

VOTO CONCURRENTES QUE FORMULAN LOS SEÑORES MINISTROS ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, OLGA MARÍA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ Y GUILLERMO I. ORTIZ MAYAGOITIA, EN LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 25/2008 PROMOVIDA POR EL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE JALISCO.

En sesión de veintidós de abril de dos mil diez, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la presente controversia constitucional, declarándola fundada en contra de la omisión legislativa del Congreso del Estado de Jalisco consistente en la falta de regulación del haber de retiro previsto en el artículo 61 de la Constitución Política de la entidad (sexto punto resolutivo).

En efecto, ocho ministros consideramos que la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Jalisco es omisa en fijar las bases y mecanismos para el otorgamiento del haber de retiro que la constitución local establece a favor de los magistrados y jueces que se retiren forzosa o voluntariamente, lo que resulta violatorio del artículo 116, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto vulnera la garantía de **independencia judicial**, la cual exige —según lo ha interpretado este Tribunal—, que cuando los magistrados integrantes de los poderes judiciales locales no sean electos para un período vitalicio, al final de éste tengan derecho a un haber por retiro determinado por los propios congresos locales (considerando octavo, inciso C).

Por mayoría de seis votos, el Tribunal Pleno determinó que los efectos de la inconstitucionalidad por omisión debían constreñirse al otorgamiento de un plazo al congreso local para emitir las normas correspondientes, desechándose por esa votación la propuesta formulada por el Ministro Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia en el sentido de que, de manera provisional y hasta en tanto se cumpliera con la obligación de legislar, el haber por retiro para los magistrados en la entidad se rigiera en términos del artículo 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Formulamos este voto concurrente para expresar las razones por las que, estando de acuerdo con el sentido del fallo, consideramos que hubiera sido posible imprimirle efectos que aseguraran su mayor eficacia. Para ello, partiremos de un breve recuento de las sentencias atípicas el derecho comparado, para posteriormente analizar, desde esa perspectiva, las facultades que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene, en su carácter de Tribunal Constitucional, para fijar en sus sentencias efectos más allá de la nulidad o invalidez de normas.

I. SOLUCIONES DE DERECHO COMPARADO A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

En el ejercicio del control de la constitucionalidad de las leyes, los tribunales constitucionales cotidianamente se enfrentan con casos en los que los efectos meramente anulatorios de sus sentencias no resuelven la situación de incompatibilidad de una ley con la Constitución, lo que ha llevado a la adopción de diversas modalidades

sentenciadoras distintas a la simple declaratoria de invalidez. Esto es especialmente cierto tratándose de los casos de inconstitucionalidad por omisión, en los que la expulsión de la norma impugnada no es apta para el restablecimiento del orden constitucional, precisamente porque la violación deriva de algo que la norma enjuiciada no prevé.

Entre las soluciones que se han dado a esta problemática en los tribunales constitucionales europeos podemos identificar las siguientes¹.

1. El Tribunal Constitucional Austríaco: la postergación de los efectos

En el Derecho constitucional austriaco no existe una vía para plantear la inconstitucionalidad por omisión, pero la regulación legal de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional permite hacer frente a los problemas de omisión legislativa. En este sentido, la solución que se ha empleado es la de postergar la eficacia hasta por dieciocho meses de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, con el fin de dar tiempo al legislador de actuar antes de que opere la expulsión del orden jurídico de la norma deficiente.

2. El tribunal constitucional federal alemán: la “incompatibilidad” y otras soluciones

¹ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001.

2.1. Sentencias de incompatibilidad

La solución más extendida en el Derecho constitucional alemán consiste en no anular la ley, sino sólo declarar que ésta es contraria o incompatible con la constitución. En este caso, los efectos de la sentencia son imponer al legislador la obligación de suprimir la situación inconstitucional con auxilio de varios mecanismos: **(a)** dando indicaciones sobre la aplicación o no aplicación de la ley en el período precedente a la entrada en vigor de la nueva disciplina legislativa; **(b)** fijando las alternativas o los principios que ha de seguir el legislador; **(c)** estableciendo un plazo para la emisión de la nueva regulación. En este último caso, si se viola el plazo de aplicación lo normal es que la disposición no pueda aplicarse más y el tribunal determina la regulación transitoria, actuando de esta manera como un auténtico legislador.

