constituirán precedente, aunque no obligatorio porque carecen de la votación suficiente para ello; mas cumplirán dicha función que en alguna (mínima) medida vincula a los demás tribunales, dado que en todo caso relativo a la interpretación de la ley fundamental —sobre la que siempre versa la acción de inconstitucionalidad<sup>123</sup>—, a pesar de que no sienten jurisprudencia, el criterio de la Suprema Corte es “la opinión jurídica más respectable”.<sup>124</sup> Algunas resoluciones desestimatorias no calificadas dan lugar a “tesis aisladas” que orientan la actividad de los tribunales mexicanos, y a nuestro entender vinculan con fuerza de precedente constitucional (aunque no de manera obligatoria), con la posibilidad de que tribunales diferentes a la Corte puedan apartarse de ellos esgrimiendo argumentos nuevos y de mayor alcance.

En situación muy diferente están las que llamamos “resoluciones estimatorias no calificadas”. Como señalamos, en realidad *no son decisiones de la Suprema Corte*, sino que conducen a una declaración de improcedencia o inoperancia que impide un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo de uno de los aspectos de la litis del proceso; por lo que la opinión mayoritaria sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada, exclusivamente se expresaría a título particular de los ministros que la sostuvieran, y en el paradójico “voto particular de mayoría” ya indicado arriba.

Dichas resoluciones carecen de la fuerza del precedente, lo que se explica sencillamente por el principio *stare decisis* que la designa. Éste busca satisfacer la igualdad en la aplicación de la ley, y como ella en realidad nunca fue aplicada jurisdiccionalmente en este tipo de resoluciones, no hay razón jurídica que de algún modo haga vinculante la malograda conclusión sobre la invalidez de la norma impugnada y su motivación. Si acaso, la opinión de la mayoría simple que se inclinó por ella, tendría la utilidad de ser un *mero referente* sobre algún tema particular, similar a

<sup>123</sup> Brage Camazano, *op. cit.*, nota 2, p. 281.

<sup>124</sup> SENTENCIAS DE AMPARO, FUERZA OBLIGATORIA DE LAS, AUNQUE NO SIENTEN JURISPRUDENCIA, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LXIX, p. 4087.

una opinión doctrinal aunque con la agregada calidad oficial de sus autores; dado que el criterio mayoritario inhabilitado puede emitirse y objetivarse como “voto particular mayoritario” —así como el minoritario—, aunque no tenga efectos vinculantes, serviría de una opinión con cierta “autoridad moral” para el sucesivo estudio (procesal o académico) del tema sobre el que versó.<sup>125</sup>

## IX. TIPOLOGÍA ESPECÍFICA DE RESOLUCIONES EN ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

### 1. *Introducción y problemática*

Aunada a la clasificación general de resoluciones estimatorias y desestimatorias, calificadas o no, la Suprema Corte tiene un “amplio margen de apreciación para equilibrar todos los principios, competencias e institutos que pudieran verse afectados positiva o negativamente por causa de la expulsión de la norma declarada inconstitucional”,<sup>126</sup> incluyendo el momento en que sus sentencias comenzarán a surtir efectos<sup>127</sup> o mandar la inaplicabilidad temporal de las normas generales impugnadas.<sup>128</sup>

En los tres primeros años de funcionamiento del nuevo sistema constitucional (1995-1997), se presentaron 21 acciones de inconstitucionalidad y en ninguna se declaró formalmente la invalidez de las normas impugnadas, aunque se realizaron interesantes interpretaciones conformes

<sup>125</sup> Sobre los votos particulares, véase Góngora Pimentel, Genaro David, *El voto jurisdiccional y mi disenso en el máximo Tribunal*, México, Porrúa, 2007.

<sup>126</sup> ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CUENTA CON AMPLIAS FACULTADES PARA DETERMINAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P.J. 84/2007, p. 777.

<sup>127</sup> Pero siempre hacia delante, sin efectos retroactivos —salvo en materia penal y en beneficio del reo—, como hizo en el caso *Horario de verano* (controversia constitucional 5/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 19 de septiembre de 2001, 2a. sección, con. X, pp. 68 y 69).

<sup>128</sup> ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. AL ESTAR FACULTADA LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 41, FRACCIÓN V, DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PARA DECLARAR LA VALIDEZ O INVALIDEZ DE LAS DISPOSICIONES O ACTOS COMBATIDOS, TAMBIÉN PUEDE DECLARAR SU INAPLICABILIDAD TEMPORAL, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 1, p. 5.

a la Constitución; la primera vez que la Corte declaró la invalidez en este tipo de proceso fue en la acción de inconstitucionalidad 2/1998, dictada el 24 de febrero de ese año. Desde 1998 a 2007 se ha resuelto la invalidez en 257 asuntos, y en muchas de estas ocasiones no existió un solo pronunciamiento en la sentencia como producto de resoluciones estimatorias no calificadas.

Es frecuente que las sentencias de acción de inconstitucionalidad en realidad comprendan varias resoluciones (estimatorias y desestimatorias), adoptadas con diferentes votaciones; esto produce *efectos diversos o adicionales a categóricamente declarar la invalidez o confirmar la validez de todas las normas generales impugnadas*. Por su sencillez, no aludiremos a resoluciones por las cuales se dan lisa y llanamente la invalidez o validez de la norma impugnada, es decir, en los que simplemente el máximo tribunal elimina con efectos hacia el futuro (*ex nunc*) o mantiene dichos actos dentro del sistema jurídico, sino a otras *menos tradicionales* para la práctica mexicana, pero que ya tienen un importante arraigo en ella por la evolución experimentada por las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.<sup>129</sup>

Estas “sentencias atípicas” poseen contenidos, modalidades y efectos distintos, atendiendo a diversos factores y al caso particular. En el derecho comparado se han tratado de sistematizar a través de distintos nombres, especialmente en Italia donde probablemente exista más confusión terminológica. En este país europeo se habla de sentencias condicionales (*condizionali*), interpretativas de desestimación o estimación (*interpretative di rigetto o di accoglimento*), correctoras (*correttive*), adecuadoras (*adeguatrice*), manipuladoras (*manipulative*), creativas (*creative*), interpretativas (*tout court*), integrativas (*integrative*), sentencias-delegación (*sentenze-delega*), didáscalicas (*didascaliche*), sustitutivas (*sustitutive*), aditivas (*additive*), sustractivas (*sotratte*), restablecedoras (*ripristinatricie*), sentencias “ley” (*sentenze “lege”*), sentencias *indirizzo* y sentencias normativas (*sentenze normative*).<sup>130</sup> Esta confusión nominal se

<sup>129</sup> La clasificación que presentaremos sigue básicamente a Schlaich, *loc. cit.*, nota 42; y Groppi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional «dúctil»? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 2, t. I, pp. 352-359.

<sup>130</sup> Esta referencia la realiza Díaz Revorio, *op. cit.*, nota 44, pp. 59 y 60. Véanse los autores italianos que cita, quienes utilizan estas denominaciones tipológicas de las sentencias.

acentúa si contamos las clasificaciones que algunos autores realizan teniendo en cuenta elementos formales y materiales, de tal suerte que una “sentencia interpretativa de desestimación” (conforme al criterio formal), en realidad puede constituir una “sentencia manipulativa” (conforme al criterio material).<sup>131</sup>

No debe perderse de vista el sentido general que puede tener cualquier resolución constitucional: estimatoria o desestimatoria. En realidad, estamos en presencia de sentencias que implican resoluciones múltiples, con modalidades y efectos distintos, aparte de estas dos variables generales. La mayoría de estas resoluciones pueden considerarse “mixtas” (salvo quizá las “aditivas de regla o de principio”),<sup>132</sup> naturaleza derivada de que poseen caracteres de las “estimatorias” y las “desestimatorias”, de tal suerte que implican una invalidación parcial de la norma, inclinándose según el caso a uno u otro lado.

A continuación nos referiremos a varias “resoluciones mixtas”. Las dos primeras clases se inspiran en principios constitucionales y/o generales jurídicos: el democrático (al que puede referirse también el de división de poderes)<sup>133</sup> y la conservación de los actos jurídicos (que deriva del de seguridad jurídica y la estabilidad del sistema),<sup>134</sup> que en general

<sup>131</sup> Francisco Javier Díaz Revorio atiende a estos dos tipos de criterios (formales y materiales), para clasificar las sentencias de fondo en los procesos de inconstitucionalidad. Desde el aspecto formal, las divide en: 1) *sentencias desestimatorias*, que pueden ser *a) pura o simple; b) interpretativa de desestimación, y c) otras desestimatorias;* y 2) *sentencias estimatorias*, subdividiéndolas en: *a) estimación total; b) estimación parcial* (que a su vez pueden ser respecto al texto de la disposición o a la norma —en sentido estricto o que declaran la inconstitucionalidad de la norma o parte del contenido normativo derivado conjuntamente del texto impugnado, este último grupo, a la vez, pueden ser reductoras, aditivas o sustitutivas—), y *c) otros tipos de sentencias estimatorias.* Desde el criterio formal, en cambio, las clasifica como: 1) *sentencias de desestimación pura, y 2) sentencias materialmente de estimación parcial* (todas las demás), comprendiendo a su vez: *a) que conllevan la inconstitucionalidad de parte del texto de la disposición, b) que no conlleva la inconstitucionalidad de parte del texto, pero sí de parte del contenido normativo; estas últimas, a su vez en interpretativas en sentido estricto y materialmente manipulativas reductoras, aditivas y sustitutivas.* Cfr. *op. cit.*, nota 44, pp. 60-66.

<sup>132</sup> Sobre esta última clase véase *infra*, nota 174.

<sup>133</sup> Véase ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, noviembre de 2006, tesis 1a./J. 84/2006, p. 29.

<sup>134</sup> Véanse Marín, José Ángel, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 84 y 85; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como nor-*

operan como (de los pocos e indeterminados) límites a la autoridad de los tribunales constitucionales.

## 2. *Invalidez parcial con reducción textual*

Este tipo de resoluciones constituye la *regla* en el control judicial de constitucionalidad de leyes.<sup>135</sup> La invalidez puede recaer: 1) *sobre todo el cuerpo del instrumento* legal o internacional, como en el caso de violaciones formales del proceso legislativo o sistemas normativos;<sup>136</sup> 2) *sobre una de sus específicas disposiciones*, que es la hipótesis común en nuestro medio a través del juicio de amparo, que habitualmente “invalida” numerales completos sólo en relación con el quejoso, o 3) *sobre parte de una sola disposición*, en cuyo caso el tribunal invalida únicamente una *sección* de su texto o alguna de sus *partículas lingüísticas*, sin los cuales la literalidad remanente sería conforme a la Constitución.

A través de la clase de resoluciones que ahora tratamos, el tribunal constitucional actúa como “legislador negativo” en el supuesto del último de los incisos anteriores: invalida sólo las “porciones normativas” indispensables para que la disposición impugnada sea constitucionalmente regular, permitiendo la validez de las secciones cuya eliminación no fuera imprescindible, para respetar la competencia legislativa o con base en algún otro principio constitucional (seguridad jurídica, especialmente).<sup>137</sup> En México se utilizan comúnmente en la acción de inconstitucionalidad

ma y el Tribunal Constitucional, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 96, y Balaguer Callejón *et al.*, *op. cit.*, nota 14, pp. 242 y 246.

<sup>135</sup> Schlaich, *op. cit.*, nota 15, pp. 263 y 264.

<sup>136</sup> Véanse ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL. LAS VIOLACIONES PROCESALES DEBEN EXAMINARSE PREVIAMENTE A LAS VIOLACIONES DE FONDO, PORQUE PUEDEN TENER UN EFECTO DE INVALIDACIÓN TOTAL SOBRE LA NORMA IMPUGNADA, QUE HAGA INNECESARIO EL ESTUDIO DE ÉSTAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P./J. 32/2007, p. 776, y AMPARO CONTRA LEYES. PARA IMPUGNARLAS COMO SISTEMA NORMATIVO ES NECESARIO QUE CONSTITUYAN UNA VERDADERA UNIDAD, *idem*, 9a. época, t. XXVII, junio de 2008, tesis 2a./J. 100/2008, p. 400.

<sup>137</sup> Véase ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SUPUESTO EN EL QUE SE JUSTIFICA LA DECLARATORIA DE INVALIDEZ Y CONSECUENTE EXPULSIÓN DE TODO EL SISTEMA NORMATIVO IMPUGNADO, Y NO SÓLO DE LAS PORCIONES NORMATIVAS DIRECTAMENTE AFECTADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD, *idem*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P./J. 85/2007, p. 849.

y la controversia constitucional, y aunque no es frecuente en el juicio de amparo, no puede descartarse su empleo en él.<sup>138</sup>

### 3. *Resoluciones interpretativas*

#### A. *Interpretación conforme a la Constitución*

Pese a que la “interpretación conforme” se incluye formalmente en una motivación (considerando) que de manera expresa adopta una resolución *desestimatoria* validante de la disposición impugnada, hemos de considerar que esta operación jurídica en realidad entraña *dos resoluciones correlativas e inescindibles*: 1) la que ya referimos, y 2) otra estimatoria tácita o al menos no puesta de relieve que elimina una alternativa de interpretación de ese precepto, por contravenir la ley fundamental.<sup>139</sup> La anterior proposición se funda en dos tesis pilares de la aplicación constitucional de nuestro tiempo: la que distingue entre “disposición” y “norma”, y la que hace consistir la última en el objeto del control constitucional.

Para comprender esta clase de resoluciones, que son las más típicas de la naturaleza híbrida a que nos referíamos, es indispensable distinguir entre los conceptos de “disposición” y “norma”.<sup>140</sup> Como se le entiende ahora, la interpretación jurídica es el ejercicio de “traducir” un enunciado que expresa una prescripción general e indeterminada —en alguna medida— a otro formulado en términos adecuados para “guiar el actuar concreto” en circunstancias específicas; lo anterior ha roto con el “mito” de la existencia de normas jurídicas inmanentes a los textos y preexistentes a la interpretación de éstos.<sup>141</sup> Así, “disposición” es el texto abstracto sobre el cual recae la interpretación del operador jurídico, y “norma” el enunciado resultante de esta actividad que concreta la prescripción abstracta de aquélla a térmi-

<sup>138</sup> Véase AMPARO CONTRA TRIBUTOS AUTODETERMINABLES. SUS EFECTOS FUTUROS CONSISTEN EN QUE EL QUEJOSO NO APLIQUE LA PORCIÓN NORMATIVA DECLARADA INCONSTITUCIONAL, O BIEN, INCORPORE EL BENEFICIO SEÑALADO EN LA SENTENCIA HASTA QUE EXISTA UN CAMBIO NORMATIVO, *idem*, 9a. época, t. XXVIII, septiembre de 2008, tesis 2a. CXV/2008, p. 265.

<sup>139</sup> Lo que en términos prácticos de alguna manera conlleva satisfacer la pretensión del actor al invalidarse la lectura que impugna, independientemente de que se trate de la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional o el juicio de amparo.

<sup>140</sup> Guastini, Riccardo, “Disposizione vs. Norma”, *Giurisprudenza costituzionale*, II, 1989, pp. 3 y ss., y *Le fonte del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 18.

<sup>141</sup> Luzzati, *op. cit.*, nota 82, p. 75.

nos específicos e inmediatamente aplicables al caso concreto, y de esta manera la interpretación puede esquematizarse con el enunciado siguiente: “la disposición T(exto) significa N(orma)”.<sup>142</sup> En otras palabras, el texto o enunciado es el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición), mientras el “contenido normativo” constituye la significación que se le asigna (norma).

Ahora bien, resulta que *el objeto del litigio constitucional son las normas y no las disposiciones legales*, o más claramente: las posibles interpretaciones de éstas;<sup>143</sup> en el proceso se controvierte la validez del texto, pero a través de la eficacia que adquiera según su interpretación, pues no puede tener vida práctica más que por su medio.<sup>144</sup> Si una disposición admitiera una sola lectura que fuera inconstitucional, la norma que de ella derivara sería invalidada y por consiguiente también la fórmula textual que la origina, cuya subsistencia en el ordenamiento sería imposible por no poder aplicarse de manera constitucionalmente regular; pero si la disposición admitiera dos (o más) interpretaciones: una conforme y otra(s) contraria(s) a la ley fundamental, el tribunal podría invalidar la(s) última(s) y mantener la primera afirmándola como única posibilidad de aplicación del texto normativo. De esta manera: “el control de la [jurisdicción constitucional] cae sobre las normas, pero incide sobre las disposiciones”.<sup>145</sup>

Esta decisión interpretativa resuelve y habilita una *interpretación conforme a la Constitución* del texto legal sobre el que formalmente recae la impugnación.<sup>146</sup> Implica una decisión respecto a que la constitucionalidad de la disposición se mantiene siempre y cuando se le atribuya deter-

<sup>142</sup> Guastini, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, trad. Miguel Carbonell, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 11.

