



Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)*

La Suprema Corte de Justicia de México como legislador positivo**

RESUMEN

Desde una perspectiva material, la Suprema Corte de México ha evolucionado de una corte de casación a un tribunal constitucional. Sus atribuciones desde la reforma constitucional de 1994 le otorgan la posibilidad en exclusiva de declarar la invalidez general de las normas con efectos generales hacia el futuro. A tres lustros de distancia se advierte una evolución en el tipo de sentencias que dicta, de tal modo que en ocasiones su actuación se perfila hacia un verdadero legislador positivo, en consonancia con cierta tendencia evolutiva de los tribunales constitucionales, a través de una función activa y creadora del derecho, como lo demuestra la doctrina de la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a las declaradas inválidas. No obstante, esta tendencia se ve desdibujada con criterios dubitativos e inconstantes, como en el caso de las omisiones legislativas.

Palabras clave: tribunales constitucionales, control constitucional, proceso constitucional, justicia constitucional, jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

ZUSAMENFASSUNG

Materiellrechtlich hat sich der Oberste Gerichtshof Mexikos von einem Kassationsgerichtshof zu einem Verfassungsgericht gewandelt. Im Rahmen seiner Vollmachten hat er seit der Verfassungsreform von 1994 als einziges Gericht die Möglichkeit, gesetzliche Regelungen als solche mit allgemeiner Wirkung für die Zukunft für ungültig zu erklären. Fünfzehn Jahre später lässt sich eine Entwicklung der von ihm verkündeten Urteile dahingehend feststellen, dass sein Vorgehen in einigen Fällen aufgrund seiner aktiven Rechtssetzungsfunktion dem eines regelrechten positiven Gesetzgebers nahe kommt und damit einer Entwicklungstendenz von Verfassungsgerichten folgt. Dies zeigt sich unter anderem an der Doktrin vom Wiederaufleben

* Juez *ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (⟨eferrerm@servidor.unam.mx⟩). Director de la Revista Iberoamericana de *Derecho Procesal Constitucional*, (⟨www.iidpc.org⟩, ⟨eferrerm@servidor.unam.mx⟩)

** El presente trabajo fue presentado en inglés como *relatoria nacional* en el XVIII International Congress of Comparative Law (Washington, 25 de julio al 1.º de agosto del 2010), con el título “The Mexican Supreme Court of Justice as a positive legislator”. La ponencia general estuvo a cargo del destacado constitucionalista venezolano Dr. Allan R. Brewer-Carías: “Constitutional Courts as Positive Legislators”.

ehemals gültiger Bestimmungen, die in der Folge für ungültig erklärt wurden. Diese Tendenz ist jedoch angesichts in sich un schlüssiger und nicht durchgehend beibehaltener Kriterien nicht eindeutig. Ein Beispiel dafür ist der Fall der Versäumnisse des Gesetzgebers.

Schlagwörter: Verfassungsgerichte, Normenkontrolle, Verfassungsprozess, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rechtsprechung, Oberster Gerichtshof der Nation, Mexiko.

ABSTRACT

From a material point of view, Mexico's Supreme Court has evolved from a court of cassation to a constitutional court. Since the constitutional reform of 1994, its functions include the exclusive power to declare the invalidity of rules with *erga omnes* effects and for the future. Fifteen years after the reform we observe an evolution in the court's decisions which on occasion show it acting as a true positive legislator, according to the general trend of constitutional courts: in an active role and creating the law, for example, with its doctrine of revival of the rules that were in force before those that were declared invalid. This trend, however, is blurred by hesitations and changes in the criteria, as in the case of legislative omissions.

Keywords: constitutional courts, constitutional control, constitutional procedure, constitutional justice, jurisprudence, Supreme Court of Justice of the Nation, Mexico.

1. Introducción

Desde el punto de vista material, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (en adelante SC) ha evolucionado desde un *tribunal de casación* hacia un *tribunal constitucional*, especialmente a partir de la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994. Luego de esa fecha su composición se redujo de veintiséis a once ministros, y se le otorgaron facultades para declarar la invalidez de las normas con efectos *erga omnes* hacia el futuro, a través de dos mecanismos: la *acción abstracta de inconstitucionalidad* y las *controversias constitucionales*.

Estas atribuciones son exclusivas de la SC, por lo que la mejor doctrina la ha considerado un verdadero tribunal constitucional, si bien todavía conserva cuestiones propias de una corte de legalidad, al encontrarse en la cúspide del Poder Judicial federal. Debido a esta dualidad de funciones (constitucionales y legales), se ha considerado que el sistema de control de la constitucionalidad en México resulta ser de naturaleza *mixta*, por cuanto posee rasgos del control europeo o concentrado y a la vez aspectos del sistema difuso o americano, debido a que también la SC conoce del *juicio de amparo* (en revisión), en el cual solo puede desaplicar la norma inconstitucional al caso particular.

El cabal ejercicio de estas competencias constitucionales ha llevado a la SC a una evolución en el tipo de sentencias que dicta, de tal modo que ha dejado atrás la conceptualización del célebre jurista vienés Kelsen, en tanto ya no es un simple *legislador negativo*, para avanzar hacia lo que podría denominarse como la actuación de un

verdadero *legislador positivo* en consonancia con cierta tendencia evolutiva de los tribunales constitucionales.¹

Para justificar lo anterior, a continuación analizaremos brevemente a la SC como un *tribunal constitucional*, así como los efectos de sus sentencias, y muy especialmente los casos que permiten visualizar su función activa y creadora del derecho.

2. La Suprema Corte como tribunal constitucional

2.1. Breves antecedentes

Los antecedentes más lejanos de la SC se encuentran en la Real Audiencia de México, establecida el 29 de noviembre de 1527 como máxima instancia judicial en la época de la Nueva España (1521-1821). Durante la etapa de la lucha de la independencia (1810-1821), funcionó el que se ha considerado el primer tribunal federal: el Supremo Tribunal de Justicia de la América Mexicana, con sede en Ario de Rosales, Michoacán (1815).

Sin embargo, la SC formalmente quedó regulada en la primera Constitución vigente del México independiente. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos promulgada el 4 de octubre de 1824 organizaba el Poder Judicial en su artículo 123, el cual depositaba dicho poder en una Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, los ordenamientos constitucionales centralistas (las Siete Leyes de 1836 y las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843) también regularon a la SC.

A partir de la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857 la SC adquirió competencias de control constitucional definidas a través del juicio de amparo, instrumento que a lo largo del juicio XIX fue conformando su peculiar naturaleza actual, que se definió en la vigente Constitución Federal de 1917.