2.2. Sentencias que declaran que la ley “no es todavía inconstitucional”

En estas sentencias se reconoce la constitucionalidad, pero se dice que en el futuro la ley puede ser inconstitucional (en ocasiones se señala un plazo para la intervención legislativa). Estas sentencias no tienen efectos propiamente jurídicos sino políticos (pedir al legislador que dicte la regulación constitucionalmente ordenada).

3. La Corte Constitucional Italiana: las sentencias aditivas y otras soluciones

3.1. Sentencias aditivas

Dada la estructura incidental del sistema de control constitucional del sistema italiano, el mecanismo más común para hacer frente a las omisiones legislativas es el de las sentencias aditivas, que son aquellas en las que el fallo es parcialmente estimatorio, toda vez que se declara que el precepto es inconstitucional “en la parte en que...” o “en cuanto...” no prevé, no incluye, o excluye algo que constitucionalmente debería prever, por lo que a través del fallo se introducen normas en el ordenamiento para hacerlo compatible con la Constitución. Se incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo el cual se estima necesario para adecuarse a la Constitución.

3.2. Invitaciones y amonestaciones al legislador

Estas reconvenciones al legislador se dan con la finalidad de que intervenga regulando una materia y, en su caso, se acompañan con la amenaza de una eventual declaración de inconstitucionalidad en el futuro.

3.3. Las declaraciones de inconstitucionalidad constatada, pero no declarada

En estos supuestos la Corte concluye el proceso con una decisión de falta de fundamento o de inadmisibilidad, pero afirma claramente que la normativa está en contraste con la Constitución, sin que proceda la declaración de inconstitucionalidad, al entender que con ello se excedería de los límites de sus funciones, invadiendo la esfera reservada a la discrecionalidad legislativa.

3.4. Sentencias de “delegación”

En estas sentencias, la Corte declara la inconstitucionalidad, pero no establece directamente la nueva regulación, sino que delega este cometido en el legislador, al que en ocasiones se le señalan los principios constitucionales que ha de tener en cuenta.

4. El Tribunal Constitucional Portugués: las acciones de inconstitucionalidad por omisión

El caso portugués se caracteriza porque existe una vía específica para el control de las omisiones legislativas ante el Tribunal Constitucional. No obstante, los problemas de este mecanismo tienen que ver con que no se aplica a las “omisiones relativas” y con que las sentencias que se pronuncian en esta vía no tienen efectos vinculantes para el legislador.

No obstante, en el sistema portugués también se han utilizado otras técnicas como las sentencias interpretativas, las de inconstitucionalidad parcial y las aditivas, mientras que no se han utilizado o no han sido tan frecuentes las decisiones de mera inconstitucionalidad o las decisiones apelativas.

5. El Tribunal Constitucional Español: entre las sentencias aditivas y la inconstitucionalidad sin nulidad

5.1. Las sentencias aditivas

Hasta mil novecientos ochenta y nueve, las sentencias aditivas fueron prácticamente el único mecanismo utilizado en los procesos de inconstitucionalidad para remediar omisiones legislativas. Como ya se dijo, en estos casos la Corte no anula la disposición impugnada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional. Desde entonces, se han utilizado también los siguientes mecanismos:

5.2. La inconstitucionalidad sin nulidad

Como ya se explicó, en estos casos el Tribunal Constitucional se limita a declarar la inconstitucionalidad de la norma y hace un llamado al legislador para que emita la regulación ordenada.

5.3. Apelaciones al legislador y concesión de plazos

En este caso pueden distinguirse varios supuestos:

- (a)** Los casos en que, tras señalar que el precepto impugnado es inconstitucional, no se procede a la declaración de nulidad sino que se realiza una llamada al legislador para que regule la materia, indicando en su caso un plazo para dicha regulación, que normalmente será un “plazo de tiempo razonable”.
- (b)** Los supuestos en los que la apelación al legislador se produce para que colme una laguna que acaba de crear el Tribunal con la declaración de

inconstitucionalidad y nulidad de un precepto o de algún inciso del mismo.