<sup>143</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006, pp. 100 y 486. “No una norma en sí, sino una de determinado contenido se declara válida; este contenido es obtenido por interpretación”, Pestalozza, *op. cit.*, nota 42, p. 275 (cursivas añadidas).

<sup>144</sup> Véase REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. DENTRO DE LAS CUESTIONES PROPIAMENTE CONSTITUCIONALES DEBE COMPRENDERSE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONTRAVERTIDA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, septiembre de 2008, tesis 2a./J. 114/2008, p. 260.

<sup>145</sup> Celotto, *op. cit.*, nota 111, p. 63.

<sup>146</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 8, 2001, pp. 89-155.

minado significado: por esta resolución, el tribunal constitucional impone a todo operador jurídico el deber de escoger la interpretación que determine como acorde con la ley fundamental y descartar cualquier otra. Sus fundamentos teóricos son: 1) los principios de jerarquía normativa<sup>147</sup> y supremacía constitucional; 2) la presunción de constitucionalidad de las leyes y demás elementos del sistema jurídico, y 3) la unidad sistemática del ordenamiento.<sup>148</sup>

La “interpretación conforme” proviene de los primeros tiempos del constitucionalismo norteamericano,<sup>149</sup> pero ha tenido gran desarrollo en los tribunales constitucionales europeos (especialmente en Alemania, Austria, Italia y España),<sup>150</sup> y se advierte con mayor intensidad en años recientes en países latinoamericanos como el nuestro. En México, la Su-

<sup>147</sup> La interpretación conforme a la Constitución es una especie del género llamado “interpretación conforme al rango (*rangkonforme Auslegung*)”, basado en la “obediente” debida por una norma a la(s) de grado superior; y como aquélla, también existe una “interpretación conforme a la ley ordinaria”, “al reglamento”, y así sucesivamente. Cf. Wank, Rolf, *Die Auslegung von Gesetzen*, 2a. ed., Colonia, Carl Heymann, 2001, p. 66; Requena López, Tomás, *El principio de jerarquía normativa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 63; y SUPREMACÍA DE LA LEY SOBRE LAS DISPOSICIONES DE UN REGLAMENTO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, septiembre de 2002, tesis I.2o.P.61 P, p. 1453.

<sup>148</sup> Cf. Bogs, Harald, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1966, pp. 17-24; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1999, p. 31, y García de Enterría, *op. cit.*, nota 134, pp. 95-97.

<sup>149</sup> *Hooper vs. California*, 155 U. S. 648, 657 (1895).

<sup>150</sup> La jurisprudencia alemana, que ejemplarmente ha desarrollado esta interpretación en los últimos cincuenta años, le señala como límites el *texto literal* de la disposición y los *fines del legislador*, a los cuales la “interpretación conforme” no deberá contrariar (BVerfGE 8, 28 [34]). Hasta donde sabemos, en México no ha habido ocasión de explorar estas profundidades, ya que esta figura apenas adquirió carta de naturaleza; pero pueden verse ejemplos de una interpretación *contra litteram* señalada como una “conforme a la Constitución”, cuyo estudio nos adentraría en una compleja problemática (plena eficacia y supremacía constitucional, el proscrito control difuso, etcétera), en NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1927 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CONFORME AL TEXTO CONSTITUCIONAL), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, septiembre de 2008, tesis I.4o.C.144 C, p. 1363, y en RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y DIRECTA DEL ESTADO. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1927 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN ARMONÍA CON EL ARTÍCULO 113, SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *idem*, 9a. época, t. XXVIII, diciembre de 2008, tesis I.7o.C. 119 C, p. 1079 (ambos criterios consideran el texto legal anterior a la reforma publicada el 21 de octubre de 2008 en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*).

prema Corte de Justicia de la Nación<sup>151</sup> y otros tribunales la han utilizado desde muchas décadas atrás, aunque en ocasiones de manera inconsciente (hablando en prosa sin saberlo) y no empleando esa denominación generalmente aceptada, lo que en los últimos años ha revertido la jurisprudencia de nuestro tribunal constitucional.<sup>152</sup>

*B. Invalidez parcial sin reducción textual. Naturaleza  
y diferencia con la “interpretación conforme”*

Otra modalidad es una resolución que, por así decirlo, se presenta en sentido contrario a la “interpretación conforme”: afirma la validez de la disposición “en tanto” *no* se aplique a una “constelación” de casos o en determinadas circunstancias.

Se trata de la llamada *declaración de nulidad o invalidez parciales sin reducción textual* por la literatura germana.<sup>153</sup> En Italia se conoce como “sentencia interpretativa de rechazo”, porque precisamente salva la constitucionalidad de la disposición al establecer que el texto impugnado “no es inconstitucional sólo en cuanto” y “en la medida en que” se atribuya a la disposición el significado indicado por el tribunal mismo en la motivación (mientras que en el resolutivo de la sentencia se reconduce a la misma sirviéndose de la fórmula “en los sentidos y en los límites de la motivación”).<sup>154</sup>

<sup>152</sup> LEYES SECUNDARIAS, INTERPRETACIÓN DE LAS, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LVII, p. 2581, y LEYES ORDINARIAS, INTERPRETACIÓN DE LAS, *idem*, 5a. época, t. LXVI, p. 706.

<sup>153</sup> Por todas véanse PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, tesis 2a. XCII/2007, p. 381; e INTERPRETACIÓN CONFORME EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, CUANDO UNA NORMA ADMITA VARIAS INTERPRETACIONES DEBE PREFERIRSE LA COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN, *idem*, 9a. época, t. XXVII, febrero de 2008, tesis P. IV/2008, p. 1343. Aunque ambos criterios se publicaron como “tesis aisladas”, la jurisprudencia obligatoria de la Corte los avala porque fueron invocados, de manera respectiva implícita y explícitamente, en la controversia constitucional 22/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 3 de junio de 2002, 2a. sección, con. VIII, p. 71, y en la acción de inconstitucionalidad 58/2008, *idem*, 21 de julio de 2008, 2a. sección, con. XIII, pp. 86 y 87.

<sup>154</sup> Schlaich, *op. cit.*, nota 15, pp. 264-267, 297 y 298.

<sup>154</sup> Cfr. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1987, p. 593.

Es muy discutible que la “interpretación conforme *stricto sensu*” y la “invalidez parcial” sean categorías diversas o meras modalidades de una misma especie. En Alemania, Schlaich se inclina por lo primero, aunque reconoce que en la práctica tienden a confundirse, y según vimos, la doctrina italiana apunta a lo último.

El argumento para considerar autónomamente como “invalidez parcial sin reducción textual” la inconstitucionalidad de la aplicación de un precepto general a casos particulares con circunstancias específicas, y su consiguiente prohibición, es que esta resolución *no altera el sentido general de los enunciados literales de la disposición*: ella admite que ellos continúan rigiendo todos los demás casos diversos al tratado sin algún cambio semántico general, pero impidiéndose la aplicación del mismo texto al caso específico analizado (y por ende a su especie en abstracto), pues por su relación con determinados principios constitucionales producirá un resultado contrario a éstos. De esta manera, el tribunal concluye implícitamente que *el texto dispositivo es inconstitucional sólo en tanto su sentido comprende el supuesto específico analizado*, porque su aplicación a éste deriva en una situación contraria a la ley fundamental; de haberse redactado la disposición, especialmente para el asunto concreto, no cabría más remedio que suprimirla totalmente del ordenamiento, pero dado que no es de tal manera, se limita a prohibir que la disposición rija el caso cuestionado, porque la amplitud general del texto legislativo abarca también otros (quizá incontables) a los que podría aplicarse sin resultado inconstitucional.

No deja de parecer también acertada la opinión de que estas “exclusiones” de casos específicos de la aplicación de determinadas disposiciones generales cuya extensión semántica los comprende, son en realidad una mera modalidad de la “interpretación conforme a la Constitución”, una diferente perspectiva de la misma. Esto se debe a que tales resoluciones *parecen simplemente atribuir a la disposición impugnada el significado de que no es aplicable al caso excluido*, es decir que al leerse debe entenderse que su hipótesis incluye a todas las especies a que se refiere salvo la excluida; se trataría de una interpretación “orientada” por la Constitución que se basaría especialmente en la presunción de que el legislador no quiso contravenir la ley fundamental.

Luego de diversas reflexiones, nos inclinamos hacia la primera opción: si existe una diferencia esencial y trascendente como veremos, entre la “invalidez parcial sin reducción textual” y la “interpretación conforme a la

Constitución”, aunque para efectos prácticos incluimos aquélla en este rubro de “sentencias interpretativas”, porque deriva en una percepción determinada del texto legal que permanece incólume.

Dicha “invalidez parcial” únicamente restringe los alcances del texto por la exclusión del caso particular, manteniendo abierta su aplicación a los demás que prevé su hipótesis, pero con todo, *no salva que semánticamente ésta incluya naturalmente a aquél*, sino reconoce que su aplicación debe ser vedada precisamente porque la disposición impugnada lo comprende, atentos los agravios constitucionales que para el caso concreto producirían sus consecuencias; por su relación de causalidad, la inconstitucionalidad de la aplicación de un precepto implica la de su extensión semántica que comprende el caso al cual se lleva.<sup>155</sup> Sería una decisión con efectos “abajo”.

En cambio, la “interpretación conforme” *opera un cambio de sentido al mismísimo texto impugnado que altera sus posibles significados*, y así determinaría la exclusión y/o inclusión —ya no únicamente excluiría— del caso a estudio o de otros bastante diferentes. Al ser el texto de la disposición (en particular) y los fines del legislador los límites de esta especie hermenéutica,<sup>156</sup> ésta se desnaturalizaría, de hacerse que casos claramente previstos por su letra se vieran como si fueran ajenos a ella. Usando la misma figura que ya empleamos, estaríamos ante una decisión con efectos “arriba”.

Más sucintamente: la “interpretación conforme” altera el sentido general de la disposición impugnada (ampliando o restringiendo la extensión de su supuesto, modificando sus consecuencias, etcétera),<sup>157</sup> al imponer la opción interpretativa del texto legal más acorde con la ley fundamental y descartar otra(s) por inconstitucional(es).<sup>158</sup> A diferencia de lo anterior, sin

<sup>155</sup> Cfr. ACTO DE APLICACIÓN INCONSTITUCIONAL. LO ES EL FUNDADO EN LEY INCONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vols. 217-228, tercera parte, p. 9.

<sup>156</sup> *Supra*, nota 150.

<sup>157</sup> Cualquier manual de teoría general del derecho servirá para establecer la diferencia entre “supuesto” o “hipótesis”, y “consecuencia” normativos, clave en esta exposición. No está de más referir a García Márquez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 60a. ed., México, Porrúa, 2008, y Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción analítica al estudio del derecho*, México, Themis, 2008.

<sup>158</sup> Véase CONTRADICCIÓN DE TESIS. SELECCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL MÁS CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, noviembre de 2008, tesis 1a. LXX/2008, p. 215.

variar el sentido general de la disposición, la “invalidez parcial sin reducción textual” proscribe la inevitablemente inconstitucional aplicación del texto legal a casos que su supuesto comprende semánticamente de manera indefectible, y sólo es capaz de *reducir* la extensión del sentido de su hipótesis —no el de sus consecuencias—; declara inválida dicha aplicación y que el sentido del texto dispositivo la prevea, “en tanto [esos casos] ni siquiera por vía de la interpretación conforme a la Constitución hayan podido sacarse del ámbito... de la norma”.<sup>159</sup>

La irregularidad parcial de la disposición cuya aplicación a una hipótesis muy concreta resulta inconstitucional, y los problemas que ocasiona se ilustran a la perfección en el reciente caso *Identidad transexual*, resuelto el 6 de enero de 2009 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,<sup>160</sup> que versó sobre la inconstitucionalidad del artículo 138 del Código Civil del Distrito Federal, que obliga a anotar el cambio de identidad y sexo de una persona en su acta de nacimiento, sin reservas a su publicidad. Con base en la prohibición de discriminación y por mayoría simple, la Corte *resolvió que el precepto (texto o sentido general) no son inconstitucionales, sino su aplicación lisa y llana a determinadas personas que guardan ciertas circunstancias*; y esto muestra a plenitud la sutileza de la “invalidez parcial sin reducción textual”, porque revela que en abstracto la disposición es regular, pero ya no cuando se lleva a un caso muy particular,<sup>161</sup> y por sus intrincadas relaciones con otros tipos de resoluciones constitucionales.

Finalmente, en dicho expediente, la Suprema Corte otorgó el amparo para el efecto de que el tribunal ordinario responsable “deje sin efectos la sentencia reclamada y, en su lugar..., ordene la expedición de una nueva acta, la anotación marginal en la primigenia y la *reserva en su publici-*

<sup>159</sup> Schlaich, *op. cit.*, nota 15, pp. 266 y 300, n. 159. *Cfr.* Hesse, *loc. cit.*, nota 148.

<sup>160</sup> Amparo directo civil 6/2008 (solicitud de facultad de atracción 3/2008-PS); al finalizar este trabajo no estaba disponible el engrose de esta sentencia, sino sólo la versión estenográfica de la sesión referida y la noticia institucional relativa (<http://www.scjn.gob.mx>). Aparte de los aspectos procesales de este caso, habrán de considerarse los sustantivos, que parecen claramente guiados por una teoría axiológica.

<sup>161</sup> Así nos parece que se explica la dividida votación de la Corte en este asunto. A favor de la inconstitucionalidad de la disposición impugnada estuvieron los siguientes ministros (4): Cossío Díaz, Góngora Pimentel, Sánchez Cordero y Silva Meza; en contra (7): Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Franco González Salas, Gudiño Pelayo, Luna Ramos, Ortiz Mayagoitia y Valls Hernández. Véase *supra*, nota 121.

dad".<sup>162</sup> Como se deduce de lo visto, esta sentencia es muy compleja: la Corte enfrentó la posibilidad de resolver una “invalidez parcial sin reducción textual”, que sólo pudo sortear mediante una sentencia “aditiva”: <sup>163</sup> no prohibió para el caso concreto la anotación marginal reclamada —como hubiera resultado en una “invalidez parcial”— sino impuso la reserva de publicidad de la anotación legalmente ordenada en el acta original, para evitar la vulneración iusfundamental considerada y al mismo tiempo no dejar de satisfacer otros principios constitucionales (seguridad jurídica y derechos de tercero, especialmente).

La minoría que votó por la inconstitucionalidad del artículo 138 del Código Civil del Distrito Federal, llevaba la razón en cuanto a que su aplicación *lisa y llana* al caso era contraria a la prohibición de discriminación, y que se inducía de ello la irregularidad de la extensión del sentido de ese precepto, en la medida en que comprendiera la hipótesis específica analizada. Esta conclusión habría podido dar lugar a una resolución de “invalidez parcial sin reducción textual”, *de no haber estado en juego los demás valores constitucionales que mencionamos*, con los cuales al parecer dio acertadamente la mayoría. Para salvaguardar éstos, a los que responde la disposición impugnada, no se optó por invalidar la aplicación del precepto reclamado a la situación de la parte quejosa,<sup>164</sup> sino “adicinar” al ordenamiento las “normas puente” de que habló el ministro Aguirre Anguiano, reglas precisas y adecuadas para tutelar los derechos fundamentales de quien solicitó amparo —los cuales debieron de ser ponderados con aquellos principios en un examen de proporcionalidad—.

Retornando al tema de esta sección, luego del anterior excuso, la trascendencia de la correlación entre resoluciones de “interpretación conforme” y de “invalidez parcial”, sólo puede darse cuando la realiza un tribu-

<sup>162</sup> <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/MediosPub/Noticias/2009/Noticia20090106.htm>.

<sup>163</sup> *Infra*, sección IX.4.

<sup>164</sup> Aunque se trataba de un amparo directo cuya resolución respecto de normas generales se limita a invalidar la sentencia reclamada y no a impedir la aplicación futura de disposiciones impugnadas contra el quejoso, la *ratio decidendi* habría resultado en una declaración general considerativa de la inconstitucionalidad de la norma, que originase un precedente constitucional. Véanse AMPARO CONTRA LEYES. SUS DIFERENCIAS CUANDO SE TRAMITA EN LAS VÍAS INDIRECTA Y DIRECTA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, marzo de 2005, tesis P. VIII/2005, p. 5, y Sánchez Gil, Rubén, “La jurisprudencia de inconstitucionalidad y su aplicación”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 11, julio-diciembre de 2004, p. 242.

nal constitucional, pues a pesar de que los tribunales ordinarios también pueden efectuar una “interpretación conforme a la Constitución”, sus decisiones únicamente tienen efectos para los casos que resuelven y no constituyen interpretación definitiva de la ley fundamental.<sup>165</sup> Lo anterior, y en general, la distinción entre “interpretación conforme” e “invalidz parcial”, tiene una *importancia mayúscula* en el sistema procesal constitucional mexicano.