2.2. Evolución constitucional

Para los efectos que aquí nos interesan, las dos reformas constitucionales más importantes en materia judicial, y especialmente de transformación de la SC en un tribunal constitucional, se efectuaron en los años de 1987 y particularmente en 1994.

1. La reforma constitucional del 29 de agosto de 1987 tuvo como propósito convertir a la Corte en un *tribunal especializado de naturaleza constitucional*, como expresamente señala la exposición de motivos de la reforma. De esta forma, el control de mera legalidad que antes conocía la SC pasó a los tribunales colegiados de circuito.

2. Seis años después apareció la reforma constitucional en materia judicial más importante de los últimos años. La reforma de 31 de diciembre de 1994 comprendió un total de 27 artículos sustantivos y 12 transitorios. Su importancia se desdobra en

¹ Cf. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Buenos Aires y Madrid: Marcial Pons, 2009.

dos aspectos fundamentales: primero, en la composición orgánica de la SC (se redujo de veintiséis miembros a once), y segundo, en la creación de todo un sistema de control constitucional, que nos acerca considerablemente a los tribunales constitucionales europeos.

2.3. Competencias

2.3.1. De control constitucional

La SC conoce esencialmente de tres instrumentos de control constitucional: a) la acción abstracta de inconstitucionalidad; b) la controversia constitucional (conflictos competenciales o de atribuciones entre órganos y poderes del Estado), y c) el juicio de amparo.

a. *Control abstracto de inconstitucionalidad.* Esta facultad es exclusiva de la SC a través de la *acción de inconstitucionalidad*, mecanismo regulado en el artículo 105, fracción II, de la Constitución federal.

Se encuentran legitimados para interponer la acción: 1) el 33% de los integrantes de los órganos legislativos (federal o locales); 2) el procurador general de la República; 3) los partidos políticos, y 4) las comisiones de derechos humanos (ombudsman), sea la nacional o las de las entidades federativas.

Como veremos, se requiere de una votación calificada para declarar la invalidez con efectos generales, es decir, cuando se obtengan ocho (de once) votos. En caso de existir mayoría simple, deberá declararse improcedente la acción y archivarse el asunto. Esta exigencia de la mayoría calificada ha sido criticada por la doctrina y existen propuestas para suprimirla.

b. *Control concreto.* Se efectúa a través de dos instrumentos: las controversias constitucionales y el juicio de amparo. A diferencia de la acción abstracta de inconstitucionalidad, estos instrumentos requieren de una afectación concreta (interés legítimo o jurídico) para que procedan.

b.1. *Controversias constitucionales* (conflictos competenciales y de atribuciones).

El artículo 105, fracción I, establece once incisos que pueden agruparse en tres categorías: 1) conflictos entre distintos órdenes jurídicos con motivo de la legalidad o constitucionalidad de una norma general o de un acto (por ejemplo, federación y un estado y el Distrito Federal, federación y un estado); 2) conflictos entre órganos de distintos órdenes jurídicos por la legalidad o constitucionalidad de normas generales o de actos (por ejemplo, Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión), y 3) conflictos entre órganos del mismo orden jurídico, por la constitucionalidad de normas generales o de actos (por ejemplo, entre dos poderes de un estado, de un estado y un municipio del mismo estado).²

² Cf. José Ramón Cossío Díaz: "Artículo 105 constitucional", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional*, México: Porrúa, 5.^a ed., 2006, tomo II, pp. 957-999, en p. 982.

Este proceso constitucional es exclusivo de la SC. Las resoluciones pueden tener efectos generales hacia el futuro con la misma exigencia de la votación calificada de ocho ministros. Sin embargo, a diferencia de la acción de inconstitucionalidad, cuando exista mayoría relativa producirá efectos interpartes.

- b.2. *Juicio de amparo*. Regulado en los artículos 103 y 107 constitucionales, es el mecanismo de control constitucional más arraigado en México, no solo por tener una tradición centenaria, sino porque representó el único mecanismo efectivo de protección constitucional hasta la multicitada reforma constitucional de 1994.

Una característica es que las sentencias en los juicios de amparo solo protegen el caso particular, es decir, existe una desaplicación de la ley al caso concreto sin que pueda realizarse una declaración general. Desde el año 2001 existe un proyecto de reforma constitucional para otorgar efectos generales a las resoluciones cuando se trate del llamado *amparo contra leyes* y exista jurisprudencia de la SC (tres ejecutorias en el mismo sentido), propuesta todavía pendiente de aprobación. La cuestión ha sido retomada en una nueva iniciativa de 2009, que ya ha sido aprobada por el Senado de la República (con variantes) y está actualmente en discusión en la Cámara de Diputados.

2.3.2. *Otras competencias y atribuciones*

Además de esas tres competencias constitucionales, la SC tiene otras “peculiares competencias constitucionales”, así como múltiples competencias de diversa índole que la asemejan más a un tribunal o corte de casación, alejándola de su pretensión de tribunal constitucional. Entre las más importantes se encuentran el *procedimiento de investigación de la SC* respecto de la posible violación grave de garantías individuales, regulado en el artículo 97, párrafo segundo, de la Constitución; la *facultad de atracción*, para conocer de aquellos amparos que originariamente corresponden a los tribunales colegiados de circuito o bien a los tribunales unitarios de circuito, en los recursos de revisión en juicios ordinarios en que la Federación sea parte y cuando su interés y trascendencia así lo ameriten; la resolución en caso de *contradicción de criterios*, y de *conflictos competenciales entre tribunales colegiados de circuito*; así también conoce de *recursos de ciertas quejas administrativas*, y decide sobre la *destitución de autoridades por violación de las sentencias de amparo*.

3. La Suprema Corte como legislador positivo

La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación prácticamente no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con relación al procedimiento y solamente de manera

excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar —y ello, únicamente, por principios o direcciones generales—, la actividad del legislador negativo, o sea, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, y constituye principalmente aplicación del Derecho y, solamente en una débil medida, creación del Derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional.³

Tal era la concepción del célebre jurista Hans Kelsen, quien al redactar el anteproyecto de la Constitución de Austria de 1920 creó por vez primera un órgano especializado para el control de la regularidad constitucional, denominado tribunal constitucional, el cual debía limitarse a realizar el análisis de constitucionalidad y, dado el caso, proceder a declarar la invalidez de la norma impugnada.