- (c)** Los casos en los que el Tribunal declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, indicando que el legislador debe proceder de nuevo a regular el aspecto declarado inconstitucional, e incluso se permite aconsejar cuál podría ser el contenido de la nueva regulación.
- (d)** Los supuestos en los que las apelaciones o recomendaciones al legislador no son consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad, sino que, a pesar de entender que la ley es conforme a la Constitución, se considera que la regulación es susceptible de ser perfeccionada, o de ser aún más acorde con la Constitución.
- (e)** Los casos en los que frente a una omisión absoluta del legislador, han acudido a la idea del “plazo razonable” para regular la cuestión, pero no para ofrecer este plazo al legislador, sino para decir que el mismo ya ha concluido, y basarse en esta circunstancia para estimar un recurso de amparo, aplicando directamente el contenido que deriva de la Constitución.

Como se ve, con diferentes matices y de distintas maneras, los tribunales constitucionales europeos han recurrido a distintas soluciones para dar salida a estos problemas, a veces sin un soporte legal claro, sino como una consecuencia de la necesidad de darle eficacia a los

fallos en los que la inconstitucionalidad de una norma no deriva de su contenido, sino de lo que omitió prever.

II. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA EN LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

La Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos regula con cierto grado de detalle los efectos de las sentencias dictadas en controversias constitucionales, según se advierte del artículo 41, fracciones IV, V y VI, que dice:

Artículo 41.- Las sentencias deberán contener:

...

IV. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya invalidez dependa de la propia norma invalidada;

V. Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales o actos

impugnados, y en su caso la absolución o condena respectivas, fijando el término para el cumplimiento de las actuaciones que se señalen.

VI. En su caso, el término en el que la parte condenada deba realizar una actuación.

En términos de las fracciones V y VI del precepto reproducido, es claro que las controversias constitucionales tienen, en principio, una dimensión de anulación de normas generales, mientras que para el caso de actos, existe la posibilidad de dictar sentencias de condena.

Por su parte, la fracción IV le da a esta Corte la posibilidad de fijar alcances y de señalar todos los elementos que sean necesarios para la plena eficacia de sus fallos. Esta fracción no está circunscrita al caso de actos. Se trata de una facultad adicional a la posibilidad de dictar fallos de condena, que se encuentra redactada en términos que sugieren una potestad muy amplia, en tanto se refiere a “**todos** aquellos elementos necesarios” que aseguren la “**plena** eficacia” de los fallos.

En este sentido, el alcance y contenido que se le dé al artículo 41, fracción IV, de la ley reglamentaria debe ser acorde con la naturaleza de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional. La función de un tribunal constitucional es la de operar normativamente para darle contenido al precepto que ordena velar por la eficacia de sus fallos, a fin de dotarlos de un carácter plenamente reparador.

Desde esta perspectiva, nos parece que dentro de los efectos que le es dable fijar en sus fallos a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando advierte que una omisión legislativa produce inconstitucionalidad, se encuentra la posibilidad de hacer aplicable, en el ámbito de una determinada entidad federativa, una legislación diversa —existente o derogada, federal o de algún otro estado—, de manera temporal, hasta en tanto la legislatura local subsana la omisión respectiva, cuando ello sea necesario para restablecer el orden constitucional transgredido y evitar que se consumen los efectos de la violación.

Todo tribunal constitucional tiene una función creadora del derecho que actúa en el nivel constitucional, por encima de los órdenes federal y estatal, de modo que, desde el artículo 41 de la ley reglamentaria, le es dable a esta Suprema Corte reconstruir partes del orden jurídico a partir de decisiones judiciales.

Esto puede hacerse mediante el establecimiento de lineamientos que deberán observarse por los operadores jurídicos en ausencia de la legislación que subsane la omisión inconstitucional o, cuando ello resulte más conveniente, mediante la remisión a otros ordenamientos legales, inclusive derogados o pertenecientes a otros órdenes parciales, sin que ello implique sustituirse en la función legislativa, pues se trata de una medida transitoria que, con el fin de dar plena eficacia a una sentencia estimatoria, colma una laguna mediante la aplicación de una alternativa válida, sujeta a que el legislador actúe en

pleno uso de su potestad, con el único límite del texto constitucional.

Lo anterior no supone una invasión a la esfera del legislador local porque el tribunal constitucional no opera en el orden federal sino en el orden constitucional, total o nacional, lo que lo faculta para actuar, en términos del propio artículo 41 de la ley reglamentaria, “en el ámbito que corresponda”, para asegurar la eficacia plena de sus fallos.