Primeramente, aunque todos los tribunales de nuestro país,<sup>166</sup> aun los ordinarios, están facultados para realizar una “interpretación conforme”, al ser ello inherente a su actividad, no todos podrían resolver una “invalidz parcial” porque al estar proscrito en México el control difuso, los ordinarios no podrían superar la *inaplicación del texto legal* que conlleva esta resolución.

Otro problema, muy sutil y quizá más importante en términos de *límites de la jurisdicción constitucional*, se presentaría en virtud de que ésta (Suprema Corte, tribunales colegiados y juzgados de Distrito) siempre puede hacer una “interpretación conforme”; pero resolver la invalidz de una norma general sólo si ésta fue impugnada formalmente y el tema integra la litis constitucional bajo su decisión, o sea la *questión efectivamente planteada* en amparo, controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad. Así, habrían casos en que por no haberse reclamado “en forma destacada” una disposición legal en la demanda correspondiente, los jueces de la materia: 1) no obstante esa omisión, podrían declarar inválida la aplicación de la norma general con base en una (correctamente elaborada) “interpretación conforme”, o 2) deberían confirmar la licitud del acto de aplicación (mediante sobreseimiento o quizá resolución de fondo), porque les será imposible tenerlo por inconstitucional al no estar en condiciones de dictar la correspondiente resolución de “invalidz parcial sin reducción textual” que concluiría —aunque sea tácitamente— la irregularidad de la disposición cuya aplicación se impugnó.

<sup>165</sup> Cfr. Da Silva, Virgilio Afonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *idem*, núm. 12, enero-junio de 2005, p. 20.

<sup>166</sup> Los problemas que se expondrán no alcanzan al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que en términos del sexto párrafo del artículo 99 de la ley fundamental puede “no aplicar” leyes electorales que estime inconstitucionales (reforma publicada el 13 de noviembre de 2007 en el *Diario Oficial de la Federación*).

*C. Particularidad mexicana: mayoría simple  
en la “interpretación conforme” y la “invalidez parcial”*

Resulta muy claro que si la avalara una mayoría calificada (ocho o más ministros), la interpretación conforme a la Constitución, decidida en la acción de inconstitucionalidad —e igualmente en la controversia constitucional, regulada de la misma manera en este rubro—, es decir, las resoluciones estimatoria y desestimatoria que implica: 1) tendrían efectos de cosa juzgada que invalidaría con efectos generales la interpretación contraria a la Constitución expulsándola del ordenamiento, y 2) integrarían un precedente jurisprudencial que orillaría a los operadores jurídicos —sobre todo los jueces de distrito actuando en juicio de amparo— a seguirlo en casos análogos. Pero una *situación peculiar y muy relevante* ocurre al resolverse por mayoría simple una interpretación conforme a la Constitución: *prima facie* son inciertos los efectos que tendría esta “interpretación conforme” como cosa juzgada, o sea establecer si el legislador se halla obligado por ese criterio a no reproducir textual o implícitamente la interpretación invalidada, y como precedente que vincula a otros operadores jurídicos.

Evidentemente, las opciones para solucionar este problema son las siguientes: o la “interpretación conforme” tiene algún efecto a pesar de no estar apoyada por votación calificada, o carece de él por la misma razón. En favor de lo último pesa el que toda “interpretación conforme” implica una resolución estimatoria que invalida una (posible) norma jurídica: la resultante de la interpretación rechazada por el tribunal; y de esta suerte se diría que por pretender invalidar una “norma” —término usado por el último párrafo del artículo 105 constitucional—, debería requerirse dicha votación calificada para que la decisión en tal sentido tuviera algún efecto.

La opción contraria estribaría en que la Constitución no exige votación calificada para la eliminación de una “norma”,<sup>167</sup> es decir, el rechazo de una interpretación posible de la ley, sino sólo para suprimir el texto de la disposición a que corresponde, dadas las trascendentes consecuen-

<sup>167</sup> Teniendo por superada una interpretación literal del referido último párrafo de la fracción II del artículo 105 de la ley fundamental, que no es idónea por sí sola para aplicar el derecho y menos el constitucional. *Cfr.* FACULTADES EXPRESAS DE LA ASAMBLEA DE REPRESENTANTES DEL DISTRITO FEDERAL. NO ES REQUISITO INDISPENSABLE QUE SE ESTABLEZCAN LITERALMENTE EN LA CONSTITUCIÓN, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 216, p. 258.

cias políticas que conlleva la actuación del tribunal como “legislador negativo” frente a una asamblea democrática, y jurídicas por el “vacío legal” que dejaría la invalidez textual. Así, dicha votación sería innecesaria en el caso de una sentencia meramente interpretativa porque, desde tiempos de Hamilton y Marshall, indicar cuál debe ser el significado de las disposiciones legales es “ámbito y deber (*province and duty*)” del Poder Judicial,<sup>168</sup> y como la Suprema Corte actuaría dentro de sus atribuciones naturales, sería de concluirse que debe operar sin restricciones adicionales y pudiendo tomar determinaciones eficaces por mayoría simple como cualquier tribunal.

En este dilema, de nada fácil solución, nos inclinamos en favor de la primera respuesta, y pensamos que la “interpretación conforme” en acción de inconstitucionalidad —y como ya se dijo también en controversia constitucional—, requiere una *votación calificada* para surtir efectos de cosa juzgada y precedente constitucionales (aunque para concluir esto último bastan los términos de la LR105), atendiendo los argumentos antes expresados a su favor y los siguientes.

En la hipótesis a la que dicha opción se refiere, la acción de inconstitucionalidad no habría logrado el objeto primordial y último para el que fue creada: depurar el ordenamiento suprimiendo el texto impugnado,<sup>169</sup> ya que la “interpretación conforme” de la Corte estrictamente sería un *razonamiento* y no una resolución para efectos de este proceso que sí lo es *mantener dentro del ordenamiento el texto dispositivo impugnado*, preferida a su alternativa de expulsarlo del mismo y la cual indudablemente necesita una mayoría calificada para tener lugar. Puesto que el artículo 43 de la LR105 dispone que sólo de adoptarse por al menos ocho ministros de la Corte, podrían los razonamientos interpretativos judiciales en los procesos referidos, tener efectos de jurispru-

<sup>168</sup> *El Federalista*, trad. Gustavo R. Velasco, México, FCE, 2000, núm. LXXVIII, p. 332; y *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177-178 (1803).

<sup>169</sup> Tal es el fin particular de la acción de inconstitucionalidad; suprimir o inaplicar una “norma” inconstitucional mediante una interpretación conforme a la ley fundamental, no sólo es deber de la Suprema Corte sino de todos los operadores jurídicos ordinarios (sobre todo jurisdiccionales y administrativos). Mantener abiertas las facultades de éstos, considerando también su ámbito de apreciación de las situaciones concretas que enfrenten —a diferencia de la abstracción de la acción de inconstitucionalidad—, también se apoyaría en los principios constitucionales de división de poderes y federal que jugarían en esta ponderación.

dencia vinculante —que en alguna forma son “generales”—, si hipotéticamente una “interpretación conforme” tuviera algún efecto general por erigirse en “cosa juzgada”, produciendo sin tal votación calificada la invalidación de la norma impugnada *stricto sensu*, análogamente a la que se pudo dictar respecto de su correspondiente disposición textual, dicho precepto adjetivo carecería de sentido y plena eficacia,<sup>170</sup> porque bastaría una mayoría simple de la Corte para que tal interpretación vinculase a cualquier operador jurídico (no sólo los jurisdiccionales), quien obligatoriamente siempre habría de seguirla al aplicar la fórmula legal mantenida en el ordenamiento, *dándose de esta manera alcances mayores que los de cualquier jurisprudencia a un razonamiento adoptado sin mayoría calificada.*

En pocas palabras, lo anterior puede sintetizarse así: una mayoría simple que adopte una “interpretación conforme”, sin la votación legalmente exigida para crear jurisprudencia vinculante, instituiría un criterio de aplicación jurídica de mayor trascendencia que ésta, la cual sí requiere dicha mayoría calificada; esto sería inadmisible por resultar contrario a la regulación expresa de los efectos de las resoluciones dictadas en acción de inconstitucionalidad, al no hacer concordar todos los preceptos que la integran.<sup>171</sup>

En cuanto el valor de *precedente* de esta resolución y su motivación —o sea, la interpretación de la Suprema Corte—, como vimos, la votación no calificada que integra el problema planteado es insuficiente para atribuir carácter jurisprudencial a esa decisión, y la argumentación

<sup>170</sup> A pesar de tener carácter ordinario y no constitucional, su peso es sumamente importante en virtud de que, al gozar de una presunción *iuris et de iure*, de conformidad con la ley fundamental, formaría parte de un “bloque de constitucionalidad”, es decir, un conjunto de disposiciones que son consideradas parte material de la Constitución, aunque no la integren formalmente. Véase CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL. ES IMPROCEDENTE LA IMPUGNACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS PRECEPTOS CONTENIDOS EN LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVIII, septiembre de 2003, tesis P.J. 56/2003, p. 1058; Hoyos, Arturo, “El bloque de constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 2, t. III, pp. 2797-2818, así como los ensayos sobre el tema de Edgar Corzo Sosa, Carlos Hakansson Nieto, Humberto Nogueira Alcalá, Humberto Suárez Camacho y Sergio Valls Hernández, contenidos en el Capítulo XI de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *op. cit.*, nota 58, t. IV.

<sup>171</sup> Cfr. INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LXXIX, p. 5084.

que la sostenga, de manera que obligue a otros tribunales a seguirla, sólo sería una “tesis aislada”, siguiendo los claros términos del artículo 43 de la LR105.

Una resolución desestimatoria no calificada y adoptada por interpretación conforme a la Constitución, *mantiene intacto el texto normativo impugnado y lo tiene por apegado a la ley fundamental, ya que admite la posibilidad de su aplicación constitucionalmente regular*, aunque rechaza sin carácter vinculante una o varias de sus posibles lecturas. Pero dicha resolución *carece de efectos de cosa juzgada* por no haber alcanzado su fin último el proceso de acción de inconstitucionalidad (o controversia constitucional, al que también es aplicable todo lo anterior): expulsar dicho texto del ordenamiento jurídico y no serle jurídicamente posible tener efectos trascendentes a las partes. Sin embargo, el razonamiento jurisdiccional en que se basara dicha resolución tendría efectos de precedente persuasivo y constituiría una *tesis aislada* que eventualmente influiría la decisión de casos futuros.

Con las debidas reservas, ya que a pesar de mantener intacta la disposición impugnada, no la tiene por apegada a la ley fundamental en tanto su hipótesis comprende indefectiblemente el caso excluido, porque su aplicación al mismo sería contraria a la Constitución, lo dicho anteriormente en este epígrafe es aplicable a la “*invalidez parcial sin reducción textual*”. Esta resolución, como se vio, entraña la invalidz del supuesto normativo específico al que se refiere el caso concreto y *expulsa del ordenamiento esa extensión del sentido del precepto impugnado*; por lo tanto, requiere de mayoría calificada de la Suprema Corte para tener efectos de cosa juzgada en acción de inconstitucionalidad y controversia constitucional —aunque en amparo esto sea distinto—, y lo mismo para que tenga efectos de jurisprudencia vinculante, mas no para fungir como mero precedente.

#### 4. Resoluciones “manipulativas” (aditivas y sustitutivas)<sup>172</sup>

Además de las que resuelven la reducción textual de la disposición impugnada que ya referimos, esta categoría comprende dos especies más:

<sup>172</sup> En realidad son una especie de “sentencia interpretativa”. Consideramos incluirlas en una categoría aparte para una mayor claridad expositiva.

las decisiones aditivas y las sustitutivas. Su elaboración detallada corresponde prácticamente a la doctrina italiana.<sup>173</sup>

#### A. *Aditivas. Concepto, justificación y omisión legislativa*

Las resoluciones aditivas<sup>174</sup> son las que consideran inválida una disposición o un sistema dispositivo, “en tanto omita decir algo” que constitucionalmente resultaba necesario, y por su virtud lo omitido resultará obligatorio. En ellas el tribunal concluye que la invalidez de la disposición impugnada es inválida “en la parte en que no dice algo” que debió decir para ser constitucionalmente regular, de tal suerte que “agrega” un contenido normativo que no resulta del texto legal, sino implícitamente lo requiere la Constitución. El órgano constitucional introduce “lo que es omiso” en la disposición impugnada y que le es necesario para ser constitucional.

Este tipo de resoluciones han sido criticadas porque se considera que el juez va más allá de lo dispuesto por el legislador, actuando como “legislador positivo” y no confinado a una labor meramente “negativa” e invalidante. En realidad, debe considerarse que estas decisiones no se basan en “fantasías” de los jueces constitucionales, quienes sin más introducen lo que deseen en sus sentencias, sino que estas “adiciones” se realizan —mejor dicho: deben realizarse— para dar cumplimiento a principios contenidos en el sistema constitucional y máxima eficacia a sus normas relevantes al caso, pero que carecen de diáfana presencia en él.<sup>175</sup>

Las resoluciones aditivas determinan una omisión indebida del legislador, de tal suerte que se “añade” algo imprescindible a la disposición impugnada para que alcance su correcto grado de constitucionalidad; en pocas palabras, el legislador se quedó corto en su regulación, y el tribunal constitucional lo complementa. Por consiguiente, su efecto es ampliar

<sup>173</sup> Véanse Romboli, Roberto, “Italia”, Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 133-115, y Celotto, *op. cit.*, nota 111, pp. 91-95.

<sup>174</sup> También debe decirse que se trata de un género del cual se desprenden las llamadas resoluciones “aditivas de principio”, aparte de las aditivas *stricto sensu* o “de regla” que imponen una conducta muy específica; aquéllas añaden al ordenamiento legislativo una norma general indeterminada pero que implica la salvaguarda de determinados valores, y así imponen deberes mínimos.

<sup>175</sup> Cfr. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, nota 154, p. 594.

el espectro normativo para salvar la constitucionalidad de la disposición impugnada a supuestos o consecuencias que el legislador omitió regular, pese a que debió hacerlo.

Por lo mismo, era de esperarse que estas resoluciones no fueran cómodamente aceptadas en nuestro sistema jurídico; sin embargo, desde antaño, hemos tenido alguna experiencia con ellas en el juicio de amparo para hacer cumplir la garantía de audiencia<sup>176</sup> y en el referido caso *Identidad transexual*.<sup>177</sup> Estos precedentes develan que las resoluciones aditivas tienen carácter *desestimatorio* porque mantienen la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, a condición de que se observe el contenido normativo que les agregan —quizá surgiendo, como en el último caso referido, la posibilidad de una “invalidez parcial”—; pero también uno *estimatorio* en cuanto a los actos de aplicación de aquéllas, por no satisfacer dicha condición.

Las sentencias aditivas encuentran fundamento general en *el carácter normativo de las disposiciones constitucionales y su aplicabilidad inmediata*. Particularmente en nuestro ordenamiento, aparte de dichos principios, en el deber de “hacer guardar” la Constitución que tienen los ministros de la Suprema Corte y demás tribunales del Poder Judicial de la Federación, y en las facultades que tienen para imprimir efectos positivos a toda sentencia cuya finalidad es tutelar la eficacia constitucional.<sup>178</sup>

Hablando ya concretamente de la llamada *omisión legislativa*, aunque existen en nuestro país acciones específicas a nivel local para impugnarla (Campeche, Coahuila, Quintana Roo, Tlaxcala y Veracruz),<sup>179</sup> a nivel federal se discute si los mecanismos de control existentes son procedentes para ello, ante la ausencia de un mecanismo autónomo. El criterio general de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido que no lo son el juicio de amparo<sup>180</sup> y tampoco la acción de inconstitucionalidad —éste

<sup>176</sup> AUDIENCIA, ALCANCE DE LA GARANTÍA DE, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 82, p. 54.

<sup>177</sup> *Supra*, nota 160.

<sup>178</sup> Artículos 97, *in fine*, constitucional; 155 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 80 de la Ley de Amparo, y 41, fracción IV, de la LR105.

<sup>179</sup> En general, respecto de los mecanismos de control de constitucionalidad local, véase González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrua, 2006.

<sup>180</sup> LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN OR-

fue uno de los temas debatidos en la número 26/2006<sup>181</sup>—, y en cambio había aceptado la procedencia de la controversia constitucional en tales casos.<sup>182</sup>

Pero, posteriormente, en la controversia constitucional 59/2006 y otras 44 controversias,<sup>183</sup> emparentadas con la acción de inconstitucionalidad 26/2006, por ser relativas a la impugnación de varios municipios contra la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, nuevamente se trató el tema de la omisión legislativa. Los municipios impugnaron, entre otras cuestiones, *la omisión del legislador federal de emitir las normas que establezcan condiciones jurídicas para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación*. Por cinco a cuatro votos se determinó la improcedencia de la controversia constitucional para impugnar omisiones legislativas; en la parte considerativa del fallo se estableció que:

...la controversia constitucional no procede contra omisiones legislativas, pues tanto del texto de la fracción I del artículo 105 constitucional, como de la exposición de motivos respectiva, claramente se advierte que serán materia de la controversia todos los actos específicamente dichos como las disposiciones generales, encontrándose contenidos dentro de esta última expresión, tanto leyes ordinarias y reglamentos, ya sean federales o locales, e inclusive tratados internacionales, sin comprender la procedencia de esta vía constitucional a las omisiones legislativas, tan es así, que el artículo 21, fracciones I y II de la Ley Reglamentaria de la materia, prevé que el plazo para interponer la demanda será, tratándose de actos de treinta días contados a partir del siguiente: a) al en que conforme a la ley del propio acto surta efectos la notificación del acto que se reclame; b) al en que se haya tenido conocimiento de éste, o c) al en que el actor

DENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. VI, diciembre de 1997, tesis P. CLXVIII/97, p. 180.

<sup>181</sup> OMISIONES LEGISLATIVAS. ES IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN SU CONTRA, *idem*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P. XXXI/2007, p. 1079.

<sup>182</sup> CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. PROcede IMPUGNAR EN ESTA VÍA LAS QUE SE SUSCITEN ENTRE LAS ENTIDADES, PODERES U ÓRGANOS A QUE SE REFIERE LA LEY REGLAMENTARIA RESPECTIVA, SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE SUS ACTOS POSITIVOS, NEGATIVOS Y OMISIONES, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 115, p. 95.

<sup>183</sup> Resueltas el 15 de octubre de 2007.

se ostente sabedor de él y, tratándose de normas, de treinta días contados a partir del día siguiente: a) a la fecha de su publicación, y b) al en que se produzca el primer acto de aplicación. Sin que se comprenda, se repite, otro supuesto, en ese ámbito de tutela constitucional, como lo serían las omisiones legislativas.

De esta manera, la Corte ha cerrado el amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad a la impugnación de omisiones del legislador. No obstante, en nuestro país se han presentado pronunciamientos por omisiones (totales y relativas) respecto a la garantía de audiencia,<sup>184</sup> la regulación insuficiente bajo reserva de ley<sup>185</sup> y la seguridad jurídica (en el mismo caso “Ley de Medios”) por “la ausencia de reglas específicas y criterios objetivos [que] propicia la arbitrariedad”<sup>186</sup> —aunque en todos estos casos hubo alguna actuación positiva del legislador que dio pie a los procesos respectivos y no una absoluta omisión de su parte—.<sup>187</sup> Como se ve, existe poca claridad al respecto, pero no hay duda de que la omisión legislativa que dé lugar a una resolución “aditiva”, deba ser consecuencia necesaria de una regulación concreta, que el legislador tenga la ineludible obligación de establecer para satisfacer algún parámetro de regularidad establecido por la Constitución, obtenido por la interpretación jurisdiccional de ésta.<sup>188</sup>

<sup>184</sup> *Supra*, nota 176.

<sup>185</sup> LEGALIDAD TRIBUTARIA. ALCANCE DE DICHO PRINCIPIO EN RELACIÓN CON EL GRADO DE DEFINICIÓN QUE DEBEN TENER LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL IMPUESTO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, octubre de 2006, tesis P.J. 106/2006, p. 5. Véase Carbonell, Miguel, “Reserva de ley”, *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004, pp. 127 y 128.

<sup>186</sup> PERMISOS DE RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN, EN CUANTO CONCEDE DISCRECIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES CONFERIDAS A LA SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES PARA EL OTORGAMIENTO DE AQUÉLLOS, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P.J. 55/2007, p. 1083.

<sup>187</sup> Según lo anterior, el criterio determinante es al parecer si la omisión es absoluta o relativa, procediendo el control constitucional para la última. Véase Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 81 y 114-116.

<sup>188</sup> Véanse OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P.J. 11/2006, p. 1527; y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, nota anterior, pp. 86-89.

## B. *Sustitutivas*

Las resoluciones “sustitutivas”, por su parte, son aquellas con las cuales el tribunal remplaza porciones normativas de las disposiciones. En realidad, se trata de dos resoluciones con efectos sucesivos: una estimatoria invalidante de la sección que se elimina de la disposición y otra aditiva que agrega la regla o principio establecido por el tribunal constitucional con base en parámetros constitucionales (seguridad jurídica u otros). Y puede ser que no se trate de nuevas normas sino de las previamente existentes a la invalidada, como en las resoluciones en que por diversos motivos se “revive” la legislación anterior a la invalidada, que fue el caso de la acción de inconstitucionalidad 47/2006 y acumuladas, que versó sobre materia electoral.<sup>189</sup>

Por supuesto, las resoluciones anteriores son polémicas, pero en ambos supuestos no estamos —no debemos estar— ante una creación absolutamente libre de la jurisdicción constitucional, y tampoco a una actuación transgresora de sus límites funcionales. La sentencia aditiva —aislada o sustitutiva— se efectúa porque el tribunal “extrae una norma ya presente en el ordenamiento, por lo que su intervención [...] es «obligada»”.<sup>190</sup>

La justificación de esta actividad “creadora” de la jurisdicción constitucional se halla en la misma ley suprema: si la entendemos como un *sistema de valores* que, en cualquier circunstancia, todo operador jurídico debe salvaguardar —principalmente el encargado de su defensa— mediante acciones positivas tendentes a la promoción de los bienes jurídicos que tutela; de darse una posible afectación a éstos por la invalidez decretada por el tribunal contra una norma general, este órgano tendría el *deber* de tomar las medidas necesarias para que ella no se produzca, como habilitar normas que *exigen* las prescripciones de la ley fundamental —por ejemplo, satisfacer la seguridad jurídica con la reviviscencia del sistema normativo anterior—. El *fiat iustitiam et pereat mundus* siempre

<sup>189</sup> ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS FACULTADES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PARA DETERMINAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS FRENTE A UN SISTEMA NORMATIVO QUE HA REFORMADO A OTRO, INCLUYEN LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER LA REVIVISCENCIA DE LAS NORMAS VIGENTES CON ANTERIORIDAD A AQUELLAS DECLARADAS INVÁLIDAS, ESPECIALMENTE EN MATERIA ELECTORAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P.J. 86/2007, p. 778. Véase Balaguer Callejón *et al.*, *op. cit.*, nota 14, p. 242.

<sup>190</sup> Romboli, *op. cit.*, nota 173, p. 115.

es rechazable, pero más en el campo constitucional: no puede admitirse que al buscarse la protección del orden fundamental y la observancia del legislador a sus normas, se ocasionen a aquél adicionales o mayores problemas que resultarán, cuando menos, en obstáculos a la convivencia política y/o social porque no llevan a cabal cumplimiento los fines objetivos que para ella persigue la Constitución.<sup>191</sup>

### 5. *Resoluciones exhortativas*

Este tipo de sentencias se refieren a resoluciones estimatorias calificadas en que el tribunal constitucional declara la invalidez total o parcial de la norma impugnada, modulando temporalmente los efectos del fallo. En este supuesto, el órgano jurisdiccional estima que no debe inmediatamente expulsarse la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico, por los efectos perniciosos a que daría lugar el vacío legal que ello occasionará, por lo que prefiere “exhortar” expresa o tácitamente al órgano legislativo para que sustituya la normatividad declarada inconstitucional, fijándole un plazo para ello.

Así, se concede una *vacatio sententiae*, esto es, el diferimiento de los efectos temporales de la sentencia, la suspensión provisional de la invalidez decretada. En ese lapso puede suceder que el órgano emita la norma que reforme la declarada inconstitucional, pero también existe el riesgo de que no se cumpla con la exhortación porque no se den los consensos políticos necesarios para la aprobación de la nueva norma, por negligencia u otro motivo. En estos supuestos, llegado el término o agotado el plazo prudente para la emisión de la nueva normatividad y ante la omisión del legislador, la suspensión dejaría de tener efectos y entraría la validez de la declaratoria de invalidez de la norma.

También puede suceder que en el fallo respectivo se declare la invalidez de la norma y se exhorte al órgano legislativo correspondiente que emita una nueva conforme los principios y lineamientos establecidos en la propia sentencia, de tal suerte que el legislador cumpla cabalmente con la constitucionalidad de la norma. En este supuesto también se puede señalar un plazo determinado para que el legislador emita la nueva disposición.

<sup>191</sup> Cfr. Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 133.

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la primera acción de inconstitucionalidad en que la Suprema Corte declaró la invalidez de una norma general. Se trata de la acción de inconstitucionalidad 37/2001 y acumuladas, que dio origen al “recurso de queja” declarado “fundado” por defecto en el cumplimiento del fallo y que en su oportunidad analizamos; en este caso, según apuntamos, la ejecutoria de origen no se limitó a declarar la invalidez correspondiente, sino también a establecer lineamientos al órgano legislativo para que emitiera la norma correspondiente en un plazo de noventa días.<sup>192</sup>

#### 6. *Otras resoluciones: apelativa y de aviso*

En el derecho comparado también pueden encontrarse las resoluciones que referimos bajo este epígrafe.<sup>193</sup> El interés que representan no es por sus consecuencias prácticas —en realidad casi siempre se dan en resoluciones desestimatorias—, sino porque implican que el tribunal constitucional trasciende los límites tradicionales de su actividad y no se limita a declarar la invalidez o confirmar la constitucionalidad de una legislación, sino a realizar otros pronunciamientos que no implican propiamente opinión jurisdiccional y que tienen que ver con la política legislativa. En realidad son “criterios constitucionales de orientación para el legislador”, que no vinculan, pero sirven de referencia (son una forma de “cooperación”, dirían algunos autores) para la futura normatividad.

Las *sentencias apelativas* son un “llamado” al legislador en una resolución desestimatoria que confirma la validez actual de una norma, pero advierte de la invalidez que sobre vendrá, instando al legislador a tomar medidas apropiadas para evitarla (como por virtud de una reforma constitucional publicada pero aún carente de vigencia, por ejemplo). Esta “apelación” también puede darse cuando existe una desestimación de la acción por improcedente de tal suerte que, sin decidir materialmente, el órgano constitucional hace notar al legislador la notoria inconstitucionalidad de la norma sobre la cual no puede pronunciarse por un obstáculo procesal insubsanable.

<sup>192</sup> Véase *supra*, nota 78.

<sup>193</sup> Véanse Schlaich, *op. cit.*, nota 15, pp. 290-294, y Weber, Albrecht, “Alemania”, Aja (ed.), *op. cit.*, nota 173, pp. 80 y 81.

Tal fue el caso de la reciente controversia constitucional 59/2006 y otras. Como ya se refirió, en este asunto la Corte declaró improcedente la impugnación de la omisión legislativa relativa a las condiciones jurídicas para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, con base en que el artículo 105 constitucional sólo permite la impugnación de normas y actos positivos, pero no la inexistencia absoluta de disposiciones. Sin embargo, por mayoría de siete votos, el máximo tribunal concluyó que efectivamente hubo una omisión del legislador federal por lo que, no obstante declarar la improcedencia respectiva, estimó oportuno “hacer notar” las razones de dicha inconstitucionalidad expresamente en la parte considerativa del fallo, no en la resolutiva. Por su trascendencia, consideramos oportuno transcribir la parte relativa de esa sentencia:

...a pesar de la determinación anterior, esto es, que la controversia constitucional no contempla la posibilidad de que se controveja una omisión legislativa, ello no es obstáculo para que este alto tribunal haga notar que, en el caso, el legislador federal ha incurrido en una omisión legislativa.

En efecto, el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reformó mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el catorce de agosto de dos mil uno. De la lectura integral de la exposición de motivos, así como de los dictámenes que se dieron al seno del Congreso de la Unión, se advierte que el objeto de la reforma fue el reconocimiento y protección a nivel constitucional de la cultura y derechos de los indígenas, sus pueblos y comunidades, dado el grave problema de discriminación, marginación y explotación del que han sido sujetos este grupo social; por tanto, el propósito de la reforma fue la de proteger la identidad de los indígenas y tomar las medidas necesarias para la mejora permanente de su situación y lograr su integración económica, social y política a la vida nacional.

De esta manera, en el apartado A del referido artículo 2o. constitucional, se reconoció y garantizó los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas; en tanto que, en el apartado B del propio precepto constitucional, se contienen los instrumentos para lograr la igualdad de oportunidades, eliminar toda causa de discriminación y obtener los niveles de bienestar de los citados pueblos y comunidades indígenas, entre ellos, (en lo que a este asunto concierne) la posibilidad para que aquéllos puedan adquirir y operar medios de comunicación, para lo cual, el legislador federal quedó constreñido a instituir, mediante la adecuación de las leyes de la materia correspon-

diente, las condiciones necesarias para hacer posible, real y efectivo ese mandato constitucional.

Sin embargo, hasta la resolución de este asunto, el órgano legislativo federal, no ha emitido disposición jurídica alguna, para dar cumplimiento al referido mandato constitucional, por lo que es innegable que ha incurrido en una omisión legislativa.

Por último, existen las *resoluciones de aviso* por las cuales se indica un cambio jurisprudencial o una tendencia que seguirá el tribunal, pero sin tener la consecuencia de que se apliquen al caso concreto, principalmente por razones de seguridad jurídica o falta de oportunidad —situación que en México podría darse hablando de precedentes que integran lagunas legales y no “meramente interpretan” la ley—.<sup>194</sup> Además de los señalados por Weber sobre la inaplicación de un cambio de criterio sobre la procedencia de la queja constitucional, y el anuncio “a grandes rasgos” de los casos de restricción de la actividad pública gubernamental que podría tener efectos en la contienda electoral,<sup>195</sup> un ejemplo de estas insólitas resoluciones es el caso *Naftalin vs. King*, resuelto por la Suprema Corte del Estado norteamericano de Minnesota.<sup>196</sup>

En ese asunto se puso a consideración del tribunal si la emisión y venta de certificados cuyo monto total era superior al autorizado por la Constitución local para la deuda pública, constituyan un pasivo para el Estado y por lo tanto eran ilícitos al igual que la ley que los promovía. La Corte resolvió con base en varios precedentes que previamente habían tenido por legítima dicha ley, pero que en este nuevo caso ella misma ya advertía basados en un “razonamiento falaz” y por ende “equivocados”, y de este modo resolvió la constitucionalidad de la disposición legal en cuestión. Sin embargo, concluyó que “el *stare decisis* debe seguirse cuando resultara menos injusticia de la continuación... de una teoría errónea que de su corrección”, por lo que persistió en la interpretación que dio en casos anteriores para evitar dilaciones, dificultades y confusión en la construcción y rehabilitación de diversos hospitales y antes de finalizar expresó que “si se presentase a este

<sup>194</sup> Véase JURISPRUDENCIA. CASO EN QUE SU APLICACIÓN ESTÁ SUJETA AL PRINCIPIO DE NO RETROACTIVIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XI, marzo de 2000, tesis IV.1o.P.C.9 K, p. 1002.

<sup>195</sup> *Op. cit.*, nota 193, p. 81; BVerfGE 22, 349 (358-359); e *idem* 44, 125 (148-156).

<sup>196</sup> 257 Minn. 498 (1960). Véanse los comentarios sobre este asunto en Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 116-122; 500 y ss.

Tribunal otra vez el tema, en relación con leyes futuras..., éstas deberán ser declaradas violatorias de la Constitución". Contra esta resolución, el justice Knutson opinó, en su voto particular, que "la ley ahora bajo consideración tiene que ser declarada constitucional o inconstitucional de acuerdo al lenguaje de la Constitución. No puede ser una cosa hoy y otra mañana" (cursivas suprimidas).

El caso anterior muestra incipientemente la polémica que pueden desatar este tipo específico de resoluciones, que se incluirían en las prácticas contradictorias en que a veces caen los tribunales y "que aparentan no inquietarlos",<sup>197</sup> lo que fuerza a recomendar suma prudencia en su emisión.

<sup>197</sup> Cfr. García Belaunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 33 y 34.