Ahora bien, como ejemplificaremos más adelante, la labor de los tribunales constitucionales modernos ha dejado atrás la sola anulación de leyes; los retos de la justicia constitucional cada vez son más complejos y requieren de una intervención mucho más participativa de los jueces constitucionales, de tal modo que han avanzado en terrenos que para Kelsen eran insospechados y probablemente no deseados. En este tenor, los problemas de constitucionalidad provocan la labor creativa del juez constitucional, quien debe poner en juego todas las herramientas jurídicas a su alcance, conjuntadas con la sensibilidad, prudencia y autocontención que debe tener.

A continuación nos pronunciaremos sobre las sentencias que dicta la SC en su carácter de tribunal constitucional y posteriormente haremos algunas reflexiones sobre casos complejos en los que la respuesta constitucional ha ido más allá de un simple *legislador negativo*.

Para determinar los efectos y contenidos de las sentencias constitucionales que dicta la SC —y para comentar los casos excepcionales—, es necesario distinguir entre los tres mecanismos de control constitucional, debido a que presentan características distintas cada uno de ellos.

3.1. Juicio de amparo (efectos particulares)

Desde el Acta Constitutiva de 1847, los fallos de la SC en materia de amparo se han limitado a proteger el caso particular, conforme el tradicional principio de la relatividad de las sentencias. Estimamos que esta situación debe superarse para incorporar la declaración general de inconstitucionalidad, cuando menos en el sector que se suele denominar *amparo contra leyes*.

Esto ha provocado que las sentencias constitucionales estimatorias en materia de amparo sean limitadas por proteger solo al peticionario, si bien sus efectos, a diferencia de lo que sucede con los otros procesos constitucionales, se retrotraen al momento

³ Hans Kelsen: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10, México, julio-diciembre 2008, pp. 3-46, p. 25

en que se cometió la violación (*ex tunc*), de conformidad con lo que establece el artículo 8o de la Ley de Amparo:

La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trata y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija.

En efecto, la Ley de Amparo dispone que los efectos de las sentencias en esta garantía constitucional serán retroactivos; sin embargo, la jurisprudencia de la SC ha evolucionado para otorgar a las sentencias estimatorias de amparo también efectos hacia el futuro o *ex nunc*, y no solo efectos retroactivos o *ex tunc*. Este avance resulta significativo debido a que rompe con la práctica de la autoridad de volver a aplicar el mismo precepto que había sido objeto de protección, evitando que el quejoso tenga la carga de presentar nuevos amparos contra actos posteriores de aplicación. Ahora, conforme al principio de autoridad de cosa juzgada, los efectos temporales de la sentencia estimatoria no solo consisten en restituir al quejoso al estado en que se encontraba antes de la vulneración de los derechos fundamentales, actuando *hacia el pasado*, destruyendo el acto de aplicación que dio lugar a la promoción del juicio de amparo, así como los actos de aplicación que en su caso se hayan generado durante la tramitación, sino que también actúan *hacia el futuro*, lo que implica que el efecto del amparo sea impedir que en lo sucesivo se aplique al quejoso o agraviado la norma declarada inconstitucional.⁴

También se observa que jurisprudencialmente se han ido matizando los limitados efectos particulares de las sentencias de amparo, de tal suerte que en determinados supuestos se ha extendido la protección a sujetos distintos del peticionario de garantías. Esto sucede, por ejemplo, cuando los efectos se extienden a los codemandados del quejoso, cuando sin haber ejercitado la acción constitucional correspondiente se encuentra acreditado en autos que entre dichos codemandados existe *litisconsorcio pasivo necesario* o que la situación de los litisconsortes es idéntica, afín o común a la de quien sí promovió el juicio de garantías, pues los efectos del citado litisconsorcio pasivo solo se producen dentro del proceso correspondiente, por lo que pueden trasladarse al proceso constitucional.⁵

Por lo que se refiere a la obligatoriedad de la jurisprudencia, debe destacarse que todavía las autoridades administrativas no están obligadas a aplicarla al fundar y motivar sus resoluciones (cuestión que debería cambiar en el futuro). Sin embargo, tratándose del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en razón de que, si bien constituye un órgano formalmente administrativo, materialmente ejerce funciones jurisdiccionales, sí está obligado a aplicar la jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad

⁴ Cf. las siguientes tesis jurisprudenciales: *GSJF*, 8.ª Época, Pleno, abril-junio de 1989; *SJFG*, Pleno, tomo IV, noviembre de 1996, p. 135, y *SJFG*, Pleno, tomo X, noviembre de 1999, p. 19.

⁵ Cf. P. J.9/96, *SJFG*, Pleno, tomo III, febrero de 1996, p. 78.

de una ley, sin que ello implique la realización de un pronunciamiento de índole constitucional pues se limita a la aplicación de la jurisprudencia, es decir, solo debe verificar la procedencia de su aplicación al caso, como se advierte de los criterios sustentados en las tesis jurisprudenciales 2a./J. 38/2002 y P./J. 38/2002.⁶

Como complemento de las anteriores jurisprudencias, debe señalarse que la Segunda Sala de la SC estableció criterio, también de carácter jurisprudencial, respecto a que si bien las autoridades administrativas no están obligadas a aplicar la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, sí deben cumplir con las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que declaren la nulidad de una resolución con base en tal tipo de jurisprudencia.⁷

La obligatoriedad de la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una ley obtiene alcances mayores si se atiende a la institución de la suplencia de la deficiencia de la queja contenida en el artículo 76 *bis*, fracción I, de la Ley de Amparo, pues tiene como finalidad el eficaz control de la constitucionalidad de las leyes para hacer prevalecer la Constitución como Ley Suprema, lo que no implica soslayar cuestiones de procedencia del juicio de amparo, como quedó plasmado en la tesis jurisprudencial del Tribunal Pleno P./J. 7/2006;⁸ en tanto la suplencia opera respecto de cuestiones de fondo, una vez que ha sido procedente el juicio de amparo respecto de la norma o acto reclamado.