III. LOS EFECTOS DEL FALLO EN EL CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa, este Tribunal encontró que la ausencia de normas que regulen el haber de retiro de los Magistrados del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco es violatoria de la garantía de independencia judicial que tutela el artículo 116, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo anterior hace necesario dar solución al caso de los magistrados que quedarán en situación de retiro antes de que se legisle, a fin de preservar el principio de independencia judicial y no hacer nugatorio un derecho concedido por el artículo 61 de la Constitución del Estado de Jalisco que delega en el legislador ordinario la regulación de dicho haber.

A fin de dar una solución clara a esta problemática, hubiera sido deseable que de forma interdictal se estableciera la aplicabilidad provisional del primer párrafo

del artículo 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación², a manera de condena complementaria al mero señalamiento de un plazo para legislar, con lo cual se le hubiera dado plena efectividad a la sentencia, como lo ordena el 41 de la ley reglamentaria de la materia.

Acudir a la legislación federal como norma de referencia para resolver los casos concretos hasta en tanto se cumple con la obligación de legislar, era adecuado para mitigar las consecuencias de la omisión legislativa ante la ausencia de otros parámetros de referencia útiles, como hubiera sido la existencia de una norma derogada a la que se le hubiese podido dotar transitoriamente de ultractividad.

Lo anterior no hubiera significado la imposición de una legislación federal a un orden estatal, porque no se hubiera tratado de una aplicación directa de la ley sino del cumplimiento a una sentencia. Tan es así, que ya en diversos precedentes hemos recurrido a soluciones de este tipo como la ultractividad de leyes derogadas en materia electoral con el fin de subsanar el vacío producido por una declaración de inconstitucionalidad de normas³.

² **Artículo 183.** Al retirarse del cargo, los ministros tendrán derecho a un haber por retiro de carácter vitalicio, el cual será equivalente al cien por ciento durante los dos primeros años y al ochenta por ciento durante el resto del tiempo, del ingreso mensual que corresponda a los ministros en activo.

³ (...) **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS FACULTADES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PARA DETERMINAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS FRENTE A UN SISTEMA NORMATIVO QUE HA REFORMADO A OTRO, INCLUYEN LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER LA REVIVISCENCIA DE LAS NORMAS VIGENTES CON ANTERIORIDAD A AQUELLAS DECLARADAS INVÁLIDAS, ESPECIALMENTE EN MATERIA ELECTORAL.** Si el Máximo Tribunal del país declara la inconstitucionalidad de una determinada reforma en materia electoral y, como consecuencia de los efectos generales de la sentencia se produce un vacío normativo que impida el inicio o la cabal continuación de las etapas que componen el proceso electoral respectivo, las facultades que aquél tiene para determinar los efectos de su sentencia, incluyen la posibilidad de reestablecer la vigencia de las normas vigentes con anterioridad a las declaradas inválidas, de conformidad con el artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional, que permite al Alto Tribunal fijar en sus sentencias "todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda", lo que, en

En los términos en que fueron aprobados, los efectos de la sentencia no cumplen el objetivo de darle plena eficacia al fallo de la Corte. El simple señalamiento de que el legislador debe subsanar la omisión en el próximo período de sesiones no da una solución inmediata a los casos de retiro que puedan presentarse, lo que resulta preocupante si se tienen en cuenta las dificultades del proceso legislativo, el cual involucra colaboración de poderes y pluralidad de etapas, que hacen incierto el oportuno cumplimiento del fallo.

Además, no debe perderse de vista que, en el caso que nos ocupa, el poder legislativo no ha actuado a pesar de que la controversia se promovió en dos mil ocho, cuando el mero señalamiento del poder judicial respecto a la falta de regulación del haber de retiro debía haber sido suficiente para que el poder legislativo actuara. La aplicación transitoria de la norma federal hubiera servido como un mensaje claro y un mayor incentivo para que el Congreso legisle a la brevedad.

MINISTRO PRESIDENTE GUILLERMO I. ORTIZ
MAYAGOITIA

último término, tiende a salvaguardar el principio de certeza jurídica en materia electoral reconocido en el artículo 41, fracción III, primer párrafo, de la Norma Suprema, que consiste en que al iniciar el proceso electoral los participantes conozcan las reglas fundamentales que integrarán el marco legal del procedimiento y que permitirá a los ciudadanos acceder al ejercicio del poder público. (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, tesis P./J. 86/2007, página 778*)

**MINISTRA OLGA MARÍA SÁNCHEZ CORDERO DE
GARCÍA VILLEGAS**

MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA