

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



REVISIÓN AL CONCEPTO DE “NUEVO ACTO LEGISLATIVO” COMO PRESUPUESTO PARA LA ACTIVACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN MEXICANA EN LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD: EL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD FRENTE AL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

REVIEW OF THE CONCEPT “NEW LEGISLATIVE ACT” AS PROPOSED IN THE ACTIVATION OF THE MEXICAN SUPREME COURT OF JUSTICE SUBJECT-MATTER JURISDICTION FOR ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY. THE ABSTRACT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY VERSUS THE DIFFUSE CONTROL OF CONVENTIONALITY

Jorge Carlos PENICHE BAQUEIRO*

“He visto colegas en otros países con estructuras jurídicas que no incluyen las mismas cláusulas expansivas de control constitucional que nosotros poseemos, tomando posiciones que mantienen con vida en una forma significativa –que no demagógica- los valores esenciales de una sociedad democrática.”
Albert “Albie” Sachs,
(integrante del primer Tribunal Constitucional Sudafricano.)¹

* Licenciado en Derecho con *menCIÓN honorífica* por la Universidad Marista de Mérida A.C.; estancia de investigación en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). Subdirector de Área en la Dirección General de Constitucionalidad de la Procuraduría General de la República. Correo electrónico: jorgecarlos_@hotmail.com *El autor del presente trabajo desea agradecer al Dr. Francisco Vázquez Gómez Bisogno, a la Mtra. Leticia Villeda Suárez y al Lic. Gabriel Flores Ocampo los comentarios y opiniones en las discusiones preliminares que a la postre servirían de anotaciones y materia prima para la elaboración de este artículo. *A José Antonio Tadeo Castellanos Gual, primero maestro, después mentor y, finalmente, entrañable amigo. [Todas las posturas expresadas son responsabilidad exclusiva del autor y no representan la postura institucional de la PGR].

¹ Sachs, Albert. *The Strange Alchemy of Life and Law*. Reino Unido, Oxford University Press, 2009, p. 33. [Traducción propia].

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



RESUMEN: El presente artículo explora las funciones a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la vía abstracta de control directo de constitucionalidad, partiendo de la premisa insoslayable de que en este mecanismo converge también el ejercicio del control difuso de convencionalidad en su intensidad más elevada. El cambio de paradigma, que ubica la protección de los derechos fundamentales en el primer plano de la labor estatal, llevaría a la Corte a confrontar la compatibilidad de su desarrollo jurisprudencial en torno a la figura del “nuevo acto legislativo” como presupuesto de activación de su competencia, de cara a la necesidad de buscar alternativas para hacer frente a las infracciones a la norma convencional emanadas de los órganos parlamentarios.

Palabras clave: Suprema Corte de Justicia de la Nación; Corte Interamericana de Derechos Humanos; control difuso de convencionalidad; control abstracto de constitucionalidad; acciones de inconstitucionalidad.

ABSTRACT: This paper explores the abstract judicial review function of the Mexican Supreme Court of Justice, from the undeniable premise that in this constitutional procedure converges also the “conventionality control” power. The change of paradigm from the constitutional amendment on human rights passed in 2011, may take the Mexican Supreme Court to confront, from this new perspective, its actual jurisprudence with regard to the judicially shaped concept of the “new amendment act” passed by the parliamentary bodies, as this act it is what activates the Court’s abstract jurisdiction, in order to provide alternatives to face the infraction of international human rights standards when enacted by the legislative branch.

Keywords: “Mexican Supreme Court of Justice”; “Inter-American Court on Human Rights”; “conventionality control”; “abstract judicial review” “abstract judicial review procedure”.

I. Introducción: el establecimiento de las premisas de trabajo.

Con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 el sistema jurídico mexicano ingresó a una nueva época. La renovada confección del artículo 1º permeó por completo la totalidad del entramado constitucional y, bajo esta tesitura, no fueron pocos los que

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



hablaron de un “cambio de paradigma” en la manera de leer y comprender al texto constitucional.²

Como consecuencia de ello, la discusión relativa a los mecanismos que se utilizarían precisamente para la defensa de este transformado orden se centró en la arquetípica institución procesal para la tutela de derechos fundamentales en México, la cual –en conjunción con una diversa reforma constitucional publicada tan sólo unos días antes³– había adquirido, en un cambio que venía gestándose (por no decir exigiéndose) desde años antes⁴, un cariz distinto y renovados ropajes que la acercaban al siglo XXI. El llamado *nuevo juicio de amparo* acaparó las miradas.⁵

A su vez, el cuasi inmediato reconocimiento dado en sede judicial por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN o Corte) a tal realidad constitucional, al resolver el expediente varios 912/2010, dotaría de un contenido ingenioso a este novel paradigma, aceptando, entre otros aspectos, y mediante una lectura conjunta a la vigente redacción del artículo 1º constitucional con el diverso numeral 133 del mismo texto fundamental, la obligación de todas las autoridades del Poder Judicial de ejercer un *control de convencionalidad ex officio* en sede interna, de conformidad con los lineamientos desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Tribunal Interamericano).⁶

² Véase: Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro. *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma*. coord. Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), 2011, p. IX.

³ Véase: “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011. Disponible en red: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_193_06jun11.pdf [Consultado el 15 de julio de 2015].

⁴ Ejemplo destacable de ello resulta la obra del hoy ministro de la SCJN, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea “Hacia una nueva Ley de Amparo”. Véase: Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo. *Hacia una nueva Ley de Amparo*. 2ª ed., México, Porrúa, 2004.

⁵ Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, asignan, con toda a intención, a este nuevo juicio la denominación de “juicio de derechos fundamentales”, en oposición, al centenario concepto de “juicio de garantías”. El cambio, como defienden sus acuñadores, no obedece a razones menores o a un simple cambio de nomenclatura, sino a una verdadera mutación en la fisonomía de este procedimiento constitucional. Véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. y Sánchez Gil, Rubén. *El Nuevo Juicio de Amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la Nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, 2013, p. 3.

⁶ Hay quienes han leído en esta relevante decisión un verdadero ejemplo de mutación constitucional, al adherir materialmente a la Norma Fundamental un contenido que no se encontraba formalmente previsto en ella. Véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. y Sánchez Gil, Rubén. *El Nuevo Juicio de Amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la Nueva Ley de Amparo*, op. cit., p. 30.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



De cara a dicha resolución, cabe recordar que, como bien apunta Ferrer, la doctrina del control difuso de convencionalidad⁷, entendida, *grossa modo*, como el examen de compatibilidad que el operador jurídico en sede doméstica debe realizar entre los actos y las normas nacionales *vis-à-vis* la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos y la jurisprudencia del Tribunal Interamericano, presenta diversos “grados de intensidad”, según el particular sistema de control constitucional previsto en el Estado en cuestión y las competencias concretas que posea la autoridad jurisdiccional que efectúe dicho control.

Así, dejando en un segundo plano la revigorización experimentada por el juicio de derechos fundamentales y el giro dado por la SCJN al abandonar sus anteriores criterios y reconocer la existencia de un modelo de control difuso de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano⁸, el presente trabajo se centra en el grado de intensidad máximo de control que puede encontrarse en la (aún en construcción) “teoría general de la aplicabilidad del control difuso de convencionalidad”⁹, esto es, en la atribución para declarar la invalidez de la norma con efectos *erga omnes*, particularmente cuando tal declaratoria emana de la versión más pura del control concentrado: el mecanismo de control abstracto de constitucionalidad.¹⁰

⁷ Cabe recordar que el término “control de convencionalidad” fue acuñado por el otrora juez interamericano Sergio García Ramírez para referirse en un inicio al ejercicio de escrutinio convencional que realizaba la Corte IDH al pronunciarse sobre los casos sometidos a su competencia, realizando, en efecto, un control concentrado de convencionalidad. Véase, *inter alia*: Corte IDH. Caso *Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 07 de septiembre de 2004. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

⁸ Contrario a lo considerado por algunas voces reticentes, la obligación de ejercer el control de convencionalidad no implica que los países deban ajustar necesariamente sus sistemas de control constitucional a uno de tipo difuso, ya que aquel puede funcionar independientemente de la forma de control constitucional que opere en la jurisdicción doméstica. Esta distinción es precisamente el punto toral sobre el cual Ferrer edifica su hipótesis acerca de los distintos grados de intensidad que el control de convencionalidad puede presentar. Así, al reconocer la SCJN la existencia de un modelo de control difuso de constitucionalidad en el sistema mexicano, lo que en realidad hizo fue amalgamar ambas formas de control y fijar como mínimo aplicable un grado de intensidad medio, a saber, la inaplicación de la norma, cuando pueden existir efectos en el control menos invasivos pero quizá también menos efectivos. Véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma del Juez Mexicano* en “La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma”, coord., Carbonell, M. y Salazar, op. cit., p. 343 y SCJN. Pleno “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”. Tesis No. LXVII/2011(9ª).

⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma del Juez Mexicano* en La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma en op. cit., p.370.

¹⁰ No debe dejar de anotarse que las otras dos formas de obtener la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma con efectos *erga omnes* se encuentran previstas, por un lado y con sus particularidades, en el párrafo segundo de la fracción I del artículo 105 constitucional, en lo tocante a las controversias constitucionales (CC) lo que, en principio, no constituiría un ejercicio simultáneo de control de convencionalidad *strictu sensu* ya que no estaría en juego la protección *directa* de derechos fundamentales

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



De esta suerte, se parte de la premisa de que, si bien, por un lado, el juicio de derechos fundamentales se ha posicionado como la vía de control directo de constitucionalidad-convencionalidad que presenta el espectro de mayor extensión y amplitud en sede doméstica, y de ahí, en gran medida, el entendible “acaparamiento de miradas” al que se hacía alusión en las primeras líneas de este trabajo¹¹, el mecanismo de control abstracto se habría erigido, en el otro extremo, en el medio de que presenta mayor grado de eficacia de control de convencionalidad en esta reingeniería de defensa del texto constitucional.

Lo anterior en atención a que a la fisonomía originaria del procedimiento creado *ex professo* para obtener como producto resolutorio la declaratoria de invalidez de la norma con efectos *erga omnes*, se ha adherido, a raíz de los múltiples cambios ocurridos en el sistema jurídico mexicano, gestados, de un lado, en sede legislativa y, del otro, en sede interpretativa-judicial, tanto doméstica como internacional, la posibilidad de emitir en el ámbito interno, a través de este vehículo procesal, sendas declaratorias materiales de inconventionalidad de la norma con los efectos expansivos antes señalados.¹²

Tal integración a una de las notas características en el funcionamiento de los tribunales constitucionales ubicaría, a criterio del autor del presente trabajo, a la SCJN y a las Altas Cortes de la región¹³, particularmente a las que cuenten con facultades para

sino la preservación de dos principios estructurales en la CPEUM: la distribución de competencias y la división de poderes. A pesar de ello, como ejemplo destacable cabe traer a colación la CC 32/212 promovida por el municipio indígena de Cherán, en la que, empleando una ingeniosa estrategia de litigio, se defendió el derecho a la consulta previa de la Comunidad pero exteriorizándolo a través de la violación a su esfera de atribuciones en su calidad de municipio indígena. La otra forma de obtener la expulsión de una norma jurídica se encuentra en el procedimiento de declaratoria de inconstitucionalidad que se origina la jurisprudencia conformada en el juicio de amparo, según se advierte de los párrafos segundo y tercero de la fracción II del artículo 107 de la CPEUM.

¹¹ Para descripción del proceso de “re-ingeniería” en la fisonomía del juicio de amparo, véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. y Sánchez Gil, Rubén. *El Nuevo Juicio de Amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la Nueva Ley de Amparo*, op. cit., p. 25-72 y García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta. *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011)*. México, Porrúa, 2011, p. 215.

¹² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad: el Nuevo Paradigma del Juez Mexicano*, op. cit., p. 386.

¹³ Acuña destaca que la recepción del “modelo del tribunal constitucional” en la región pasa más por un elemento de materialidad que de formalidad, en la medida en la que más allá de no existir en algunos casos, en estricto sentido, tribunales de tal naturaleza, éstos son depositarios de la jurisdicción constitucional. Así, se presentan en Latinoamérica Cortes o Tribunales Constitucionales fuera del poder judicial (Chile, Ecuador, Guatemala y Perú); Tribunales Constitucionales situados dentro del Poder Judicial (Bolivia y Colombia); Salas Constitucionales que forman parte de las Cortes Supremas (El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua, Honduras y Venezuela) y Cortes o Tribunales supremos que realizan funciones de Tribunales Constitucionales (Argentina, México, Panamá y Uruguay). Todos ellos poseen, bajo articulaciones distintas, atribuciones de expulsión con efectos *erga omnes*, sea en la vía abstracta o concreta. Acuña, Juan Manuel. *La Expansión de la Jurisdicción Constitucional en América Latina* en “Curso de Derecho Procesal Constitucional”, coord. Acuña Roldán, Juan M. y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2ª ed. México, Porrúa, 2014, p.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos *erga omnes*, como primeras depositarias en sede doméstica de la garantía convencional.

Esto en la medida en la que, ante las violaciones perpetradas en sede legislativa por la introducción o permanencia de porciones normativas de contenido inconventional, se posicionaría a los “poderes contra-mayoritarios”¹⁴ al frente de la línea de batalla para expulsar una norma del ordenamiento jurídico, como función remedial ante el peligro latente de llegar al ámbito complementario internacional, principalmente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), por una petición relacionada con la norma violatoria de derechos fundamentales.

De ahí la relevancia de confrontar el cuerpo de precedentes construido en sede pretoriana por la SCJN¹⁵ respecto de los elementos que estructuran procesalmente el funcionamiento de este mecanismo de control, desarrollado en su mayoría durante la llamada “Novena Época”¹⁶, precisamente a raíz de que el artículo 105 constitucional adquiriese la conformación esencial que mantiene hasta hoy en día, *vis-à-vis* los primeros lineamientos y rasgos delineados por la Corte IDH para el adecuado ejercicio del control difuso o interno de convencionalidad¹⁷.

210-2011. Véase también: Heighton, Elena. *Sistemas Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad* en “La Justicia Constitucional y su Internacionalización: Hacia un *Ius Constitutionale* Comune en América Latina. Coord. Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela. México, IIJ, 2010, Tomo I. p. 107-175.

¹⁴ Nieto Castillo, Santiago. *Control de Convencionalidad y la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*. México, Serie Cuadernos de Divulgación Electoral. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014, p. 18.

¹⁵ En estricto sentido, el mecanismo de formulación de tesis, aun mantenido por la Corte en toda su labor jurisdiccional, únicamente sería aplicable para la formación de jurisprudencia que emana del juicio de amparo, mientras que, en lo que respecta a las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales se configuraría un verdadero sistema de precedentes que acercaría la labor jurisprudencial de la Corte, al menos en lo que a estas vías respecta, a uno de tipo anglosajón, en donde se acrecienta la necesidad de extraer la *ratio decidendi* y “... la identificación entre todas las partes de las razones que sostuvieron las consideraciones de la sentencia.” Véase: Cossío Díaz, José R. *La Controversia Constitucional*. México, Porrúa, 2008 p. XII.

¹⁶ Según se desprende del Acuerdo Plenario 5/1995 la Novena Época inició el 5 de febrero de 1995 con motivo de la reforma constitucional de diciembre 1994, concluyendo precisamente tras las reformas constitucionales del 6 y 11 de junio de 2011, las cuales darían pie a la inauguración de una nueva época (Décima Época), computada oficialmente desde el 4 de octubre de 2011. Véase: acuerdo 5/1995, disponible en red en: https://www.scjn.gob.mx/transparencia/paginas/trans_mn_cf_acplenario_jpermvig.aspx y acuerdo general 9/2011, disponible en red en: https://www.scjn.gob.mx/Documents/AGP_9_11-1.pdf [Consultados el 5 de septiembre de 2015.]

¹⁷ Para las etapas de evolución en la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la Corte IDH, véase, *inter alia*: Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 123-125; caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 128; caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, párr. 225 y Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



Así, el presente trabajo busca poner en la palestra al presupuesto que activa la expectativa de conocimiento por parte de la SCJN de una eventual acción de inconstitucionalidad, es decir, al objeto de control de esta figura: el producto legislativo.

II. Metodología.

Con base en las anotaciones preliminares referidas, el estudio que aquí se despliega pasa revista al concepto que nuestro Tribunal Constitucional ha ido moldeando casuísticamente para determinar si se está frente a un “nuevo acto legislativo” y por ende si se surte la oportunidad para someter una disposición a escrutinio constitucional en la vía abstracta.

Hecho lo anterior, se confrontará tal desarrollo jurisprudencial con las notas novedosas que el ejercicio del control interno de convencionalidad imponen a la Corte en el desempeño de sus funciones, con miras a tratar de esclarecer si existen razones que justifiquen la adopción de un enfoque distinto para aproximarse a disposiciones que violenten derechos fundamentales.

III. La doctrina jurisprudencial del “nuevo acto legislativo” desarrollada por la SCJN.

Introducidas al texto constitucional (art. 105, fr. II), mediante reforma publicada el 31 de diciembre de 1994, como un proceso especializado para la impugnación de leyes¹⁸ ante la jurisdicción constitucional que, a diferencia del juicio de amparo, no requería un caso concreto de afectación¹⁹, las acciones de inconstitucionalidad supusieron la inauguración de un nuevo modelo de control de constitucionalidad en el sistema mexicano²⁰, constituyendo un eslabón más para consolidar a la SCJN como un auténtico tribunal constitucional.²¹

¹⁸ En el caso mexicano, leyes en un aspecto tanto formal como material y tratados internacionales que prevén un proceso de incorporación específico al sistema jurídico mexicano, según se desprende de lo dispuesto por las fracciones I y X de los artículos 76 y 89 constitucionales, respectivamente.

¹⁹ García Morelos, Gumesindo. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. 2ª ed. México, Ubijus, México, 2009, p. 110.

²⁰ Brage Camazano, Joaquín. *La acción abstracta de inconstitucionalidad en “Curso de Derecho Procesal Constitucional”, op. cit.*, p. 375.

²¹ Castellanos Madrazo, José F. *El Control de Constitucionalidad de la ley en México*. México, Porrúa, 2014, p. 225. A su vez, Brage Camazano señala que si bien la SCJN se halla más próxima de ser un tribunal constitucional de lo que su *nomen iuris* indicaría, no es posible considerarla un auténtico y exclusivo tribunal de esta naturaleza, en la medida en la que continúa reteniendo, en opinión del autor, algunas atribuciones

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



Para regular el funcionamiento de este mecanismo, el segundo párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional fijaría como plazo para instar la competencia de la Corte en esta vía, treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma²², estableciéndose, en el artículo 19, fracción VII, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (LR105 o la Ley Reglamentaria), en conexión con los artículos 21, fracción II, y 65 de dicho cuerpo jurídico, que las demandas presentadas fuera de ese plazo serían improcedentes.

Cabe precisar que durante los más de 20 años que lleva en funcionamiento este mecanismo de regularidad constitucional²³, la SCJN ha sostenido criterios ciertamente encontrados en torno a la figura del acto legislativo que, teniendo como parámetro de referencia lo expresamente dispuesto por el aludido párrafo segundo de la fracción II del artículo 105 constitucional, han tendido a reducir o ampliar, según sea el caso, el objeto susceptible de ser sometido a control (espectro normativo impugnabile) de cara al producto concreto emanado de los órganos legislativos, federal o locales.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que la SCJN no ha mantenido un criterio unánime en torno a la teoría del “nuevo acto legislativo”, sino que ha privilegiado una aproximación casuística, es posible identificar en el desarrollo jurisprudencial de la 9ª y la 10ª época tres vertientes o enfoques de aproximación marcadamente distintos para considerar al acto legislativo como uno efectivamente nuevo:²⁴

1. El criterio formalista

competenciales de pura y simple legalidad. Véase: Brage Camazano, Joaquín. *La acción abstracta de inconstitucionalidad en “Curso de Derecho Procesal Constitucional”*, *ídem*.

²² Unos meses después, el 11 de mayo de 1995, se publicaba en el Diario Oficial de la Federación la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reiterando en su artículo 60 que el plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad sería de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial.

²³ A la fecha en la que se concluye el presente artículo (9 de septiembre de 2015) han sido presentadas ante la SCJN 860 acciones de inconstitucionalidad. Disponible en red en: <http://www2.scjn.gob.mx/IndicesCCAI/ControversiasConstitucionalespub/AInconstitucionalidadResueltas.aspx> y <http://www2.scjn.gob.mx/IndicesCCAI/ControversiasConstitucionalespub/AccionInconstitucionalidad.aspx> [Consultadas el 9 de septiembre de 2015].