La suplencia de la queja en tales términos procede sin que obste que se reclame el primero o ulteriores actos de aplicación de las leyes declaradas inconstitucionales por jurisprudencia del más alto tribunal, según se advierte de la jurisprudencia P./J. 8/2006.⁹ Esto no significa que se invaliden las causas de improcedencia derivadas del consentimiento expreso o tácito de la ley a que se refieren las fracciones XI y XII del artículo 73 de la Ley de Amparo, pues, en caso de que estas se actualicen, operarán por lo que se refiere a la ley, pero no procederá el sobreseimiento en el juicio respecto de los actos de aplicación en torno a los cuales procederá conceder el amparo si se fundan en ley declarada jurisprudencialmente inconstitucional, y debe tomarse en cuenta que en términos del artículo 80 del ordenamiento citado los efectos del amparo son restitutorios y no retroactivos, por lo que no podrán abarcarse dentro de la concesión actos anteriores sino solo presentes y futuros, como se precisa en la resolución dictada por el Tribunal Pleno al resolver la contradicción de tesis 54/2004-PL.¹⁰ El beneficio de la suplencia de la queja deficiente resulta aplicable no solo en el amparo directo sino también en el indirecto, en primera instancia o en revisión, tal como se determina en la jurisprudencia plenaria P./J. 6/2006.¹¹

Ahora bien, la fuerza expansiva de la jurisprudencia se patentiza con la determinación plenaria de constituir jurisprudencia en materias genéricas o temáticas, lo que implica la obligatoriedad en el juicio de amparo de su aplicación por los jueces y

⁶ 2a./J. 38/2002, *SGFG*, novena época, t. XV, mayo de 2002, p. 175; y P. J. 38/2002, *SJFG*, novena época, t. XVI, agosto de 2002, p. 5.

⁷ 2a./J. 89/2004, *SJFG*, novena época, t. XX, julio de 2004, p. 281.

⁸ T. XXIII, Pleno, *SGFJ*, febrero de 2006, p. 7.

⁹ T. XXIII, novena época, *SJFG*, febrero de 2006, p. 9.

¹⁰ Sentencia publicada en el *SJFG*, novena época, t. XXIII, febrero de 2006.

¹¹ T. XXIII, novena época, *SJFG*, febrero de 2006, p. 7.

tribunales del Poder Judicial de la Federación para todos los casos comprendidos en ella o análogos, aun cuando se trate de distintas normas jurídicas pero de igual o similar contenido. Lo anterior se señala así en la jurisprudencia plenaria P./J. 104/2007.¹²

Partiendo de la extensión de la fuerza de la jurisprudencia a través del establecimiento de la jurisprudencia genérica o temática, adquiere especial relevancia la tesis establecida por el Pleno del más alto tribunal, respecto a que lo importante para integrar la jurisprudencia por reiteración es el criterio común aplicable en varios asuntos aun cuando varíen las circunstancias específicas de las normas analizadas (vigencia, autoridades emisoras, número de precepto, etcétera). Así, la posibilidad de establecer jurisprudencias temáticas facilita y agiliza la integración de criterios jurisprudenciales de aplicación obligatoria, pues con independencia de que se presenten o no casos iguales podrá definirse el criterio que restablezca el orden constitucional a casos similares, incrementando así su eficacia.¹³

Finalmente, también es importante resaltar que respecto a algunas resoluciones concesorias de amparo, que tienen relación directa con el trato inequitativo proveniente de la norma, se ha determinado que su efecto es el de reconocer al quejoso el beneficio que le fue incorrectamente negado, lo que pone en evidencia una ampliación del manto protector.¹⁴

Con independencia de estos criterios jurisprudenciales que de alguna manera tratan de ampliar los efectos temporales y del ámbito personal de eficacia de las sentencias estimatorias de amparo, lo recomendable es que se aprueben las reformas constitucionales y legales que desde el año 2001 tiene el Congreso de la Unión, específicamente el proyecto de reforma constitucional y de nueva Ley de Amparo, entre cuyos aspectos relevantes se encuentran la superación de los efectos particulares de las sentencias a través de la declaración general de inconstitucionalidad en el amparo contra leyes; la sustitución del decimonónico interés jurídico que sigue aplicándose en esta materia por la legitimación más amplia a través del interés legítimo; la extensión del ámbito protector a los derechos humanos previstos en los tratados internacionales debidamente incorporados al sistema mexicano; la delimitación del llamado *amparo para efectos* para evitar reenvíos innecesarios por violaciones formales; y avanzar hacia nuevas concepciones de autoridad para la procedencia del amparo superando el criterio formalista, donde existe una clara tendencia en el derecho comparado hacia la protección horizontal de los derechos fundamentales (*drittwirkung*).

3.2. Acción abstracta de inconstitucionalidad de normas generales (leyes y tratados internacionales) y controversias constitucionales (efectos *erga omnes*)

La temática de los efectos de las sentencias constitucionales cobra mayor dinamismo cuando se trata de las acciones abstractas de inconstitucionalidad y las controversias

¹² T. XXVI, novena época, *SJFG*, diciembre de 2007, p. 14.

¹³ Tesis P. XVI/94, publicada en la *GSJF*, octava época, 77, mayo de 1994, p. 38.

¹⁴ Tesis P 93/2009, CT. 61/2009, *SJFG*, XXX, novena época, agosto de 2009, p. 175.

constitucionales a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105 constitucional. Esto se debe a que las sentencias dictadas en estos procesos constitucionales pueden tener efectos generales o *erga omnes* en los supuestos establecidos en la propia Constitución y ley reglamentaria, lo que provoca que, cuando se trata de *resoluciones estimatorias calificadas* (votación de cuando menos ocho de los once ministros que integran el pleno de la SC), se requiere en algunos casos matizar los efectos de los fallos, y el órgano de control constitucional tiene atribuciones flexibles para determinar la fecha y las condiciones de la aplicación de estas sentencias de acogimiento, debido a que se deben atenuar los posibles efectos negativos del vacío legislativo que se produce con la expulsión del ordenamiento jurídico del texto declarado inconstitucional. De esta manera, la SC posee amplias facultades para determinar los efectos y demás condiciones de eficacia de las sentencias estimatorias que dicte, ya que el artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria se refiere a los contenidos que deben tener las sentencias, entre los que se encuentran:

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.¹⁵

Esta amplia facultad otorgada a la SC para determinar en cada caso los alcances y efectos de las sentencias estimatorias, especialmente cuando se logra la votación calificada para declarar la invalidez con efectos generales, ha *llegado a extender los efectos a otras normas* cuya validez dependa de la propia norma invalidada, sean de igual o menor jerarquía que la impugnada, debido a que el vínculo de dependencia que existe entre ellas determina, por el mismo vicio que la invalida, su contraposición con el orden constitucional que debe prevalecer.¹⁶ Incluso se ha llegado recientemente, y con base en estas amplísimas facultades, a declarar la invalidez no solo de las porciones normativas directamente afectadas de inconstitucionalidad, sino a extender la declaratoria de invalidez a *todo el sistema normativo impugnado*, al considerar que las disposiciones impugnadas conforman un sistema normativo integral en el que cada parte encuentra una unión lógica indisoluble con el conjunto, de tal suerte que al expulsarse una sola de las porciones relevantes del sistema termine por desconfigurarlo o rediseñarlo, lo que llevó a la necesidad de establecer *la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad* de las declaradas inválidas.¹⁷

Ejemplo de lo anterior, se aprecia en la acción de inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumuladas, en la que se determinó la declaración de invalidez de los artículos tercero

¹⁵ Interpretando este precepto y sus facultades constitucionales al emitir las sentencias estimatorias, la Suprema Corte ha establecido la tesis jurisprudencial P. J. 84/2007, *SJFG*, tomo XXVI, diciembre de 2007, p. 777.

¹⁶ Cf. P. J. 32/2006, *SJFG*, tomo XXIII, febrero de 2006, p. 1169.

¹⁷ Cf. P/J. 85/2007 y 86/2007, *SJFG*, tomo XXVI, diciembre de 2007, pp. 849 y 778, respectivamente.

y quinto transitorios del decreto 419 que respectivamente prorrogaban el mandato de los diputados integrantes de la 62.^a legislatura del Congreso del Estado de Chiapas y de los miembros de los actuales ayuntamientos. Dicha declaratoria de invalidez provocó el efecto de que los señalados legisladores e integrantes de los ayuntamientos concluyeran el ejercicio de sus cargos tal y como estaba previsto con anterioridad a la emisión del decreto 419 reclamado, y consecuentemente que la nueva elección de diputados y ayuntamientos constitucionales y municipales se llevara a cabo conforme a la legislación vigente antes de dicha reforma, es decir, se devolvió la vigencia de las normas que previamente habían estado vigentes.¹⁸

En otro caso similar, la SC determinó la inconstitucionalidad de todas las disposiciones contenidas en los decretos n.ºs 353, 354 y 355, publicados en el *Periódico Oficial del Estado de Colima* el 31 de agosto de 2008, incluida la de los artículos transitorios que regulan la entrada en vigor de los decretos. El alto tribunal, tomando en cuenta que los señalados decretos reformaron el Código Electoral del Estado de Colima y la Ley Estatal del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, materia en la cual funge como principio rector el de certeza, determinó que el siguiente proceso electoral en el estado de Colima debería regirse por la leyes anteriores a los decretos 353 y 354 declarados inválidos; sin embargo, aclaró que dicha reviviscencia operaría solamente para el siguiente proceso electoral, toda vez que para los futuros sería necesaria la expedición de una nueva legislación, y aún más: determinó que la legislación que recuperó su vigencia no podía ser reformada durante el proceso electoral, tal como lo dispone el artículo 105, fracción II, penúltimo párrafo de la Constitución Federal.¹⁹

Conviene recordar el pensamiento de Kelsen respecto del tema de la reviviscencia de normas:

Se puede, al respecto, pensar en otro medio: facultar al Tribunal Constitucional a establecer —conjuntamente con la resolución que anula la norma general— que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor. Sería entonces prudente dejar al propio Tribunal el cuidado de decidir en qué caso se puede hacer uso de este poder de restablecimiento de la anterior situación jurídica. Sería lamentable que la Constitución hiciera de la reaparición de este estado una regla general imperativa en el caso de la anulación de normas generales. [...] El poder así conferido al Tribunal Constitucional de poner positivamente en vigor las normas acentuaría mucho el carácter legislativo

¹⁸ Las razones que se adujeron para generar la reviviscencia de la norma anteriormente señalada son sustancialmente las siguientes: “La reviviscencia de la legislación electoral que aún no ha sido reformada, tiene por objeto proporcionar seguridad jurídica a los partidos políticos, a los electores y a los organismos participantes en la contienda, en atención al principio de certeza que rige esta materia y que impide que en la proximidad del proceso de renovación de los órganos de representación popular, se desconozcan cuáles serán las reglas trascendentales que regirán esta forma de acceso de los ciudadanos al poder público, como son, entre otras, los plazos relativos a la preparación de los comicios”. Cf. A. I. 47/2006 y sus acumuladas 49/2006, 50/2006 y 51/2006, del 7 de diciembre del 2006.

¹⁹ Cf. A. I. 107/2008 y sus acumuladas 108/2008 y 109/2008, del 20 de noviembre del 2008.

de su función, además de que solo comprendería a las normas que hubieran sido puestas en vigor, anteriormente, por el legislador regular.²⁰

Ahora bien, las amplias facultades antes señaladas de la SC también guardan relación con el principio *iura novit curia* que rige en los dos procesos constitucionales de referencia, en la medida en que al dictar sus fallos la SC debe corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplir los conceptos de invalidez planteados en la demanda, pudiendo fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en cualquier precepto constitucional sin que necesariamente haya sido invocado, excepto en las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral (artículo 71 de la ley reglamentaria).²¹

Otro aspecto de relevancia en estos dos procesos constitucionales consiste en la vinculación con carácter obligatorio de las *razones contenidas en los considerandos* que funden los resolutivos de las sentencias, cuando sean aprobados por cuando menos ocho magistrados de la SC. La *ratio decidendi* tendrá fuerza vinculante para todos los tribunales del país, sean federales o locales, en términos del artículo 43 de la ley reglamentaria, y como este precepto no distingue entre sentencias estimatorias o de acogimiento y desestimatorias o de rechazo, debe entenderse que opera para ambos tipos de resoluciones. Se refiere a las “razones” que contienen el *thema decidendum* y no a los *obiter dictum*, es decir, de un elemento aislado del discurso argumentativo, tan frecuentes en nuestro medio que llegan en ocasiones a quedar plasmadas en tesis jurisprudenciales, cuando en realidad no deberían vincular obligatoriamente debido a no ser parte de la argumentación principal.²²

Es por ello que resulta importante, para determinar los efectos y eficacia de las sentencias constitucionales en estos procesos, distinguir entre las *sentencias de acogimiento o estimatorias no calificadas* y aquellas que tienen la caracterización de *sentencias estimatorias de acogimiento calificadas*. Las primeras son las que, aun teniendo mayoría de votos, no reúnen el requisito constitucional y legal necesario para producir efectos plenos, incluso con distintas consecuencias tratándose de acciones de inconstitucionalidad y de controversias constitucionales. Esta exigencia de la votación calificada carece de sentido práctico, si se tiene en consideración que a veces el pleno de nuestro más alto tribunal sesiona sin todos sus integrantes (el quórum necesario es de ocho), por lo que incluso en ocasiones se requerirá la unanimidad o bien bastará que uno o dos votos minoritarios sean determinantes sobre la mayoría para provocar que el fallo no produzca efectos generales. Sería deseable que en el futuro desaparezca este requisito que no tiene razón de ser cuando se trata de cuestiones tan complejas y técnicas como lo son los planteamientos de inconstitucionalidad de disposiciones generales, que puede obstaculizar su eficacia real, como se demuestra ha sucedido en otros tribunales constitucionales en el derecho comparado.²³

²⁰ Kelsen: o. cit., p. 37.

²¹ Cf. P. J. 6/2003, *SJFG*, tomo XX, septiembre del 2004, p. 437.

²² Cf. 1a./J.2/2004, *SJFG*, tomo XIX, marzo del 2004, p. 130.

²³ Pocos tribunales constitucionales establecen como requisito una votación calificada para lograr efectos generales de las sentencias constitucionales. Uno de los casos más representativo de la ineficacia de este requisito se encuentra en Perú, donde el Tribunal de Garantías Constitucionales

Algún sector de la doctrina ha estimado que este condicionamiento de la regularidad constitucional a una minoría no es apropiado en órganos de naturaleza jurisdiccional, sin que pueda señalarse como elemento justificativo, como suele expresarse, la protección de la presunción de la constitucionalidad de las leyes, que tiene su razón de ser en otros ámbitos que no se aplican para el órgano al cual se ha confiado la interpretación definitiva de la Constitución, si existe una mayoría simple que estima la inconstitucionalidad de la norma impugnada (lo que implica en realidad que no hay interpretación conforme posible). Esta característica de la votación calificada para declarar la invalidez de las normas generales impugnadas ha sido ampliamente criticada y señalada por algún autor como “la mayor de las deficiencias de la acción federal mexicana de inconstitucionalidad”.²⁴

Las *sentencias estimatorias o de acogimiento no calificadas* cuando se trata de la acción abstracta de inconstitucionalidad de leyes implica que, a pesar de existir una mayoría simple (cinco, seis o siete votos)²⁵ que acoge la pretensión constitucional al estimar inconstitucional la norma impugnada, no produce la nulidad ni la expulsión del ordenamiento jurídico, por no reunirse el requisito de los ocho votos necesarios para lograr la declaración general de inconstitucionalidad. En este supuesto, el Tribunal Pleno, ante este obstáculo procesal insalvable, deberá *desestimar la acción y ordenará archivar el asunto*, como lo dispone el segundo párrafo del artículo 72 de la Ley Reglamentaria de la materia, y tal declaratoria debe realizarse expresamente en un punto resolutivo del fallo. En la sentencia solo se hará referencia a la falta de votación mayoritaria calificada y no formarán parte del fallo las consideraciones de la mayoría, que podrán, en su caso, incorporarse a manera de *votos de mayoría no calificada*. La propia SC ha interpretado el fenómeno de la sentencia no calificada de la siguiente manera:

Si existiendo mayoría, pero menos de ocho votos en el sentido de que la norma es inconstitucional, solo se dará la declaración plenaria de la insubsistencia de la acción *sin ningún respaldo de tesis jurídica* ni en cuanto a la constitucionalidad a la que implícitamente se llega, al respetarse la validez de la norma impugnada por aplicación de una regla técnica que salvaguarda la presunción respectiva en cuanto a que el órgano legislativo se ajustó a la Constitución. El que a ello se haya llegado por falta de la votación calificada se refleja en la ausencia de argumentos

(1979) y el Tribunal Constitucional (1993) tuvieron serios problemas de funcionamiento debido al alto porcentaje de votos requeridos. El nuevo Código Procesal Constitucional, con vigencia desde el 1.º de diciembre del 2004, mantiene la votación calificada, si bien con menos exigencias. Sobre esta legislación, véase Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danos Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez y Arsenio Ore Guardia: *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, Lima: Palestra, 2.ª ed., 2005.

²⁴ Joaquín Brage Camazano: *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México: UNAM, 2005, p. 347; especialmente sobre el tema, véanse sus críticas sobre la presunción de constitucionalidad de la ley, pp. 347-352.

²⁵ Si el quórum necesario para que funcione el pleno es de por lo menos ocho magistrados de la Suprema Corte, la mayoría no calificada solo podría ser de cinco, seis o siete.

jurídicos de la SC que respalden y fortalezcan lo establecido por la legislatura. De acuerdo con el sistema judicial, resulta también lógico que en el supuesto de declaración de desestimación de la acción de inconstitucionalidad, si bien *no existirá pronunciamiento sobre el tema relativo de la Suprema Corte*, sí podrán redactarse votos de los Ministros de la mayoría no calificada y de los de minoría que den los argumentos que respaldaron su opinión.²⁶

Esta resolución no implica una declaración sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, ya que en realidad no se resuelve la litis constitucional debido a un impedimento procesal indispensable y necesario para lograr la nulidad de la disposición impugnada a fin de expulsarla del ordenamiento jurídico, por lo que el fallo en realidad produce efectos similares a un sobreseimiento en el juicio, que deja imprejuizado el mérito del asunto derivado de un obstáculo procesal insalvable y conduce a la desestimación de la acción constitucional.²⁷

En cambio, cuando la *sentencia estimatoria no calificada* resulte de un proceso de controversia constitucional, la acción no se desestimará como en el caso anterior, sino que únicamente producirá efectos entre las partes.²⁸ En general, el alcance de los efectos en las controversias constitucionales queda supeditado a la relación de categorías que existen entre el actor y el demandado.²⁹ Solo podrá tener efectos generales o *erga omnes* cuando se trate de impugnaciones de disposiciones generales (no de actos), siempre y cuando sea aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos y se trate de controversias de los estados o de los municipios impugnadas por la federación, de los municipios impugnadas por los estados, o en los casos a que se refieren los incisos *c, h y k* de la fracción I del artículo 105 constitucional.³⁰

En cuanto a los *efectos temporales* de las sentencias, tanto en acciones abstractas de inconstitucionalidad como en las controversias constitucionales, se prevén dos reglas generales. La primera consiste en que se deja a discrecionalidad de la SC la fijación de la fecha a partir de la cual la sentencia producirá sus efectos,³¹ que en muchas ocasiones se establece al día siguiente de que se publique la ejecutoria en el *Diario Oficial de la Federación*. Este diferimiento de la *eficacia en el tiempo* de los fallos permite a la SC la flexibilidad necesaria para tener en consideración las particularidades de cada caso con la finalidad de atemperar las posibles consecuencias del vacío legislativo producido

²⁶ Considerando sexto de la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 10/2000, resuelta el 29 y 30 de enero del 2002.

²⁷ Cf. P. J. 15/2002, *SJFG*, t. XV, febrero del 2002, p. 419.

²⁸ Cf. P. 14/3007, así como las tesis jurisprudenciales P. J.72/96 y P. J. 108/2001, *SJFG*, tomo XXV, mayo del 2007, p. 1533; *SJFG*, tomo IV, noviembre de 1996, p. 249, y *SJFG*, tomo XIV, septiembre del 2001, p. 1024.

²⁹ Cf. P. J. 9/1999, *SJFG*, tomo IX, abril de 1999, p. 281.

³⁰ Estos incisos establecen: “c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal; [...] h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; [...] k) dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales”.

³¹ Cf. P. /J. 11/2001, *SJFG*, tomo XIV, septiembre del 2001, p. 1098.

por la expulsión de la disposición general declarada inconstitucional. No se contempla un plazo máximo para este diferimiento como sucede en Austria, donde nunca podrá ser superior a dieciocho meses desde la publicación de la sentencia constitucional.

Por otra parte, siguiendo el criterio que rige normalmente las impugnaciones de normas generales conforme al sistema europeo, los efectos serán hacia el futuro (*ex nunc*), y solo podrá tener efectos retroactivos en los casos en materia penal que beneficien al imputado (*ex tunc*).³² Sin embargo, la SC ha sostenido que, sin importar la materia, puede indicar *en forma extraordinaria* que la declaración de invalidez sea efectiva *a partir de la fecha de la presentación de la demanda*, cuando por virtud de la suspensión de los actos reclamados se hayan mantenido las cosas en el estado en que se encontraban al momento de la promoción de la controversia, o bien desde el momento en que se hubiese otorgado esa medida cautelar, cuando su concesión ocurrió con posterioridad a la presentación de aquella.³³

Si bien la retroactividad antes referida se decretó de manera excepcional, debe señalarse que en los ordenamientos y jurisprudencia latinoamericanos se acepta una *retroactividad atemperada*. La concepción original austriaca de los efectos hacia el futuro sufre en la actualidad importantes excepciones, de tal suerte que es frecuente que los tribunales constitucionales europeos —por ejemplo, Austria, Alemania, Italia o España— admitan ciertos efectos retroactivos (*ex tunc*) en sus resoluciones de inconstitucionalidad. Esto ha provocado que las sentencias típicas de naturaleza constitutiva (que implican la invalidez de la norma), propia de las sentencias de inconstitucionalidad de disposiciones generales, sea sustituida en algunos supuestos por sentencias declarativas (nulidad), lo que implica otorgar efectos hacia el pasado. Esto también sucede en el sistema americano, donde los fallos excepcionalmente pueden tener efectos hacia el futuro, como ocurre con las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos desde la segunda mitad del siglo pasado en determinados casos.

3.3. Omisiones legislativas

Otro tema sobre el que vale la pena hacer algunas consideraciones es el de las omisiones legislativas. A nivel federal no existe una acción específica para impugnar las omisiones del legislador, por lo que las impugnaciones se han canalizado a través de los tres mecanismos de control constitucional existentes. El criterio jurisprudencial vigente es que no resultan procedentes para impugnar este tipo de inconstitucionalidad las vías del juicio de amparo³⁴ ni la acción abstracta de inconstitucionalidad.³⁵ En cambio, a través de la controversia constitucional se ha aceptado jurisprudencialmente la impugnación de las omisiones legislativas.³⁶ Partiendo de la premisa de que los

³² Cf. P. J. 74/97, *SJFG*, tomo VI, septiembre de 1997, p. 548.

³³ Cf. P. J. 71/2006, p. 1377, *SJFG*, t. XXIII, mayo del 2006, p. 1377.

³⁴ Cf. P. CLXVIII/97 *SJFG*, t. VI, diciembre de 1997, p. 180.

³⁵ Cf. P. J. 16/2002 y P. J. 23/2005, *SJFG*, t. XV, marzo del 2002, p. 995; y *SJFG*, t. XXI, mayo del 2005, p. 781.

³⁶ Cf. P./J. 82/99, *SJFG*, t. X, agosto de 1999, p. 568.

órganos legislativos cuentan con facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio atendiendo al principio de división funcional de poderes,³⁷ se han distinguido cuatro tipos distintos de omisiones legislativas:

a) *absolutas en competencias de ejercicio obligatorio*, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o el mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; b) *relativas en competencias de ejercicio obligatorio*, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; c) *absolutas en competencias de ejercicio potestativo*, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga, y d) *relativas en competencias de legislar*, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente.³⁸

Esta concepción descansa en la tendencia del derecho comparado a aceptar las impugnaciones de inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, sean de carácter relativas o absolutas.³⁹ Sin embargo, este criterio cambió a partir de las controversias constitucionales resueltas el 15 de octubre de 2007,⁴⁰ relativas a la impugnación de *la omisión del legislador federal de emitir las normas que establezcan condiciones jurídicas para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación*. Por mayoría de cinco votos contra cuatro se determinó la improcedencia de la controversia constitucional para impugnar las omisiones legislativas.

Sin perjuicio de lo anterior, recientemente el Pleno de la SC declaró fundada la controversia constitucional en contra de la omisión legislativa del Congreso del estado de Jalisco consistente en la falta de regulación del retiro voluntario de los magistrados del Supremo Tribunal de Justicia del propio estado; como consecuencia, se dispuso que el legislativo del estado de Jalisco deberá legislar en el siguiente periodo ordinario de sesiones para corregir la deficiencia advertida;⁴¹ así también se pronunció en una diversa controversia sobre un tema estrechamente relacionado con este, cuya procedencia declaró, como veremos a continuación.

Lo comentado muestra que la SC ha tenido que conocer de diversos procesos en los que se impugnan omisiones legislativas, sin que haya seguido una línea jurisprudencial uniforme al respecto. Cabe señalar además que, al analizar estos asuntos, algunos de sus integrantes han puesto en duda, precisamente, si el alto tribunal tiene facultades suficientes para resolverlos, para exhortar al legislador a que actúe, e incluso para emitir lineamientos a los cuerpos legislativos. Estas vacilaciones ponen de manifiesto que aún existen materias y áreas específicas en las que la SC no ha ejercido plenamente su

³⁷ Cf. P. J. 10/2006, *SJFG*, t. XXIII, febrero del 2005, p. 1528.

³⁸ P. J. 11/2005, *SJFG*, t. XXIII, febrero del 2006, p. 1527.

³⁹ Cf. P. J. 12/2006, 13/2006 y 14/2006, *SJFG*, t. XXIII, febrero del 2006, pp. 1532, 1365 y 1250, respectivamente.

⁴⁰ Controversia Constitucional 59/2006 y otras 44 controversias con idéntica temática.

⁴¹ Cf. Sentencia del 10 de mayo del 2010, dictada en la controversia constitucional 49/2008.

rol de tribunal constitucional, y en las que ha sido demasiado cautelosa, precisamente en no convertirse en un legislador positivo. Sin perjuicio de ello, existen voces dentro de la Corte que opinan de forma distinta.

En efecto, el 22 de abril de 2010 la SC resolvió la controversia constitucional 25/2008, en la cual se hizo valer la falta de regulación del haber de retiro previsto en el artículo 61 de la Constitución Política de Jalisco a favor de los magistrados y jueces que se retiren forzosa o voluntariamente. Con una mayoría de seis votos se declaró fundada y se otorgó un plazo al Congreso local para emitir las normas correspondientes; la minoría consideró que debieron protegerse los derechos de los jueces y magistrados que se retiraran durante el tiempo en que persista la omisión legislativa, y para ello se fundamentaron precisamente en la posibilidad de que la SC, actuando como tribunal constitucional, adoptara una solución más protectora. En tal sentido sostuvieron:

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 tanto la legislatura local subsane 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.⁴²

⁴² Voto concurrente que formulan los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas, José Ramón Cossío Díaz y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia en la sentencia dictada por el Tribunal Pleno en la controversia constitucional 25/2008, promovida por el Poder Judicial del estado de Jalisco.

Lo anterior pone de manifiesto que al menos cuatro ministros tienen la convicción de que la SC debe desempeñarse mucho más allá de un simple legislador negativo, adoptando medidas tales como las que se proponen. Pese a que aún es un pronunciamiento minoritario, es indicativo del nivel de reflexión que se presenta en el más alto tribunal mexicano.

4. Conclusiones

1. La SC, como órgano límite del Poder Judicial Federal, se sustenta en sólidos antecedentes históricos, pero comienza a tener competencias de control constitucional a partir del 5 de febrero de 1857, especialmente con el juicio de amparo, lo cual empieza a perfilar su nueva faceta.

2. La SC ha dejado de ser solamente un *tribunal de casación* para ser materialmente un *tribunal constitucional*. Esta ha sido la tendencia que se aprecia a través de diversas reformas constitucionales, en las que expresamente se ha dejado ver dicha intención del constituyente, en especial a partir de las trascendentales reformas constitucionales de 1994.

3. El carácter de *tribunal constitucional* de la SC se aprecia tanto en su estructura orgánica como en el hecho de que tiene competencias sobre el juicio de amparo, y concentra dos garantías constitucionales como son la *acción abstracta de inconstitucionalidad* (de normas generales) y las *controversias constitucionales*, en las cuales puede declarar la invalidez de las normas con efectos *erga omnes* hacia el futuro.

4. El correcto ejercicio de las citadas competencias ha posicionado a la SC como el órgano garante de la regularidad constitucional en México, el cual, dada la naturaleza cada vez más compleja y demandante de los conflictos que se someten a su jurisdicción, ha tenido que hacer uso de las técnicas y herramientas utilizadas en el derecho comparado por otros tribunales constitucionales, tales como la *interpretación conforme*, la *ponderación* y las nuevas tendencias de *argumentación constitucional*, y, por supuesto, las modalidades y los efectos de sus resoluciones son cada vez más complejos.

5. La sentencia constitucional que se dicta en el juicio de amparo tradicionalmente ha tenido efectos restrictivos al demandante. No obstante, la práctica jurisdiccional muestra una fuerza expansiva derivada de la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una ley. Ello se ha efectuado, principalmente, por la sustentación de los siguientes criterios:

- a. Obligación de su aplicación no solo por todos los órganos jurisdiccionales pertenecientes al Poder Judicial de la Federación, sino también por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que, si bien constituye un órgano formalmente administrativo, materialmente ejerce funciones jurisdiccionales.
- b. Obligación de las autoridades administrativas de acatar las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que declaren la nulidad

de la resolución o acto impugnado con base en la jurisprudencia que determine la inconstitucionalidad de la ley que los funde.

- c. Suplencia de la deficiencia de la queja tratándose del segundo o ulteriores actos de aplicación de la ley declarada jurisprudencialmente inconstitucional, sin que ello implique soslayar cuestiones de improcedencia del juicio de amparo, sino tan solo impedir que tecnicismos procesales obstaculicen el imperio del orden constitucional superior.
- d. La elaboración de *jurisprudencias temáticas*, que resultarán aplicables a casos análogos aun cuando varíen las circunstancias específicas de las normas o casos analizados, cuya obligatoriedad es exclusiva para los jueces y tribunales del Poder Judicial de la Federación pero no para los tribunales ajenos a él, al no poder la jurisprudencia otorgarles atribuciones de control constitucional de las que carecen.

6. Contrario a lo que sucede en amparo, las sentencias dictadas en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales pueden tener efectos generales o *erga omnes* en los supuestos establecidos en la propia constitución y ley reglamentaria, siempre que se cuente con la mayoría calificada de ocho votos (en once) que solicita la Constitución. Adicionalmente, la SC posee amplias facultades para determinar los efectos y demás condiciones de eficacia de las sentencias estimatorias que dicte.

7. En uso de las facultades antes señaladas, la SC ha extendido los efectos de la declaración de invalidez a otras normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada, debido al vínculo de dependencia que existe entre ellas; así también ha ampliado la declaratoria de invalidez a *todo el sistema normativo impugnado* por estimar que se conforma un sistema normativo integral e indisoluble; cuando esto ha sucedido, inclusive ha llegado a decretar la *reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad* de las declaradas inválidas.

8. Otro efecto relevante de las sentencias dictadas en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales es el carácter de jurisprudencia obligatoria que adquiere la *ratio decidendi*, es decir, las *razones contenidas en los considerandos* que funden los resolutivos de las sentencias, solamente en aquellos casos en que la resolución se dicte con la aprobación de al menos ocho votos de los once ministros de la SC. Esta obligatoriedad incluye las sentencias estimatorias y desestimatorias que cubran el requisito de mayoría calificada antes indicado.

9. Los ejemplos enunciados confirman la creciente actividad de la SC como tribunal constitucional, consciente de su función creadora del derecho.

10. Contrario a la tendencia observada en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, e incluso en el juicio de amparo, de ampliar el espectro de aplicación, las modalidades y los efectos de sus resoluciones, en la temática sobre la *omisión legislativa* se ha conducido de forma dubitativa e inconstante. Aquí se han observado cambios de criterio y vacilaciones sobre el alcance de las facultades de la SC, sin perjuicio de lo cual se han emitido muy importantes opiniones sobre el carácter progresivo y garantista que debe tener ese alto tribunal.