²⁴ Para la cita de los expedientes emanados de procedimientos de acción de inconstitucionalidad se utilizarán las siglas AI.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



Este criterio se basa en el principio de *autoridad formal o congelación de rango*²⁵ y atiende a la mera presencia de la norma en el decreto de reformas correspondiente como único requisito necesario para considerarla susceptible de ser impugnada, no obstante que la disposición de mérito se reproduzca nuevamente al encontrarse ya prevista con antelación en el ordenamiento jurídico de que se trate. Tal postura inicial de la Corte representa una interpretación poco controvertible respecto a la literalidad de lo señalado por la fracción II del artículo 105 constitucional, el cual habla de publicación de la norma sin establecer mayores distinciones, como presupuesto desencadenante para iniciar el cómputo del plazo para instar la acción de inconstitucionalidad. Fue sustentada por vez primera en la AI 14/2001.²⁶

Aunque este criterio continúa vigente y es frecuentemente invocado, en tiempos más recientes ha sido objeto de excepciones que matizan y acotan su operatividad e introducen la exigencia de un requisito adicional, ya sea la extracción de la voluntad del legislador o un cambio material de contenido normativo, sea directo o indirecto²⁷. En virtud de lo anterior, podría considerarse que está en vías de ser abandonado.²⁸

2. El criterio voluntarista

²⁵ Con base en dicho principio debe entenderse que la extinción o modificación de un acto legislativo se produce a través de otro dictado conforme al mismo procedimiento y las mismas formalidades que dieron nacimiento al primigenio.

²⁶ Cabe destacar que en dicho asunto la Corte derivó sus conclusiones con base en razonamientos sostenidos previamente en un procedimiento de amparo, determinando que era posible transpolarlos a un mecanismo de control diverso como la acción de inconstitucionalidad. La Corte invocó los criterios establecidos previamente por al resolver el incidente de inejecución 142/94. Véase: “*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.*” Tesis P./J.89/97. Tal criterio fue reiterado en la AI 05/2004 y su acumulada 07/2004, dando lugar a la tesis jurisprudencial P./J.27/2004 de rubro: “*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.*”

²⁷ Véase: AI 22/2004, la cual dio lugar a la tesis de rubro “*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.*” Pleno. SCJN. (P. /J. 96/2007). Pareciera ser que la supuesta excepción constituiría más bien un abandono de criterio, pues bajo la nueva interpretación se introdujo el requisito de que la reforma vaya dirigida al contenido normativo del precepto que pretende impugnarse, centrando el enfoque en una mutación material más que meramente formal.

²⁸ No obstante, en la reciente discusión de la AI 19/2015 (27 de octubre de 2015) y a pesar de la oposición de los ministros Cossío Díaz, Franco González y Gutiérrez Ortiz Mena, quienes –como se verá más adelante– se alinean al criterio material, el criterio formalista fue utilizado como obligatorio para la Corte para determinar que una norma reproducida en el decreto de reformas de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Gobierno y Municipios del Estado de Baja California pero ya prevista con anterioridad, era susceptible de ser nuevamente impugnada.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



El criterio voluntarista adiciona al requisito anterior la corroboración de que la norma no novedosa pero reproducida en el decreto que se pretende impugnar, haya sido –al menos- discutida en el proceso legislativo de mérito, como medio para considerar que su presencia en tal decreto, no obstante no existir en todos los casos una modificación material o de contenido, emana de la voluntad del legislador.

La SCJN ha mezclado en algunos casos el análisis de los criterios voluntarista y material como indicadores que robustecen la posibilidad de impugnar la norma;²⁹ sin embargo, en la AI 24/2012, la Corte invocó este estándar como único requisito a tomar en consideración³⁰.

El ministro Aguilar Morales en la AI 02/2010 identifica en lo que respecta a este criterio la presencia incluso de un principio general emanado de los distintos pronunciamientos de la SCJN frente al concepto del nuevo acto legislativo:

...subyace un principio general que consiste en que se está en presencia de un nuevo acto legislativo a pesar de que se trate del mismo texto preexistente, cuando dicho texto hubiese sido materia del proceso legislativo y por tanto sea voluntad del legislador reiterarlo, pues del análisis mediante discusión y su consecuente votación se podrá manifestar y entender la voluntad del legislador.³¹

3. El criterio material³²

²⁹ Véase: AI 2/2010. En dicho asunto, la disposición formalmente modificada fue el artículo 391 del Código Civil del Distrito Federal (CCDF), sin embargo, se consideró que, más allá de que el diverso artículo 146 del CCDF había sido indirectamente modificado por la reforma realizada al artículo 391, también formaba parte del espectro normativo sobre la base de que “...sí fue objeto de discusión durante el procedimiento legislativo respectivo, habiéndosele incluido dentro del decreto de reformas que por esta vía se combate.”

³⁰ En el caso de mérito, la porción normativa objeto de control, en la especie, el párrafo segundo (antes tercero) del artículo 10 de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de los Sentenciados, no había sido materialmente modificada en el procedimiento legislativo, sino únicamente recorrida para ocupar el lugar del párrafo segundo tras la fusión del párrafo primero y el otrora párrafo segundo. Sin embargo, la Corte concluyó que la norma sí resultaba impugnabile ya que había sido objeto de discusión durante el procedimiento legislativo respectivo, aunque subordinando esa decisión de no reformar a la constatación de un resultado específico, a saber, su reiteración o reproducción en el decreto de reformas correspondiente. Votarían a favor de tal razonamiento las ministras Luna Ramos y Sánchez Cordero, así como los ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Luna Ramos, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández*, Pérez Dayán y Silva Meza. Votarían en contra los Ministros Franco González y Zaldívar Lelo de Larrea. *Tras el fallecimiento del Ministro Valls Hernández, se integró al Tribunal el ministro Medina Mora.

³¹ Véase: voto particular ministro Aguilar Morales, AI 02/2010.

³² Es empleado en la AI 29/2008 por primera vez como requisito adicional al criterio formal, al exigir que la reforma vaya dirigida al contenido normativo del precepto impugnado y no solamente a su identificación numérica o cambio de ubicación, introduciendo como pautas a observar la modificación del texto

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



Empleado como forma de aproximación a la norma por un número cada vez más creciente entre los ministros que actualmente integran la Corte, por lo que podría considerarse un auténtico cambio en la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Constitucional, representa el umbral de mayor exigencia para la activación de competencia en la vía abstracta, identificando al nuevo acto legislativo como aquél que necesariamente “...entrañ(e) un cambio en el contenido normativo del precepto...”³³. Así, solamente cuando exista un cambio de contenido en la norma sería posible su impugnación.

En su entendimiento más amplio, este criterio permite el escrutinio de la norma cuando se llega a generar un cambio en su núcleo normativo derivado de las enmiendas realizadas a otras disposiciones, aún a pesar de no haber sido formalmente modificada.

En relación con lo anterior, en su voto particular en la AI 24/2012, el ministro Franco³⁴ sentaría con nitidez las dos formas en las que puede operar el cambio en el contenido de la norma, esto es, de manera directa o indirecta. Así, el cambio directo se da cuando la norma en cuestión es objeto de modificación en su contenido, sentido y alcance; siendo por su parte indirecto, cuando una norma o porción de ella, aunque intocada por la reforma, varía en su sentido o alcance a consecuencia del cambio introducido en otros componentes del sistema o subsistema normativo.

*
* *

Establecido el estado del arte en torno a la postura de la Corte frente al concepto de “acto legislativo nuevo”, surge la duda subyacente acerca de si tales criterios o posturas resultarían directamente aplicables a cuestiones en donde se encuentre en juego la tutela, aunque sea de manera abstracta, de derechos fundamentales.

Con base en ello, se cuestiona qué debería hacer el Tribunal Constitucional, en su

correspondiente, su alcance jurídico o la precisión de un punto considerando ambiguo u oscuro, independientemente de que en los trabajos del proceso legislativo de mérito el legislador haya manifestado su voluntad de no reformar la norma.

³³ Véase: voto particular ministro Zaldívar Lelo de Larrea, acción de inconstitucionalidad 24/2012. En la actualidad, al menos, los ministros Franco González, Zaldívar Lelo de Larrea, Cossío Díaz y Gutiérrez Ortiz Mena, sostienen con claridad posiciones que, grosso modo, se identifican con este enfoque.

³⁴ Véase: Lo resuelto en la AI 02/2010 respecto de la posibilidad de impugnar el artículo 391 del CCDF, el cual se tornó como norma objeto de control a pesar de no haber sido formalmente modificada. En otras oportunidades la Corte ha declarado la invalidez de una disposición pero no por la vía de la procedencia para impugnarla, es decir, como parte del espectro normativo impugnabile o en calidad de norma (directamente) objeto de control sino utilizando el amplio margen con el que cuenta para asignar los efectos a la sentencia que emita, es decir, ingresando al estudio de la porción normativa en cuestión como norma objeto de control indirecto.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



sustentada calidad de primer depositario en sede doméstica de la garantía convencional, cuando una norma violatoria de derechos humanos no haya sido modificada, tal vez ni siquiera discutida en el proceso de enmienda, por el legislador emisor de la norma en el acto legislativo sometido a su conocimiento pero guarde, por ejemplo, relación o un vínculo con ella. ¿Es posible encontrar matices que podría invocar la Corte para justificar el conocimiento de la norma reputada inconvencional de ser planteada tal cuestión por uno de los órganos legitimados para instar la vía abstracta?

El siguiente apartado, a la par que reconoce la existencia de una serie de consideraciones que pueden esgrimirse en contra de la adopción de un enfoque distinto, busca ofrecer un conjunto de herramientas argumentativas que no deberían ser soslayadas previo a tomar una decisión definitiva al aproximarse a esta problemática.

IV. El nuevo acto legislativo: el papel de la SCJN cuando el legislador permanece en infracción a la norma convencional.

Uno de los grandes desafíos que enfrenta todo tribunal constitucional en el ejercicio de sus funciones es la deferencia que debe mostrar hacia la labor de los poderes constituidos, principalmente del legislativo, con miras a no asumir un rol que usurpe o invada su esfera de atribuciones y, dentro de este supuesto, señalan algunos, de no inmiscuirse en las decisiones que, en un pretendido ejercicio democrático, han sido adoptadas por las mayorías³⁵. Esta tensión no hace más que agudizarse cuando la cuestión sometida a escrutinio es precisamente el producto legislativo, presentado lisa y llanamente ante el juez constitucional para ser confrontado de manera abstracta de cara a su compatibilidad con el texto constitucional.

En efecto, la labor del juez constitucional en la garantía de preservar la “fuerza normativa de la Constitución” se maximiza cuando, en su función represiva, la tarea es “...impedir los ataques que a través de normas inconstitucionales se realicen contra...” ella.³⁶

Así, la exposición que aquí se construye presenta como premisa de estudio una disposición o porción normativa que, *prima facie*, se reputa violatoria de los derechos fundamentales en un sistema jurídico determinado, en este caso, el mexicano. Dicho en

³⁵ Dworkin, Ronald. *Los Casos Constitucionales* en “Los Derechos en Serio”, 5ª reimp., España, Ariel, 1984, p. 210-233.

³⁶ Sagües, Néstor P. *La Interpretación Judicial de la Constitución*. México, Porrúa, 2013, p. 20.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



otras palabras, la norma, en su momento, fue introducida al sistema normativo en cuestión y, por los motivos que sean, se ha perpetuado en el andamiaje jurídico estatal. El llamado “ataque” del que hablaba Sagüez no fue diagnosticado o impedido con oportunidad.

Esto pudo obedecer a diversas razones: quizá la norma no fue impugnada con oportunidad por los órganos legitimados para ello; tal vez en su momento no se le estimaba violatoria y esto ha cambiado producto de la evolución propia del Derecho³⁷ o de la misma apertura del sistema mexicano al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)³⁸; puede ser que –ya no siendo susceptible de ser sometida a escrutinio vía control abstracto- no se hayan reunido los requisitos necesarios para obtener su expulsión a través de otro mecanismo, etc.

Se trata pues, de decisiones adoptadas en su momento por las mayorías coyunturales que persisten en el sistema jurídico mexicano y que penetran el espectro del llamado “coto vedado”³⁹, el “límite de lo indecible”⁴⁰ o “las cartas de triunfo del ciudadano”⁴¹, según el autor de cabecera que se invoque -guardando las salvedades o distinciones conceptuales y de extensión que entre dichos términos pudiese hacerse-, pero que no reúnen en estricto sentido los requisitos, previamente abordados, delineados por la Corte.

Bajo esta tesitura, debe traerse a colación una realidad que se torna innegable: el legislador, local o federal, desenvolviéndose en algunos de los distintos órdenes jurídicos

³⁷ Este cambio opera en muchos casos mediante la llamada “mutación constitucional” de la constitución formal que se nutre materialmente de lo creado en distintas sedes, principalmente la pretoriana, sea nacional (SCJN) o internacional (la Corte IDH como protagonista por su ámbito de incidencia, pero también pueden incluirse a la Corte Internacional de Justicia o la Corte Penal Internacional). Véase: Sagües, Néstor P. *Los Jueces y la Interpretación Constitucional Mutativa* en “La Interpretación Judicial de la Constitución”, *op. cit.*, p. 49-79.

³⁸ En este aspecto juega un papel de primera línea el fenómeno del diálogo entre cortes (diálogo jurisprudencial) que va construyendo una especie de doctrina legal para los Estados signatarios de la CADH, a la luz del compromiso del cumplimiento *bona fide* de las obligaciones internacionales, máxime cuando la Corte IDH fija estándares en torno a la inconvencionalidad de normas en los casos sometidos a su consideración. Véase como referencia: Hitters, Juan C. *Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana* en Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Constitucionales, coord. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso. México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 889-906.

³⁹ Garzón Valdés, Ernesto. *Representación y democracia* en “Derecho, ética y política” 1993. Recuperado el día 23 de agosto de 2015.: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141760.pdf>

⁴⁰ Ferrajoli, Luigi *Sobre los Derechos Fundamentales* en Cuestiones Constitucionales. Número 15, julio-diciembre 2006. Disponible en red: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf> [Consultado el 23 de agosto de 2015].

⁴¹ Dworkin, Ronald. *Los Derechos y los Conceptos Políticos* en “Justicia Para Erizos” México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 401.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



que reconoce el texto constitucional⁴², al mantener en el sistema mexicano una norma inconveniente se ubicaría en infracción, entre otros, a los artículos 1.1 y 2 de la CADH, desembocando, en el plano internacional, en la comisión de un acto ilícito que acarrea la responsabilidad internacional del Estado mexicano⁴³.

En el otro extremo, se erige como primer argumento en contrario de esta postura expansiva, lo sustentado por la Corte IDH en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* al puntualizar a qué lineamientos se ceñía el ejercicio del control de convencionalidad, precisando que éste debe realizarse “...en el marco (...) de las regulaciones procesales correspondientes”⁴⁴ y que debían considerarse los “...presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia...”⁴⁵

Lo anterior, de cara al mecanismo de control en comento y la revisión realizada al desarrollo jurisprudencial de la Corte en torno al “nuevo acto legislativo”, llevaría a concluir preliminarmente que, en las circunstancias actuales, sería imposible afirmar un presupuesto habilitante distinto para conocer de una norma violatoria a derechos fundamentales por la vía abstracta, salvo que encuadre en algunos de los criterios sostenidos previamente por la SCJN y, con mayor seguridad, que la norma controvertida configure, tanto formal como materialmente, un nuevo acto legislativo. Esto es, que la porción tildada de inconstitucional represente una introducción de contenido normativo

⁴² SCJN. Pleno. “ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN.” Tesis: P./J. 136/2005. Se reconoce así la existencia de cinco órdenes que inciden, de manera distinta, en el funcionamiento del Estado mexicano: los órdenes jurídico-municipales; los órdenes jurídico-locales; el orden jurídico del Distrito Federal; el orden jurídico federal y el orden jurídico constitucional o total. Algunos autores, como el Mtro. Francisco Vásquez Gómez Bisogno, identifican una nueva categoría: la legislación única o con vocación nacional, introducida en el texto constitucional al establecerse la atribución del Congreso de la Unión para expedir la legislación única en materia adjetiva penal, ejecución de penas, etc.

⁴³ En efecto, entendiendo al artículo 2 de la CADH, como “un rostro” o manifestación complementaria de las obligaciones genéricas de respeto y garantía consagradas en el artículo 1.1 del Pacto de San José se desprenden de su contenido, según la interpretación del Tribunal Interamericano, la obligación de adoptar medidas en dos vertientes, en la que aquí interesa, el suprimir “...las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención.” Véase: Corte IDH. Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 176 y *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, párr. 36; García Ramírez, Sergio. *El control judicial interno de convencionalidad* en “El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales”, coord. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. México, Fundap, 2012, p.232 y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Comentario al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario”, Bolivia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2012, p. 72.

⁴⁴ Véase: Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, op. cit., párr. 128.

⁴⁵ *Ibidem*.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



novedoso en el sistema jurídico y que se impugne en el plazo establecido por el párrafo segundo de la fracción II del artículo 105 constitucional.

De esta suerte, no podría esperarse que la labor de la Corte, de cara a las violaciones del legislador a la norma convencional, varíe mucho en relación con las funciones tradicionales que venía ejerciendo en la vía abstracta. La deferencia a mostrar al legislador sería máxima y, en reflejo a ello, la asunción de funciones expansivas de tutela por parte de la SCJN bastante restringida⁴⁶.

A pesar de lo anterior, un argumento peculiar en torno al plazo para impugnar normas que, por su carácter violatorio de derechos fundamentales, resulten irreconciliables con el texto constitucional puede extraerse de lo determinado por la propia 1ª Sala de la SCJN al resolver el amparo en revisión 152/2013 (AR 152/2013).

En el caso de mérito, los quejosos impugnaban el artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca, vigente desde su conformación inicial al ser publicada la referida codificación en 1944 y que establecía que el matrimonio era un contrato entre un solo hombre y una sola mujer, sobre la base de que tal disposición constituía una norma autoaplicativa cuyo agravio se fundaba en el efecto discriminatorio generado automáticamente por la ley al excluir a las parejas homosexuales de este régimen de derecho familiar.⁴⁷

Ahora bien, respetando las nítidas disimilitudes que existen entre el mecanismo de control abstracto y el amparo cuando es utilizado para confrontar la compatibilidad de una norma general con el orden constitucional, sintetizadas en la necesidad de que converja en el segundo mecanismo un presupuesto de afectación (principio de agravio), lo que llevó en el caso de especie a la realización de un profuso estudio acerca de las diferencias entre el interés legítimo y el jurídico *vis-á-vis* el momento en el que se

⁴⁶ Apoya lo anterior el hecho de que la invocación de que una norma es violatoria de derechos fundamentales como argumento que habilite a la SCJN a ingresar a su estudio supondría *a priori* -en términos procesales- una notoria inversión del orden de estudio que debe desarrollarse. Se invocaría así la existencia de una norma con tal carácter para legitimar a la SCJN a ingresar al análisis de la disposición no impugnada en su momento en los plazos establecidos, siendo que tal conclusión, es decir, del carácter violatorio a derechos fundamentales, resultaría, en principio, propia o reservada al estudio de fondo al que debería haberse arribado una vez superado el escollo de la procedencia y, dentro de estos presupuestos de análisis, la oportunidad para la impugnación de la norma.

⁴⁷ En la primera instancia, el procedimiento de tutela había sido sobreseído sobre la base de una supuesta ausencia de interés legítimo de los quejosos para combatir el artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca, en la medida en la que, por tratarse de una norma heteroaplicativa, era necesario que los quejosos demostraran la existencia de un acto de aplicación.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



actualiza la afectación en el quejoso⁴⁸, lo cierto es que la SCJN reconoce en un tipo especial de normas, a saber, aquéllas que posean un mensaje estigmatizador por su carga discriminatoria, la existencia de un término perenne para impugnarlas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional expresaría lo siguiente:

...una ley cuya parte valorativa contenga un mensaje que se reputa como discriminatorio por hacer distinciones con base en una de las categorías sospechosas prohibidas en el artículo 1° constitucional, debe considerarse que es autoaplicativa –sin importar la fecha de entrada en vigor– y que sus efectos son permanentes, pues no se agotan en un instante, sino que se actualizan de momento a momento, por lo que se pueden impugnar en cualquier tiempo. Lo anterior constituye un nuevo entendimiento en el plazo de interposición de un amparo contra leyes autoaplicativas cuando el mensaje expresado por éstas sea estigmatizador y esté basado en categorías sospechosas...

En este sentido, uno de los puntos torales empleados por la Corte en su construcción argumentativa descansó en la idea de que no podía computarse el plazo para la interposición de la demanda de amparo, pues el *agravio* subsistía de forma continuada mientras persistía la proyección del mensaje tachado de discriminatorio, lo que configuraba una especie de *violación permanente* que posibilitaba controvertirla en cualquier momento desde su entrada en vigor.

Si bien tal concepto resulta, en principio, difícil de transpolar al mecanismo de control abstracto, ya que la *publicación* de la norma, como presupuesto procesal exigido por el texto constitucional, es un acto que, más allá de sus efectos, se materializa y agota en un momento determinado, tampoco debe perderse de vista que ambos procesos comparten una base jurídica de impugnación similar: la existencia de una disposición infra-constitucional irreconciliable con la Norma Fundamental que se ha perpetuado en el sistema jurídico y cuya vigencia, con sus correspondientes efectos concretos en la esfera

⁴⁸ El criterio adoptado, con base en el concepto de la “individualización incondicionada” sostuvo la existencia de una regla de relación entre la amplitud del espacio de normas heteroaplicativa inversamente proporcional al grado de inclusión abarcado por el contexto de agravio adoptado. Así, bajo esta resolución, a mayor flexibilidad en el tipo de interés exigido (interés legítimo basado meramente en un derecho objetivo, esto es, una afectación real e indirecta) se genera una reducción en el espacio de leyes heteroaplicativas y amplía de manera directamente proporcional el espacio de leyes autoaplicativas.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



del quejoso y abstractos en tanto presente en el mismo sistema jurídico y por ende derecho aplicable a los gobernados, permanece.

En efecto, la litis, al menos inicialmente, en cuanto a la confronta de compatibilidad que realiza el juzgar constitucional podría ser equiparable. El hecho de que en la acción de inconstitucionalidad no comparezca a juicio un sujeto que se duela por la afectación de la norma, en una cuestión que atiende más a la articulación de la relación procesal y función distinta de tales mecanismos, no significa que no existan en realidad sujetos mermados por la continuada permanencia de la norma inconveniente en el ámbito de validez en el que incida, derivado de la misma causa subyacente, a saber, el enquistamiento de tal disposición en el sistema jurídico por la falta de cumplimiento de las obligaciones internacionales del legislador doméstico.

Por el contrario, las ventajas en cuanto al grado de intensidad para ejercer el control de convencionalidad que presenta la figura de la acción de inconstitucionalidad son, como se ha sostenido, más efectivas, al permitir no solamente la inaplicación presente y futura de la norma en lo que respecta a la esfera jurídica del accionante constitucional sino la expulsión total de la norma del sistema jurídico.

De esta suerte, quizá la efectividad con la que la acción de inconstitucionalidad puede erigirse como escudo de protección del apartado dogmático de la Carta Constitucional se reputa como su activo más relevante en el tema de nuestros tiempos: la maximización de los derechos fundamentales.

De cara a lo anterior, invocando a Dworkin⁴⁹, si la labor de los jueces, en cuanto funcionarios protagonistas en hacer valer la Constitución, consiste en garantizar los derechos de conformidad con el orden constitucional vigente, tendencia a la cual parece inscribirse la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 y la posterior interpretación de la SCJN en el expediente varios 912/2010 al adherir al artículo 1º constitucional la obligación de ejercer el aludido control difuso de convencionalidad⁵⁰, ¿podría tal argumento llevar a nuestro Tribunal Constitucional a asumir, en el entendimiento de tal posición, una postura dinámica frente a la infracción legislativa en la derogación de normas inconvenientes?

⁴⁹ Véase como referencia: Dworkin, Ronald. Los Casos Constitucionales en “Los Derechos en Serio”, 5ª reimp., España, Ariel, 2005.

⁵⁰ Véase: Espíndola Morales, Luis. y Nieto Castillo, Santiago. *El control difuso de convencionalidad. Una aproximación* en “El control difuso de convencionalidad. Dialogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y jueces nacionales”, *op. cit.*, p. 415.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



A esta postura contribuye un entendimiento llevado concretamente al grado de intensidad mayor en el que puede ejercerse el control de convencionalidad, respecto de lo señalado por la Corte IDH en el multicitado *leading case* *Almonacid Arellano vs. Chile*:

... cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella (...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos (...) ⁵¹

La lectura de este considerando bajo el prisma del grado más intenso en el que puede ejercerse el control difuso de convencionalidad, en conjunción con lo resuelto por la 1ª Sala de la SCJN en el citado AR 152/2013, parece abrir una brecha en lo que antes se erigía como un muro procesal infranqueable.

Se trata pues de utilizar como premisa el deber de garantía y la prevalencia de la vinculación de la SCJN frente a las obligaciones estatales que emanan de la CADH, implícito en el razonamiento del Tribunal Constitucional en el AR 152/2013, de cara a las fallas del legislativo en sus obligaciones convencionales, llevando el ejercicio de tales funciones de garantía a su máxima expresión de intensidad para detener de manera definitiva, y no simplemente remedial al caso concreto, la infracción al orden internacional en la que se encuentra el Estado mexicano.

Esto genera, por supuesto, un nuevo entendimiento en las labores compartidas entre los tribunales constitucionales, como jueces interamericanos en sede doméstica, y la Corte IDH en sede internacional, en donde las altas cortes asumen esta posición en una especie de delegación de funciones por parte del Tribunal Interamericano y que se sustentan en el propio Pacto de San José.

⁵¹ Véase: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs Chile*, op. cit., párr. 123 y 124.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



Partiendo de tal idea, a continuación se propone un espectro argumentativo que, abrevando desde distintas aristas jurídicas y atendiendo al grado de pacificidad con el que su empleo sería admitido de cara a la eventual inaplicación de un precepto constitucional, en la especie, el párrafo segundo de la fracción II del artículo 105 constitucional, en tanto obstáculo procesal para la protección de derechos fundamentales, podrían invocarse para someter la disposición tildada de inconventional a escrutinio.

1. El criterio material: la naturaleza de la violación a derechos fundamentales como recurso directamente proporcional al grado del repudio de su permanencia en el sistema jurídico.

En el AR. 152/2013, la SCJN se enfocó en un tipo específico de normas: aquellas que por su mensaje discriminatorio y estigmatizador resultaban irreconciliables con el orden constitucional; ello justificaba que no venciese el plazo para impugnarlas.

Así, más allá del recurso a los llamados “efectos permanentes” como solución para sustentar la posibilidad imprescriptible de impugnar la norma, argumento cuestionable, a juicio de quien suscribe, tanto por su fortaleza para ser trasladado a otro tipo de violaciones a derechos fundamentales de igual gravedad, como por la tergiversación que genera con respecto a las reglas claramente establecidas por la fracción I del artículo 17 y 18 de la Ley de Amparo⁵², el voto concurrente del ministro Cossío en dicho asunto parece dar más claridad a esta postura argumentativa.

Discrepando de la distinción interés jurídico/ interés legítimo como criterio diferenciador para verificar el grado de autoaplicabilidad/heteroaplicabilidad de la norma, el Ministro simplifica la dicotomía creada en torno al plazo de impugnación, invocando más bien un criterio que atiende al tipo específico de violación: una violación por discriminación, en infracción directa al artículo 1º constitucional por emplear una diferenciación no objetiva ni razonable basada en una de las categorías sospechosas ahí

⁵² “Artículo 17. El plazo para presentar la demanda de amparo es de quince días, salvo:

I. Cuando se reclame una norma general autoaplicativa, o el procedimiento de extradición, en que será de treinta días;

(...)

Artículo 18. Los plazos a que se refiere el artículo anterior se computarán a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos, conforme a la ley del acto, la notificación al quejoso del acto o resolución que reclame o a aquél en que haya tenido conocimiento o se ostente sabedor del acto reclamado o de su ejecución, salvo el caso de la fracción I del artículo anterior en el que se computará a partir del día de su entrada en vigor.”

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



enumeradas hace que la infracción constitucional, al ser de tal envergadura y encontrar una protección tan específica y concreta, permita “...establecer un *criterio de oportunidad* distinto al que se ha aceptado por esta Suprema Corte.” (Énfasis añadido).

Ubicando tal argumento en clave de control abstracto, se estimaría así que la existencia de la norma se reputa tan aberrante que el plazo para impugnarla no fenece porque se privilegia la necesidad de expulsarla del sistema jurídico para cesar su vigencia, operatividad y posibilidades latentes de ser aplicada.

Se inscriben aquí también, aunque no hayan sido consideradas por la 1ª Sala de la SCJN al fijar tal estándar, las denominadas infracciones normativas que ingresan al espectro del “régimen de violaciones graves a derechos humanos”.

Por ejemplo, una disposición que pretenda amnistiar de manera absoluta a los responsables de la comisión de graves violaciones a derechos humanos (*blanket amnesties*)⁵³ debe reputarse, atendiendo a la extensa jurisprudencia del Tribunal Interamericano al respecto, como francamente irreconciliable con cualquier sistema jurídico de la región y por ende impugnabile, incluso en la vía abstracta, en cualquier momento.

Por otro lado, cabe en este apartado traer a colación una característica adicional del control de convencionalidad que no ha sido del todo enfatizada en los estudios en torno a los alcances de esta figura, radicada en el hecho de que, en palabras de la CortelDH, una norma publicada en infracción a la CADH carece desde el inicio de efectos jurídicos.

En el caso *Almonacid Arellano*, la Corte IDH precisó que la ley en cuestión, en la especie, una ley que amnistiaba violaciones graves a derechos humanos, carecía *ab initio* de efectos jurídicos otorgando a la declaratoria de invalidez en sede internacional efectos *ex tunc*, es decir, retroactivos⁵⁴. Operando desde esta perspectiva, la SCJN – actuando como juez interamericano en sede doméstica- solamente estaría confirmando en realidad el destierro de una norma que aunque formalmente se integró al sistema jurídico mexicano no lo hizo materialmente por constituir derecho inválido.

⁵³ Ambos, Kai. *El Marco Jurídico de la Transición* en “Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España.” coord. Ambos, Kai., Elsner, Gisela. y Malarino, Ezequiel. Alemania-Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 24.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, op. cit., párr. 124.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



Respecto de tal acápite, autores como Ferrer⁵⁵ han aconsejado guardar cautela de cara al manejo que debe darse a este *dictum* insertado en algunos precedentes resueltos por la CorteIDH, pues no en todos los casos abordados con posterioridad a *Almonacid Arellano* se ha incluido tal consecuencia jurídica, lo que hace pensar que el Tribunal Interamericano sí ha modulado los efectos del ejercicio del control de convencionalidad también atendiendo al marco fáctico o al tipo de violación a la que se inscriba la infracción a la norma convencional.⁵⁶

De ahí que pueda afirmarse que el argumento relativo a la nulidad absoluta de la disposición en análisis sería sustentable, de cara a la incipiente teoría del control de convencionalidad desarrollada por el Tribunal Interamericano, únicamente para los casos que entrañen violaciones graves a DDHH.

Es menester hacer notar que el criterio que aquí se expone presentaría como característica principal, frente al precepto constitucional que norman el plazo para la promoción de las acciones de inconstitucionalidad y los criterios que la SCJN ha sostenido previamente, el mayor grado de intensidad en el despliegue de actividades de la Corte, pues rompería con todo el andamiaje bajo el cual se estructura en la actualidad tal operación, en la medida en la que no se presenta ni siquiera un nuevo acto legislativo objeto de control que, en mayor o menor medida, se relacione con la norma que se pretende sea sometida a escrutinio constitucional.

Por tanto, el acto sometido a control es el acto primigenio que introdujo la norma tildada de inconstitucional al ordenamiento jurídico mexicano, independientemente de la fecha en la que haya sido publicado.

La razón que asiste a los sujetos accionantes previstos en la fracción II del artículo 105 constitucional, según su espectro de legitimación material, para impugnar la

⁵⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad: el Nuevo Paradigma del Juez Mexicano*, op. cit., p. 395. Debe mencionarse que tal cuestión podría reñir con la legislación nacional que, según lo dispuesto por el penúltimo párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, solamente permite la declaratoria de invalidez con efectos prospectivos, es decir, *ex nunc*, y no faculta para asignar efectos retroactivos, a excepción de la materia penal. En oposición a tal limitante, el juez interamericano en cita señala que, en ocasiones, dicha retroactividad resulta indispensable para lograr un adecuado goce y disfrute del correspondiente derecho o libertad, por lo que quizá la SCJN tendría que verse en la necesidad de inaplicar tal disposición constitucional prevista en el artículo 105 con la finalidad de efectivizar el goce y la protección al derecho transgredido, independientemente de la materia de la que se trate.

⁵⁶ Véase: Estrada, Alexei J. Comentario al artículo “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, de Castilla, K. en *Revista Derecho del Estado* n.º 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 51-54. Disponible en red: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4199/4644> [Consultado el 23 de agosto de 2015].

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



disposición es que la norma no puede subsistir ni perpetuarse por más tiempo en el orden jurídico apelando al principio de “depuración del sistema jurídico”⁵⁷ que persigue todo ejercicio de control abstracto, reforzado por el carácter o naturaleza de la norma violatoria.

2. La extracción de la voluntad del legislador en su propia inactividad: el plazo razonable para la realización de la reforma correspondiente.

El presente criterio guarda algunas similitudes con la figura de la “inconstitucionalidad por omisión”, aunque a la vez, las diferencias son patentes y no deben confundirse.

En ambos casos existe mora en la adopción de una decisión legislativa; sin embargo, en la inconstitucionalidad por omisión *strictu sensu* se ignora un mandato del Constituyente, tácito o expreso, de “desarrollo constitucional”⁵⁸, esto es, de producción legislativa en adición “...que sancione leyes reglamentarias de la constitución, llene de contenido a cláusulas programáticas. etc.”⁵⁹

Por el contrario, en el criterio que nos ocupa, aunque efectivamente se presenta también un desacato, en este caso tal infracción pasa por el hecho de infringir la obligación genérica de expulsar todas aquellas normas contrarias al Pacto de San José, contraviniendo el mandato del legislador internacional previsto en los artículos 1.1. y 2 de la CADH, el cual dota de contenido al mandato de protección establecido en el párrafo tercero del artículo 1º constitucional. En consecuencia, al final del día, es dable hablar también de una transgresión al propio texto constitucional.

Asimismo, una norma que contemple parcialmente el disfrute de un derecho, sea por omisión relativa o por exclusión deliberada⁶⁰, podría ser considerada en esta categoría. Sin embargo, debe acotarse que en estos casos se requiere una doble

⁵⁷ Véase: Huerta Ochoa, Carla. *El control de la constitucionalidad. Análisis del artículo 105 constitucional* en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado.” Septiembre-Diciembre, 1998. No. 93. Disponible en red: biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/93/art/art4.pdf [Consultado el 5 de septiembre de 2015].

⁵⁸ Sagüez, Néstor P. *La Interpretación Judicial de la Constitución*, op. cit., p. 185.

⁵⁹ *Ídem*.

⁶⁰ Sagüez utiliza el ejemplo de una norma que confiere el derecho a circular libremente en el territorio nacional a los habitantes pero no incluye a todos ellos o la que niega arbitrariamente a los miembros de determinados cultos la permanencia en el país. Véase: *Ibidem*.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



actividad legislativa, una de expulsión por parte del legislador negativo y otra, consistente en un mandato de adecuación de la normatividad, impuesta por el mismo Tribunal Constitucional al órgano legislativo.⁶¹

Así, la gran diferencia del presente criterio con la omisión absoluta, es que en el caso que nos ocupa sí existe un acto legislativo objeto de control que se tilda de inconstitucional, independientemente de que éste no haya sido impugnado de manera oportuna. En efecto, lo que no se da propiamente es un nuevo acto legislativo impugnado dentro del plazo de treinta días establecido por la LR105.

A su vez, la distinción que se hace con el criterio expuesto en el apartado que antecede, es que el espectro del presente enfoque es más amplio al comprender cualquier tipo de violación a derechos fundamentales y, por ello, su intensidad, en relación con el despliegue de la actividad jurisdiccional, menor ya que muestra un mayor grado de deferencia al legislador.

Tal deferencia se hace patente al exigir que, previo a ordenar la expulsión de la norma impugnada del sistema jurídico en cuestión, se efectúe un *test* para corroborar que el legislador no ha cumplido con derogar la norma habiendo transcurrido en exceso un plazo razonable para hacerlo, según los estándares delineados por la Corte IDH y el Tribunal Constitucional.⁶²

De esta suerte, se extraería primeramente la voluntad del legislador doméstico de permanecer en infracción a la norma constitucional y convencional, esto es, de continuar en desacato internacional, derivado de su propia inactividad en adoptar las medidas pertinentes para expulsar la norma violatoria del ordenamiento jurídico, lo que genera *per se* la responsabilidad del Estado mexicano en sede internacional, como pre-requisito para justificar la actuación subsidiaria del Tribunal Constitucional en el destierro de la norma con efectos *erga omnes*.⁶³

⁶¹ En dichos supuestos también habría que estarse al amplio margen de configuración con el que podría contar la Corte para dotar de los efectos a sus sentencias y no solamente expulsar la norma del orden jurídico sino ordenar al legislativo—e incluso dictar ciertos lineamientos— para adoptar una nueva norma.

⁶² Cabe destacar que textos constitucionales como el ecuatoriano ya prevén (art. 436.10) la figura del plazo razonable como herramienta adicional del Tribunal Constitucional para hacer frente a la mora legislativa. El antecedente de tal criterio fue utilizado por el Tribunal Constitucional Federal alemán cuando en casos de omisión en la producción de normas generales se estableció como estándar la observancia de un claro mensaje constitucional incumplido y el transcurso de un tiempo ya irrazonable en la adopción de medidas por parte del legislador. Véase: Sagüez, Néstor P. *La Interpretación Judicial de la Constitución*, op. cit., p. 196 y 197.

⁶³ Tema distinto es que, en reiteradas ocasiones, la Corte IDH ha precisado que el deber de adecuación de la normatividad interna se materializa como una vertiente de las garantías de no repetición, por lo que no

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



Respecto a tal extremo, Sagüez trae a colación un argumento irrefutable: frente a la inactividad de los órganos parlamentarios, vista antes como una “cuestión política no justiciable”, la Constitución no deja de ser norma jurídica obligatoria, tanto para el legislador como para el juez. Si el legislador falla, el Tribunal Constitucional debe hacer prevalecer la Constitución, tornándola operativa en todo lo que pueda⁶⁴, lo que la llevaría a expulsar todas aquellas normas que riñen con el texto del que es garante el órgano contramayoritario.

Cabe aquí inscribir un recurso argumentativo adicional. Recordemos que en el caso *Gelman vs Uruguay*, la Corte IDH señalaría sin mayores nimiedades que “...sus sentencias no sólo son atrapantes en el caso concreto (vinculación directa inter-partes), sino que también producen efectos vinculantes para todos los Estados signatarios de la CADH, en lo que respecta a la interpretación que dicho Tribunal efectúa de las normas convencionales (vinculación indirecta erga omnes)”⁶⁵, por lo que la SCJN actuando bajo esta premisa asumiría una función depuradora, al menos en lo que respecta a las porciones normativas inconventionales que ya constituyen juzgada internacional, para expulsar normas que ya no tienen ninguna razón para permanecer en un sistema jurídico determinado, independientemente de la falta del legislador doméstico en activar las vías tradicionales para su derogación.

*3. La extracción de la voluntad del legislador en el vínculo con el nuevo acto legislativo: la norma inconventional como objeto indirecto de control*⁶⁶

Este criterio se acerca más a la postura tradicional sostenida por la Corte en torno al enfoque voluntarista, aunque también retoma algunos aspectos del argumento anterior, si bien en un menor grado de intensidad, ya que en este caso sí existe al menos un nuevo acto legislativo. La característica principal de tal acto es que, a pesar de no modificar

implican una revisión en abstracto de la legislación nacional, sino que deben estar estrictamente vinculados a la violación en concreto abordada. Véase: Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. *Sentencia de 23 de noviembre de 2010*, párr. 285.

⁶⁴ Sagüez, Néstor P. *La Interpretación Judicial de la Constitución*, op. cit., p. 192.

⁶⁵ Hitters, Juan C. *Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana en op. cit., p. 905.*

⁶⁶ Sobre este punto, la SCJN ha desarrollado una novedosa teoría para modular el alcance de la extensión de efectos al determinar la validez indirecta de normas. Si bien tales criterios no son directamente aplicables, sí representaron un punto de partida para la construcción argumentativa que aquí se despliega. Véase: SCJN. “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA INVALIDEZ INDIRECTA DE LAS NORMAS.” Pleno. Tesis P./J53/2010.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



formal ni materialmente la norma tildada de inconstitucional, guarda un vínculo o relación material con ella.

De tal suerte que el legislador realiza una modificación a una disposición relacionada o incluso toda una reingeniería al marco regulatorio que rodea a la porción normativa inconvencional haciendo ver, de manera tácita, su deseo de perpetuarla en el sistema jurídico en cuestión al no haberla modificado o derogado⁶⁷, o al menos su indiferencia ante sus obligaciones convencionales.

El caso más destacable se aprecia en las diversas reformas realizadas a lo largo del país a los códigos civiles de las entidades federativas con la finalidad de elevar la edad mínima para contraer matrimonio, en cumplimiento al mandato establecido por la Ley General de Niños, Niñas y Adolescentes⁶⁸, en las que el legislador local al desplegar una tarea de adecuación sobre dicha institución opta al mismo tiempo por mantener la carga discriminatoria de la norma al limitar su espectro a las uniones heterosexuales, acuñando un producto legislativo que no solamente ignoraría una sólida doctrina jurisprudencial construida por la Primera Sala de la SCJN⁶⁹, sino que milita en contra de lo que puede ser considerado ya una práctica emergente de reconocimiento visible en sede judicial en otras latitudes.⁷⁰

La posibilidad para tornar a la disposición tildada de inconvencional como norma objeto de control, al menos de forma indirecta, dependerá en mucho del producto final *in casu* que genere el legislador en el decreto en escrutinio y su relación con las disposiciones que pretenden controvertirse.

Por ejemplo, en el caso del Código Civil del Estado de Jalisco, mediante decreto publicado el 4 de abril de 2015, se modificó el artículo 260 de la siguiente manera:

⁶⁷ En su menor grado de controversia, apelando a criterios sostenidos previamente por la Corte, como en la AI 24/2012, podría extraerse con mayor nitidez la voluntad del legislador de permanecer en infracción a la norma convencional, y a sus obligaciones internacionales, cuando la disposición de mérito haya sido objeto de discusión en el proceso legislativo pero no se haya materializado una modificación o expulsión de la norma como producto final de dicho proceso en el decreto correspondiente.

⁶⁸ “Artículo 45. Las leyes federales y de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán como edad mínima para contraer matrimonio los 18 años.”

⁶⁹ Aunque dicho razonamiento no fue invocado en el caso prototípico (AR 152/2013) con miras a apuntalar o robustecer la construcción argumentativa esgrimida, no es descabellado pensar que uno de las cuestiones que motivó en sus inicios la impugnación del artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca y la idea de construir una eventual estrategia de litigación, fue el percatarse de que dicha entidad federativa había realizado reformas a la institución del matrimonio, elevando el requisito de edad para contraerlo, mediante modificación realizada al diverso artículo 147 publicada el 20 de diciembre de 2013, pero había mantenido al mismo tiempo su carácter restrictivo en el acceso a las parejas no heterosexuales.

⁷⁰ Para un breve recuento del avance en sede pretoriana para la consolidación del matrimonio igualitario, véase la relación hecha por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el último caso en el que analizó esta cuestión. TEDH. *Case of Oliari and others vs. Italy. Judgment. July 21th, 2015.*

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



Código Civil del Estado de Jalisco (previo a la reforma)	Código Civil del Estado de Jalisco (reformado)
Artículo 260.- Para contraer matrimonio, <u>el hombre y la mujer necesitan haber cumplido dieciséis años</u> . Los jueces de la residencia de los interesados pueden conceder dispensa de edad por causas graves y justificadas.	Artículo 260.- Para contraer matrimonio, <u>el hombre y la mujer necesitan contar con cuando menos dieciocho años</u> de edad de conformidad a lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley General de las Niñas, Niños y Adolescentes.

(Énfasis añadido)

Respecto a dicha modificación, resultaría en principio discutible apelar solamente a los criterios formal y material para someter la totalidad de la disposición a estudio. Esto, en primer lugar, por la dificultad para invocar la simple reproducción de la norma como supuesto habilitante. Además, porque ante las diversas posturas sostenidas por la Corte en lo que respecta al criterio material, podría cuestionarse si el cambio de contenido normativo irradia plenamente al numeral, convirtiendo toda su confección en espectro normativo impugnante, o únicamente a la porción normativa que resultó verdaderamente modificada (cambio de edad).

Ante tal falta de claridad, surge la posibilidad de acudir a este diverso remedio argumentativo que extrae con nitidez la voluntad del legislador de reiterar la composición de dicho artículo e, indirectamente, de mantener su carga discriminatoria, lo que da cuenta de que el legislador se muestra reacio a dar cumplimiento a sus obligaciones convencionales.

En otros casos, la extracción de la voluntad del legislador y la construcción del vínculo puede ser más tenue al estar separadas la disposición que resulta, en estricto sentido, el “nuevo acto legislativo” y la que se estima inconvencional. Es ilustrativo el ejemplo del legislador de Yucatán, quien, mediante decreto número 285 publicado el 12 de junio de 2015, realizó diversas reformas al Código de Familia de la entidad para eliminar las reglas y condiciones que debían de observar quienes no hubieran alcanzado la mayoría de edad para contraer matrimonio, derogando, entre otros, los párrafos segundo y tercero del artículo 54, 55 y 56, pero manteniendo en su artículo 49 la

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



definición de matrimonio como “[u]na institución por medio de la cual se establece la unión voluntaria y jurídica de un hombre y una mujer...”

Por último, se trae a colación un ejemplo destacable en la práctica que da cuenta de la posibilidad de utilizar los recursos argumentativos antes expuestos en casos concretos. Se trata de la AI 11/2015.

En dicho asunto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) impugnó los artículos 7, párrafo segundo, y 104, primer párrafo, de la Constitución Política de Baja California, ya presentes en tal texto constitucional local pero reiterados en los decretos de reforma número 133 y 184 publicados en el medio oficial de dicha entidad federativa, por poseer un contenido claramente discriminatorio al privilegiar, entre otros, un modelo determinado de familia. Tales artículos, en lo que aquí interesa, prevén:

Artículo 7.- (...)

El Estado reconoce y protege la Institución del Matrimonio como un derecho de la sociedad orientado a garantizar y salvaguardar la perpetuación de la especie y ayuda mutua entre los cónyuges, satisfaciéndose este solamente, mediante la unión de un hombre con una mujer.

Artículo 104.- La Ley Civil contendrá disposiciones que tiendan a proteger la estabilidad del hogar y la constitución del patrimonio familiar, con miras a evitar el desamparo de la esposa e hijas.

(Énfasis añadido)

En el caso de mérito, a la fecha de conclusión de este artículo aún no resuelto por la SCJN pero con amplias posibilidades de ser sobreseído, la CNDH adujo, como argumento habilitante para tornar tales disposiciones como objeto de control del escrutinio abstracto, que la mera reproducción en el decreto de reformas publicado generaba una nueva oportunidad para su impugnación, invocando un precedente que parte de inicio con pocas posibilidades por las posiciones encontradas que existen en la Corte.

Sin embargo, es evidente que tales disposiciones de carga discriminatoria, una de ellas incluso ubicada en el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en el orden local, al haber sido reiteradas por el legislador en el decreto publicado podría estimarse que dan cuenta de manera patente de la falta de voluntad del legislador de reformarlas y

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



de permanecer en infracción a sus obligaciones convencionales. ¿Podría ello haber sido argumento suficiente para motivar a la SCJN a ingresar a su estudio?

V. Conclusiones: ¿un exacerbado activismo judicial?

Es innegable que las propuestas presentadas en el presente artículo podrían ser consideradas por algunos como una manifestación que toma partido y se funda en nociones del activismo judicial.

Para estos objetores, quienes ya conceden con cierta reticencia que un puñado de abogados no elegidos por la vía democrática posean la habilidad para interpretar los mandatos de la Norma Fundante (lo que, en honor a la verdad, tiene en muchas ocasiones el alcance de crear derecho)⁷¹, un ejercicio de esta naturaleza por parte la Corte supondría erigirla en un supra poder, irrespetuoso de las labores y de la propia mecánica de funcionamiento de otros poderes, en especial, del legislativo, a la par de que rompería, en una aproximación inicial, con la estructura y límites delineados por el propio Poder Revisor de la Constitución al introducir la figura de las acciones de inconstitucionalidad en el texto supremo en 1994.

No obstante ello, sin perjuicio de que se estima que se ha dado cuenta de cómo debe amalgamarse y “re-entenderse” la reforma que en 1994 buscaba consolidar a la SCJN como un Tribunal Constitucional con el nuevo “techo ideológico” en materia de protección a los derechos fundamentales fijado por la reforma de 2011, así como con sus renovadas labores como primer órgano garante en sede doméstica de la CADH, lo que llevaría incluso, según la propuesta planteada, y hay que decirlo con todas sus letras, a modular –en mayor o menor medida- la concepción tajante del plazo estatuido por la fracción II del artículo 105 a la luz del mandato establecido por el numeral 1º de la CPEUM, piedra angular en este nuevo paradigma, no debe soslayarse una cuestión ciertamente más preocupante que las discusiones en torno al activismo judicial y que ha sido puesta en evidencia por las líneas que anteceden: la falta de impacto efectivo que las obligaciones emanadas de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de

⁷¹ Dworkin, Ronald. *Justice in Robes*. Reino Unido. Belknap-Harvard, 2006, p. 29. El propio autor destacaría posteriormente la notable circularidad de este argumento, que intrínsecamente “...supone que una mayoría política tiene autoridad moral para decidir por todo el mundo problemas controvertidos, pero para esta concepción, una mayoría no tiene autoridad moral (previa) para decidir nada a menos que las instituciones a través de las cuales gobierna tengan la legitimidad suficiente.” Véase: Dworkin, Ronald. *La Democracia en “Justicia para Erizos”*, *Op. cit.* p. 466-467.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



2011, robustecidas y explicadas por la jurisprudencia de la Corte IDH, han tenido en la labor de los órganos legislativos domésticos.⁷²

En efecto, es la permanencia en infracción a la norma constitucional y convencional por parte del legislador doméstico, y por ello el énfasis que el presente artículo pone en extraer con estándares objetivos y razonables tal cuestión, el presupuesto desencadenante que llevaría a la SCJN a adoptar una decisión considerada “creativa” en términos jurisdiccionales, buscando alternativas y remedios judiciales para preservar la fuerza normativa de la Constitución, lo que en sede internacional se traduce, a su vez, en velar también en su máxima expresión por el “efecto útil” de los instrumentos internacionales de protección a derechos humanos.

Así, la idea de que el silencio del legislador importa, al permitir la perpetuación de una norma inconstitucional, una facultad discrecional, y que cualquier actuación judicial que intentara poner freno a ello era una invasión al ámbito del Poder Legislativo, ha quedado superada por la idea de que la Constitución, en tanto norma jurídica obligatoria, somete al legislador y al juez. Si el primero ignora sus obligaciones convencionales, el segundo, como se ha señalado, debe hacer prevalecer la Constitución tornándola operativa en todo lo que pueda.⁷³

Valadés aborda esta paradoja mediante lo que él denomina el proceso de *nomopoeisis* (el cambio de la norma originado en la norma misma). A su juicio, si bien los tribunales constitucionales implican una excepción a dos de los constructos que sirvieron de base al constitucionalismo moderno (la separación de poderes y la soberanía popular), cuando la elaboración de la norma queda, en muchas ocasiones, sujeta a las transacciones entre los factores de poder, la capacidad adaptiva de la propia norma debe ser lo suficientemente dúctil para generar respuestas innovadoras a los nuevos problemas de la sociedad y del Estado.⁷⁴

En consecuencia, la propia fuerza de nuestro orden jurídico, incrustada como base irradiante, en nuestro caso, en el artículo 1º constitucional, es tal, señala el citado autor,

⁷² Nieto hace notar la complejidad y desafíos que presenta una transición jurídica como la que acontece en el caso mexicano. Si bien las reformas legislativas han sustituido el marco normativo y han construido una nueva forma de entender el derecho, esto genera también la modificación del perfil jurista de esa sociedad determinada que quizá aún no se encuentra del todo arraigada en los operadores jurídicos. Nieto Castillo, Santiago. *Control de Convencionalidad y la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*, en *op. cit.*, p.12.

⁷³ Sagüez, Néstor P. *La Interpretación Judicial de la Constitución*, *op. cit.*, p. 192.

⁷⁴ Valadés, Diego. *A manera de prólogo* en “Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales”, *op. cit.*, pp. 28-30.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



que pone en movimiento acciones creativas incrementales capaces de conducir a la derogación de los órdenes cerrados o ensanchadoras de los derechos subjetivos en los órdenes abiertos⁷⁵.

De esta suerte, en este contexto de consolidación de las democracias constitucionales, caben, como bien lo señala el célebre Albie Sachs, integrante del primer Tribunal Constitucional Sudafricano, dos posturas: la posición que concibe a los poderes de un Estado como fuerzas antagónicas en conflicto y, en el otro lado, la concepción que los entiende como órganos coordinados en la consecución de una misma empresa, a saber, la empresa constitucional, lo que se traduce en una aspiración compartida para mejorar la vida de las personas, proteger la dignidad humana, la libertad y la igualdad.⁷⁶

El propio Sachs daría cuenta de que este entendimiento que parte de premisas compartidas puede conducir al final del día a entablar un *diálogo civilizado* entre el Legislativo y el Judicial, más que una discusión violenta entre poderes⁷⁷. A la postre, señala el autor, en la experiencia sudafricana, la cual contó como ingrediente con uno de los productos jurídicos más avanzados en cuanto a la extensión de facultades de su tribunal constitucional, llevó a la generación de una labor sanamente compartida entre ambos poderes⁷⁸.

El presente trabajo no pretende aportar respuestas definitivas en torno a la teoría del “nuevo acto legislativo” pero sí, en primer lugar, demostrar que los cimientos de la avenida por la que transita, en su vertiente abstracta, el grado más elevado de intensidad del control de convencionalidad, pueden resultar obsoletos cuando está en juego la tutela de los derechos fundamentales. Siendo patente que un enfoque más dinámico es necesario, se han dado las primeras propuestas que dan bases sólidas para variar tal aproximación.

Por ello, esta primera entrega se concentró, en cuanto a sus efectos, en un grado bajo de control de constitucionalidad de leyes, esto es, en la calidad de la SCJN actuando prioritariamente como legislador negativo, aunque reconducida a la luz de las obligaciones que se imponen a nuestro Tribunal Constitucional en el ejercicio del control difuso de

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Sachs, Albert. *The Strange Alchemy of Life and Law*, op. cit., p. 147.

⁷⁷ Breyer, integrante de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América y conocido por su aproximación pragmática, ha hecho ver las bondades de entablar un diálogo entre ambos poderes. Véase: Posner, Richard. *How Judges Think*. Londres, Inglaterra. Harvard University Press, 2010, p. 334.

⁷⁸ Véase como referencia el caso *Fourie* resuelto por la Corte Constitucional Sudafricana. Sachs, Albert. *The Strange Alchemy of Life and Law*, op. cit., p. 231-269.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



convencionalidad, enfocándose en la derogación de normas netamente inconstitucionales que no requieren posterior tratamiento parlamentario, lo que incluso desde un enfoque pragmático podría ser benéfico al permitir la derogación directa de normas aligerando la carga de trabajo legislativa.

No obstante ello, es deseable que posteriores aproximaciones al tema busquen ofrecer respuestas al papel de la Corte como legislador positivo y la cobertura de vacíos lagunosos, mediante la actividad *nomogenética* o productora del juzgador cuando el legislador permanezca en infracción a la norma convencional.⁷⁹

Así, se mantiene la esperanza de que este esfuerzo contribuya a los primeros pasos que deben darse para lograr el giro necesario hacia una sana actividad dialéctica entre el legislador y nuestro Tribunal Constitucional. El nuevo paradigma mexicano, piedra de toque que gesta la transición del Estado de Derecho Legislativo al Estado Constitucional de Derecho⁸⁰, y que camina junto con los países de la región hacia la consolidación de un *ius constitutionale commune*, pero sobre todo la lacerante realidad mexicana, lo demandan más que nunca.

Referencias bibliográficas.

- ACUÑA, Juan M. *La Expansión de la Jurisdicción Constitucional en América Latina* en “Curso de Derecho Procesal Constitucional”, coord. Acuña Roldán, Juan M. y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2ª ed. México, Porrúa, 2014.
- AMBOS, Kai El Marco Jurídico de la Transición en “Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España.” coord. Ambos, Kai., Elsner, Gisela. y Malarino, Ezequiel. Alemania-Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La acción abstracta de inconstitucionalidad* en “Curso de Derecho Procesal Constitucional”, coord. Acuña Roldán, Juan M. y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2ª ed. México, Porrúa, 2014.

⁷⁹ Sagüez identifica cuatro momentos en el desarrollo de la jurisdicción constitucional sobre el control de las leyes. La primera posibilidad, de baja intensidad, se basaba meramente en la inaplicación de las normas inconstitucionales; posteriormente, llegaría el legislador negativo para derogar normas inconstitucionales, bajo el modelo Kelseniano. Éste adoptaría más tarde el papel de legislador positivo, impulsando la sanción de nuevas normas y, en una cuarta etapa, se haría cargo personalmente de la inconstitucionalidad por omisión produciendo en sede judicial normas generales, es decir, actuando como legislador suplente. Sagüez, Néstor P. *La Interpretación Judicial de la Constitución*, op. cit. p. 204.

⁸⁰ Nieto Castillo, Santiago. *Control de Convencionalidad y la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*, op. cit., p. 13.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro. La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma. Coord. Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), 2011.

CASTELLANOS MADRAZO, José F. El Control de Constitucionalidad de la ley en México. México, Porrúa, 2014.

COSSÍO DÍAZ, José R. La Controversia Constitucional. México, Porrúa, 2008.

DWORKIN, Ronald. Los Casos Constitucionales en “Los Derechos en Serio”, 5ª reimp., España, Ariel, 2005.

_____ Justice in Robes. Reino Unido. Belknap-Harvard, 2006.

_____ Los Derechos y los Conceptos Políticos en “Justicia Para Erizos” México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

ESPÍNDOLA MORALES, Luis y NIETO CASTILLO, Santiago. El control difuso de convencionalidad. Una aproximación en coord. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. México, Fundap, 2012.

ESTRADA, ALEXEI, J. Comentario al artículo “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, de Castilla, K. en Revista Derecho del Estado n.º 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015.

Disponible _____ en _____ red:
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4199/4644>

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén. El Nuevo Juicio de Amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la Nueva Ley de Amparo. 1ª ed. México. Porrúa, 2013.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma del Juez Mexicano en La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma. México, IIJ-UNAM, 2011.

_____ Comentario al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario”, Bolivia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2012

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales en Cuestiones Constitucionales. Número 15, julio-diciembre, 2006. Disponible en red:
<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta. La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011), México. Porrúa, 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El control judicial interno de convencionalidad* en “El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales”, coord. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. México, Fundap, 2012.

GARCÍA MORELOS, Gumesindo. Introducción al Derecho Procesal Constitucional. 2ª ed. México, Ubijus, México, 2009.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Representación y democracia* en “Derecho, ética y política” 1993. Recuperado el día 23 de agosto de 2015. Disponible en red: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141760.pdf>

HEIGHTON, Elena. *Sistemas Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad* en “La Justicia Constitucional y su Internacionalización: Hacia un Ius Constitutionale Comune en América Latina. Coord. Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela. México, IIJ, Tomo I, 2010.

HITTERS, Juan C. Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana en Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Constitucionales, coord. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso. México, Tirant lo Blanch, 2013.

HUERTA OCHOA, Carla. *El control de la constitucionalidad. Análisis del artículo 105 constitucional* en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado.” Septiembre-Diciembre, 1998. No. 93. Disponible en red: biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/93/art/art4.pdf

NIETO CASTILLO, Santiago. Control de Convencionalidad y la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos. México, Serie Cuadernos de Divulgación Electoral. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014.

POSNER, Richard. *How Judges Think*. Londres, Inglaterra. Harvard University Press, 2010.

Sachs, Albert. *The Strange Alchemy of Life and Law*. Reino Unido, Oxford University Press, 2009.

SAGÜES, Néstor P. La Interpretación Judicial de la Constitución. México, Porrúa, 2013.

PENICHE BAQUEIRO, Jorge Carlos, Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>]. 2015, año 4, núm. 7, ISSN 2007-6045. Pp. 81-113.



VALADÉS, Diego. A manera de prólogo en “Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales” coord. Ferrer MacGregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso. México, Tirant lo Blanch, 2013.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo. Hacia una nueva Ley de Amparo. 2ª ed., México, Porrúa, 2004.

Recepción: 1 de octubre de 2015.

Aceptación: 21 de diciembre de 2015.