Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

División de Estudios de Posgrado
de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA EN MÉXICO, UNA REALIDAD SUSCEPTIBLE DE CONTROL

TESIS

QUE PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE
MAESTRA EN DERECHO CON OPCIÓN EN DERECHO
PROCESAL CONSTITUCIONAL

PRESENTA
LIC. TANIA HERNÁNDEZ GUZMÁN

DIRECTORA DE TESIS
DRA. MARÍA TERESA VIZCAÍNO LÓPEZ

TUTOR
DR. MANUEL CARRASCO DURÁN

Morelia, Michoacán **Agosto de 2014**

A mis padres:

Por ser mis mejores amigos, por enseñarme a alcanzar mis sueños sin darme por vencida, por estar a mí lado en buenos y malos momentos, por guiarme, por ayudarme a levantarme, por brindarme lo mejor, aún a costa de su bienestar personal, por su amor sincero e infinito, por su apoyo y confianza, por simplemente ser lo que soy…

A mis hermanas:

Por ser mis cómplices, mis amigas, por estar ahí siempre, por su ayuda, sus consejos, su alegría, su vitalidad, su inteligencia, por sus risas, sus enojos, sus reflexiones…

A mi hijo:

Por tu espera, por el tiempo robado, por ser mi motivo, mi motor, mi esperanza, mi locura, por ser mi personita preferida…

A ti:

Por ser mi amigo, mi compañero, mi apoyo, por todo lo vivido, por el amor puro y sincero…

A mis maestros,

Por sus enseñanzas, por impulsarme, por su responsabilidad, compromiso y respeto, por la formación profesional, académica y personal, por su tiempo, sus consejos…

A mi querida Universidad Michoacana,

Por abrirme sus puertas, por brindarme muchas oportunidades de vida, por sembrar en mí el orgullo y la satisfacción de ser nicolaita, por darme tanto sin pedir nada a cambio, por simplemente ser parte fundamental de mi formación como ser humano y profesionista.

Í n d i c e

Resumen…..…… VII
Palabras Claves……... VII
Abstract…… VII
Keywords…… VII

Introducción……..……. VIII

Capítulo Primero
Consideraciones previas a la inconstitucionalidad por omisión

1.1. Noción de Constitución……...…… 12
1.2. Supremacía Constitucional…… 23
1.3. Fuerza Normativa y aplicabilidad de la Constitución…….……... 29
1.4. Normas Constitucionales: normas de eficacia directa y de eficacia indirecta. 33
1.5. División de Poderes…… 40

Capítulo Segundo
Análisis de la Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa

2.1. Concepto…….. 50
2.2. Clases de inconstitucionalidad por omisión……... 55
2.2.1 Inconstitucionalidad por omisión administrativa…….……..... 56
2.2.2 Inconstitucionalidad por omisión judicial……..…….…… 58
2.2.3 Inconstitucionalidad por omisión legislativa……...……..... 60
2.3. La omisión legislativa y sus elementos constitutivos de su inconstitucionalidad…… 60
2.3.1 Noción de la Inconstitucionalidad por omisión legislativa……... 60

2.3.2 Elementos constitutivos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa…… 65
2.3.2.1 Mandatos a legislar…… 65
2.3.2.2 Clases de mandato a legislar…… 68
2.3.2.3 Plazo de la inactividad legislativa…… 72
2.4. Efectos de violación constitucional por la inconstitucionalidad de la omisión legislativa…….……..... 74
2.5. Tipología de la omisión legislativa…….. 76
2.6. El impacto de la omisión legislativa en el ámbito internacional…….. 85

Capítulo Tercero 89
Análisis procesal de la inconstitucionalidad por omisión legislativa

3.1. Argumentos en torno a la adopción de la inconstitucionalidad por omisión legislativa…… 91
3.1.1. Argumentos generales a favor de la Omisión Legislativa……..…… 94
3.1.2. Argumentos generales en contra de la Omisión Legislativa…..... 98
3.2. Control jurisdiccional de la inactividad legislativa……. 100
3.3. Control abstracto y concreto de las omisiones legislativas inconstitucionales. 104
3.4. Vías Procesales para el análisis de la omisión legislativa inconstitucional….. 104
3.5. Soluciones previstas para la inconstitucionalidad por omisión legislativa…… 107
3.5.1. Soluciones de derecho Positivo……..……..... 108
3.5.1.1. Denuncia…….. 108
3.5.1.2. Recomendación…….. 109
3.5.1.3. Llamado de Atención…….…… 110
3.5.1.4. Intimación……. 110
3.5.1.5. Cobertura…..…… 114
3.5.1.6. Resarcimiento…..……. 115
3.5.1.7. Compulsión…….. 117

3.5.2. Soluciones de tipo jurisdiccional…..……. 120
3.5.2.1. Sentencia sin referencia expresa a la omisión legislativa pero que corrigen dicho vicio…..…… 120
3.5.2.2. Sentencias atípicas dictadas en la jurisdicción constitucional en torno a la inconstitucionalidad por omisión legislativa..... 121
3.5.2.3. Sentencias interpretativas……..…… 124
3.5.2.4. Sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin anular la norma..... 125
3.5.2.5. Sentencias con recomendación y de carácter exhortativo al legislador…… 126
3.5.2.6. Sentencias aditivas……..……..... 128
3.5.2.7. Sentencias sustitutivas……..…….…. 131
3.6. La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa……..…. 132
3.6.1. Sujeto pasivo de control…….…….. 134
3.6.2. Sujeto titular de legitimación activa…….....……. 134
3.6.3. Procedencia…… 136
3.6.4. Órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa…….……..... 136
3.6.5. Objeto de control……..... 139
3.6.6. Trámite de acción…….. 139
3.6.7. Solución que se otorga a la inconstitucionalidad por omisión legislativa y sus efectos.....…… 140
3.6.8. Ejecución de las sentencias que conminan a legislar…..... 141
3.6.9. Consecuencias y efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa……..…… 141
3.6.9.1. Recomendación a legislar……..…… 141
3.6.9.2. Establecimiento de directivas al legislador…….…….. 142
3.6.9.3. Cobertura del orden jurídico…… 142
3.6.9.4. Responsabilidad del legislador omiso…….... 143
3.6.9.5. Indemnización del accionante……. 143

Capítulo Cuarto
La inconstitucionalidad por omisión legislativa a nivel Nacional e Internacional

4.1. Breves comentarios sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa en las entidades federativas de la República Mexicana…… 144
4.1.1. Veracruz ……..... 145
4.1.2. Tlaxcala ……..... 150
4.1.3. Chiapas ……..... 153
4.1.4. Quintana Roo ……..…… 158
4.1.5. Coahuila…….. 162
4.1.5.1. Con regulación constitucional y en ejercicio del control concentrado…… 163
4.1.5.2. Con regulación legal y en ejercicio del control difuso…….. 165
4.1.6. Guerrero…….. 165
4.1.7. Tabasco……... 166
4.2. Breves comentarios sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa en diversos países…….…….. 168
4.2.1. Portugal (Previsión constitucional)……... 169
4.2.2. Yugoslavia (Previsión constitucional)…….. 173
4.2.3. Brasil (Previsión constitucional federal y estadual)……..... 174
4.2.4. Argentina (Previsión jurisprudencial y constitucional estatal)……. 179
4.2.5. Costa Rica……. 180
4.3. Propuestas en torno al control de la Inconstitucionalidad por omisión legislativa en el derecho positivo mexicano……. 180

Conclusiones…….. 191

Bibliografía……..... 194

Resumen

En este ensayo la autora realiza un análisis crítico sobre la justificación de la figura de la *inconstitucionalidad por omisión legislativa en México,* aportando argumentos tanto a favor como en contra, así como las posibles consecuencias de su aceptación o rechazo en el ordenamiento jurídico federal. Para ello, se ha tomado en cuenta el surgimiento y desarrollo histórico de las omisiones legislativas, su taxonomía, así como la doctrina hasta en la actualidad desarrollada. Asimismo se analiza la viabilidad de una propuesta que se considera recomendable para el control de las omisiones imputadas a los cuerpos legislativos y que vulneran la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Palabras Clave

Inconstitucionalidad por omisión legislativa, medio de control constitucional, vulnerabilidad.

Abstract

In the following essay, the author makes a critical analysis of the rationale for the figure of the unconstitutional legislative inaction in Mexico, providing arguments both for and against, as well as the possible consequences of their acceptance or rejection in the federal legal system. To do this, it has taken into account the emergence and historical development of legislative omissions, taxonomy, and the doctrine developed until today. Also the feasibility of a proposal that is considered suitable for the control of omissions alleged to legislative bodies and that violate the Constitution of the United Mexican States is analyzed.

Keywords

Unconstitutional legislative inaction, constitutional control, breaks up.

I n t r o d u c c i ó n

Todo texto constitucional se ve en la imposibilidad de agotar las materias que son objeto de tratamiento, no sólo por razones fácticas o de conveniencia política, sino por motivos de orden técnico relativos a la función de la Carta Marga y a la metodología de su elaboración. Como consecuencia de la evolución de la sociedad, de los cambios políticos, sociales, económicos y de otra índole, la obra del poder constituyente queda inconclusa y por lo tanto incompleta.

Es bien sabido que los constituyentes por su naturaleza recogen una serie de aspiraciones, anhelos, inquietudes, preocupaciones, valores, ideas del pueblo, de la gente de pie, y, que al final de su ardua labor, se traduce en el contenido material en la Ley Básica que está integrada por normas de diferente carácter y de distinto tipo.

Una vez que el legislador constituyente ha finalizado con su labor, el legislador ordinario asume la necesidad de desarrollar determinados preceptos del Texto Constitucional, con el fin de asegurar la eficacia y eficiencia del proyecto constitucional así como la concreción del mismo. Tales normas, que se denominan por varios autores como *encargos del legislador,* son verdaderas normas jurídicas que necesitan conectarse con otras para originar su plena efectividad y que poseen un importante contenido material de acuerdo con la Norma Básica. La existencia de estas normas incompletas en el Texto Constitucional se traduce en una serie de obligaciones de desarrollo legislativo posterior, que el órgano competente para ejercer esta función debe cumplir.

En este tenor se ideas, se puede afirmar que la Constitución inicia, dirige y limita la actividad del legislador ordinario, pero no la deben consumir; los poderes en ella constituidos deben asumir su papel y sus funciones a la hora de construir el sistema dentro del marco y los límites prefigurados por la Norma Fundamental, la cual se convierte en el centro del ordenamiento jurídico nacional.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos también presenta encargos del legislador, y este tipo de preceptos no le restan valor normativo inmediato y directo. El paso del tiempo ha visto la aparición de importantes leyes de desarrollo constitucional que suponen la plena articulación práctica y efectiva de ciertas prescripciones de la Carta Magna, y de esta forma se les otorga la necesaria complitud. No obstante, las vicisitudes políticas, las rémoras parlamentarias o la despreocupación de las instancias competentes han imposibilitado, hasta la fecha, el desarrollo de diversos artículos del Texto Constitucional, que resulta de naturaleza obligatoria desde el punto de vista técnico.

En la actualidad, la legislación constitucional mexicana a nivel federal no recoge causes que coaccionen jurídicamente al Legislativo para que lleve a cabo esa labor aún pendiente de conclusión y de exigencia con el fin de completar el sistema basado en una Norma Suprema que organiza el poder político, prevé límites al ejercicio de ese poder, recoge libertades y derechos fundamentales y que emana del pueblo como titular de la soberanía.

Como remedio a lo anterior, la inconstitucionalidad por omisión es uno de los interesantes institutos jurídicos que a últimas fechas han preocupado al mundo del Derecho, en especial para el Derecho Constitucional y por lo tanto de la justicia constitucional.[1]

La figura de la inconstitucionalidad por omisión, bajo la tutoría de los Tribunales Constitucionales o porque no de la opinión pública, podría ser la herramienta que obligase al desarrollo de aquello que resta por hacer, y de esta

[1] Zagrebelsky la ha definido como *aquella que está formada de hecho por los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de los casos controvertidos, aunque no sólo es esto. También esta comprende la Teoría de la Constitución como norma sustancial. Es más, la justicia constitucional deber ser concebida no como una suma de estos dos elementos, sino como una unión, ya que cada concepción de la Constitución lleva consigo una concepción del procedimiento, como todo concepto del procedimiento lleva consigo un concepto de la Constitución. No existe un prius y un posteriurs, sino una recíproca implicación.* Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho Procesal Constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional,* Prólogo de Domingo García Belaunde, México, Fundap, 2004, p. 18.

manera, se podrían lograr consecuencias positivas, las cuales serían un tanto imprevisibles, que irían desde la misma realización del proyecto constitucional hasta la participación en la búsqueda de soluciones a la crisis del Estado Social, que muchas veces es también fomentada por el Estado Democrático y el Estado de Derecho.

Es por ello, que con el presente trabajo de investigación se pretende en primer lugar centrar la atención en el complejo y controvertido tema de la inconstitucionalidad por omisión legislativa y mostrar las conclusiones a se han llegado, anunciando desde este momento la más importante y que consiste en el imperativo de someter la inactividad de los cuerpos legislativos a un control constitucional, y que en el caso de México es necesario contar con un proceso constitucional específico para ello, en el entendido de que los vigentes no son efectivos para tal fin.

Para una mejor comprensión, el presente trabajo se ha dividido en 5 cinco capítulos. El primero, pretende proponer una teoría general previa a la omisión legislativa.

El segundo capítulo está dedicado a conocer el aspecto sustantivo de la omisión legislativa, sus elementos, tipología, así como sus posibles efectos e impactos generales, con el fin de que posteriormente se haga un análisis adjetivo de la figura jurídica de mérito.

El siguiente capítulo está dedicado al estudio y análisis de la inconstitucionalidad por omisión legislativa desde la óptica procesal. Se inicia proporcionando argumentos tanto a favor como en contra de la figura jurídica de estudio, posteriormente se estudia el vicio de la constitucionalidad en su doble vertiente, como control constitucional concreto y abstracto; luego, se analizan las diversas opciones que nos ofrece el derecho comparado de solucionar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, incluyendo aquellas que tienen sustento en el derecho positivo y las que provienen de determinaciones jurisdiccionales.

El capítulo cuarto está divido en dos apartados; el primero dedicado a analizar el comportamiento de la inconstitucionalidad por omisión en diversas entidades de la República Mexicana, como lo son Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Coahuila, Guerrero y Tabasco; las primeras cinco han incluido en sus Constituciones Locales el control de las omisiones legislativas inconstitucionales y en las últimas dos solamente existen proyectos para ello. En el segundo apartado se analizan diversas opciones que nos ofrece el derecho comparado para solucionar la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Finalmente en el último capítulo se considera necesario sugerir la inclusión de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución Federal, así como una cláusula de compulsión constitucional.

En el ámbito de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que es considerada como un texto abierto, esforzado en lograr la mayor compatibilidad posible entre su contenido y la realidad social, puede tener un perfecto encaje la figura de la inconstitucionalidad por omisión, es más, se cree que pueda servir para activar de manera directa a los derechos humanos y sobre todo los derechos sociales, los cuales son acogidos por el texto constitucional como aquellos con una eficacia y eficiencia limitada.

Se considera que aceptar y recoger la institución que aquí se estudiará, o simplemente rechazarla, no es algo intrascendente para el sistema jurídico nacional, puesto que este tipo de figuras ayudan, en mucho, a la construcción del Estado Social y la función transformadora de la sociedad que ostenta una Carta Magna y que forma parte de un proyecto constitucional. No se puede perder de vista que el problema está ahí, la solución definitiva aún se encuentra pendiente, y quizá sea una solución que no alcance un elevado consenso.

Se espera que este trabajo sea de su interés y advierto que cualquier torpeza es responsabilidad de quien escribe estas líneas; como diría Aldous Huxley *escribir un libro malo representa tanto trabajo como escribir uno bueno. Nace, con igual sinceridad, del alma del autor.*

Capítulo Primero

Consideraciones Previas a la Inconstitucionalidad por Omisión

SUMARIO: 1.1. *Noción de Constitución*; 1.2. *Supremacía Constitucional*; 1.3. *Fuerza Normativa y aplicabilidad de la Constitución*; 1.4. *Normas Constitucionales: normas de eficacia directa y de eficacia indirecta*; 1.5.*División de Poderes.*

1.1. Noción de Constitución

La Constitución es un fenómeno ocurrido en la historia de la organización de las sociedades humanas.

El *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* define a la Constitución como *la esencia y naturaleza de una cosa que la diferencia de las demás.*

Aristóteles realizó una tipología de la Constitución que no es ni formulada de forma sistemática ni coordinada entre los diferentes aspectos y matices del concepto de Constitución[1]; sin embargo, de su explicación derivan los mismos, por lo tanto en pensamiento del célebre filósofo griego se pueden distinguir los siguientes aspectos de la Constitución:[2]

a) *Como realidad*: es la vida misma del Estado, es decir, la existencia propia de la *polis,* que acontece en una comunidad.[3]
b) *Como organización*: la vida necesita conducirse en alguna forma y por eso se organiza el gobierno. Así pues, la Constitución es el gobierno mismo y es la organización de todas las *magistraturas.*[4]
c) *Como lege ferenda:* el primer deber de cualquier gobernante consiste en estudiar cuál puede ser la mejor Constitución para el Estado. Algunos

[1] Aristóteles, *La política,* Madrid, Alba, (Grandes Obras de la Literatura) 1996, p. 185.
[2] *Idem.*
[3] *Idem.*
[4] *Ibidem,* p. 89.

> sostienen que la Constitución perfecta debe contener elementos de todas las demás, o sea, en ella deben de estar combinados los elementos oligárquicos, monárquicos y democráticos, como en la Constitución de *Lacedemonia.*[5]

Por su parte, Maurizio Fioravanti[6], en su obra titulada *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*[7]*,* expone una serie de doctrinas constitucionales en distintas épocas, en las cuales las diferencias son radicales entre una y otra, pero el común denominador siempre lo fue *la Constitución*, entendida como un ordenamiento general de las relaciones sociales y políticas.

De igual manera, Fioravanti profundiza en elementos históricos bajo la doctrina constitucionalista. Dicho estudio comienza en el mundo antiguo, donde la necesidad primordial era establecer un orden político. Posteriormente, en la época de Platón y Aristóteles, la sociedad entró en una crisis política por la organización de la polis. En ese momento para Aristóteles *la Politeia* era la única forma de unión y su significado actualmente puede traducirse como *Constitución;* no obstante, el mayor error de *la Politeia* era que si bien existía la democracia, no así un ordenamiento jurídico fundamental. Aun así, Aristóteles aspira a un futuro político dotado de Constitución traducido en *Politeia,* es decir, en un régimen constitucional fundado establemente, que busca un equilibrio político y moral que resuelva los conflictos sociales entre pobres y ricos; además considera que todas las formas de gobierno son potencialmente justas y no concibe su degeneración.[8]

[5] *Ibidem,* p. 56.
[6] Profesor de Historia del Derecho Medieval y Moderno e Historia de la Constitución moderna en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Florencia y Director del Departamento de Historia del Derecho e la misma Universidad, quien ha ayudado a desarrollar gran parte de la historiografía contemporánea sobre el pensamiento constitucional con reconocimiento internacional.
[7] Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001.
[8] *Idem.*

Por su lado, Platón sugiere una forma de gobierno ideal, la cual se acoja a las leyes existentes, y, sugiere que éstas no deben de tener un origen violento y unilateral, por el contrario deben ser compositivas y plurales. [9]

Ahora bien, es con Polibio con quien nace el término de *Constitución mixta,* que es considerada una teoría de las magistraturas y del equilibrio de poderes que ya no es meramente una disciplina social y cuyo fin es limitar la disciplina del poder, donde la única moral que se pone entredicho es la de los gobernantes.

Por su parte, Cicerón, en un escenario de guerra de poder, exige formas específicas como la conciliación y la concordia, buscando en todo momento encontrar el punto medio entre los extremos en lucha. A él se debe la idea de *la res pública* la cual se entiende que es del pueblo considerando a éste como un núcleo que se reúne tomando como base el consenso sobre el derecho y la comunidad de intereses. El gran proyecto de política social que propone, hace un llamado a todas las fuerzas a disciplinarse a través del orden y la mediación de las relaciones políticas sociales de su tiempo, revelando por primera vez el concepto de *Constitución* en la antigüedad.[10]

Siguiendo al estudio cronológico de Maurizio Fioravanti, cabe destacar que durante la época medieval la idea principal de *Constitución* es la relativa a la *Teocracia*, que tiene que ver con *el imperio y la Iglesia,* es decir, las únicas autoridades legítimas son las de Dios, limitando de manera intrínseca a los poderes públicos. Esta época puede considerarse como una etapa de claro oscuros; sin embargo, Fioravanti refiere que si existió una Constitución medieval con características históricas propias diferentes a la Constitución de los antiguos y de los modernos. Luego entonces se puede inferir que la Constitución medieval puede ser un orden jurídico dado a preservar las ideas de la época y a defender el precario equilibrio de todos aquellos que pretendían introducir alteraciones.

[9] *Idem.*
[10] *Idem*

Paralelamente, en esta época surgen reglas, límites, pactos y contratos que dotan a la Constitución de elementos para combatir lo legal e injusto

Ahora bien, es en la Edad Media que la *Constitución* deja de pertenecer de forma exclusiva a los campos políticos y morales, transitando hacia la esfera del derecho; asimismo, surgen figuras como lo es la *Tiranía* en virtud de que *el príncipe* pierde su carácter de juez supremo y no cumple con su deber de mantener la paz en la sociedad.

Ya para el siglo XI, es con Santo Tomás de Aquino que *el príncipe* ostenta la supremacía de la comunidad política y por ende se encarna el principio de autoridad política, sin embargo, la pluralidad de acuerdos, convenios e ideologías conllevaron a desatar la *Anarquía y la guerra civil.*[11]

Con el transcurso del tiempo evolucionó el término *Constitución,* donde pensadores como *Jean Bodin* intentan descubrir la naturaleza de los poderes que pertenecen al soberano. Su estudio se centra en que el rey no es soberano por ser titular de múltiples y amplios poderes, sino porque dichos poderes están dotados de un carácter particular *–el de la soberanía perpetua, no revocable y absoluta-,* concluyendo que un poder es soberano cuando no deriva de ningún otro. *Bodin,* en su estudio distingue a todos aquellos que ejercitan poderes y afirma la necesidad de tener un poder cualitativamente distinto a todos los demás; dicha idea produce la ruptura del ordenamiento medieval de los poderes e introduce la dimensión constitucional del control y de contrapeso por parte de otros poderes, determinando que el poder soberano no debe ser un poder ilimitado. En resumen, para este pensador francés el régimen político sólo puede asumir tres formas: *la monárquica, la aristocrática y la democrática.* Otra de sus importantes aportaciones fue la distinción entre régimen y gobierno.[12]

Maurizio Fioravanti continúa su estudio a través del pensamiento plasmado por *Thomas Hobbes* en su obra *Leviathan,* de cuyo contenido se infiere la idea de

[11] *Ídem.*
[12] *Idem.*

que la única y verdadera ley fundamental debe individualizar al soberano y a sus irrevocables poderes, convirtiéndose en ese momento como una necesidad la asociación política, considerando además que ninguna Constitución es posible sin soberanía. Es importante destacar que *Hobbes* en su magna obra, realiza un estudio detenido del concepto de *Estado,* con el cual pretende demostrar las razones por las cuales todos los estamentos sociales, es decir, todas las clases sociales, incluida la Iglesia que seguía en disputa por el poder con la Corona, debían estar sometidos a la soberanía de un *Estado.*[13]

En orden de aparición, Fioravanti hace mención a *Jean-Jacques Rousseau* y su obra *El Contrato Social,* la cual se considera que pretende establecer un esquema social cuyo actor principal es el pueblo, bajo el argumento de que es posible vivir y sobrevivir como un núcleo sin necesidad de un líder principal que fuese la autoridad. La lógica infundida en su obra provocó la intervención del *Procurador General de Ginebra* que férreamente defendía a la Constitución y su interpretación medieval, bajo la lógica del solemne fundamento que compromete recíprocamente a los gobernantes y a los gobernados, fijando los deberes de cada uno. Por su parte *Rousseau* planteaba la necesidad continúa del pueblo soberano de participar en las decisiones del gobernante, criticando la representación política, bajo el argumento de que toda ley que no ha sido ratificada directamente por el pueblo es nula y no es ley. Destaca además la total absorción de la Constitución por parte de la soberanía, haciendo evidente la oposición que existía entre *Soberanía y Constitución.*[14]

Es por este mismo periodo de tiempo que surgen diversas doctrinas que sostienen la idea del ordenamiento de la sociedad política a través de una *Constitución* cuya supremacía establezca subordinación a sus disposiciones y a

[13] *Idem.*
[14] *Idem.*

los actos emanados de los poderes constituidos en ella y que forman el gobierno ordinario. [15]

Destaca Maurizio Fioravanti que en las aportaciones realizadas por *Hobbes y Rousseau* si bien son fundamentales, claro está que no previeron la división del poder soberano ni la posibilidad de oponer a esos poderes una norma fundamental. [16]

Siguiendo el desarrollo de la obra de Fioravanti, se hace referencia a *James Harrington,* quien trae de nueva cuenta a colación el concepto tradicionalista de *equilibrio o balance.* Su postura versa en afirmar que no es posible que ninguna República exista sin una equitativa y razonable distribución de los bienes, y por ello considera que las leyes fundamentales debieran ser la *agraria,* puesto que de esta manera se limitaría el valor de las tierras que cada uno puede y debe poseer, y la *electoral,* con el fin de construir una República estable y moderada donde todos sean electores y elegibles de acuerdo a su renta. [17]

En esta cronología, posteriormente se hace referencia a *John Locke,* quien es el que a través de sus tratados sobre el gobierno, dota una solución equilibrada y moderada. Primeramente parte del estado natural, pero hace hincapié a que el faltante del hombre es una regla fija y consolidada. Para *Locke* la Constitución Inglesa era la que había sabido equilibrar a la *monarquía y el parlamento,* y la que además garantizaba diversos derechos a los gobernados.[18]

Posteriormente, diversos pensadores se dedicaron a perfeccionar y desarrollar el discurso constitucionalista inaugurado por *Locke,* tales como *Henry St. John, Vizconde de Bolingbroke*, quienes defendían cada vez más el término *Constitución* como aquel ordenamiento en el que se equilibran los poderes y se garantizan los derechos.[19]

[15] *Idem.*
[16] *Idem.*
[17] *Idem.*
[18] *Idem.*
[19] *Idem.*

Ahora bien, llegado el momento, estas ideas fueron defendidas y divulgadas por *Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu* en su obra *L´Esprit des Loix – El espíritu de las Leyes-;* quien además analizó de forma puntual la separación de poderes y la monarquía constitucional.[20]

Posteriormente, las revoluciones Norteamericana y Francesa del siglo XVIII, originaron el concepto de *Poder Constituyente,* que ejercían los norteamericanos para declarar su independencia de Inglaterra y los franceses con el fin de destruir las instituciones del antiguo régimen y generar una nueva forma política. Estos procesos de cambio dieron origen a Constituciones Federales con gobiernos limitados y con un reconocimiento de derechos humanos. En este sentido cabe mencionar que para *Thomas Paine* una Constitución no es producto de un gobierno sino del pueblo que lo constituye y el gobierno sin constitución es poder sin derecho.[21]

No menos importante es la obra de *Georg Wilhelm Friedrich Hegel,* quien arguye por primera vez la idea de Constitución Estatal, cuyo fundamento era que Alemania tenía una Constitución jurídica establecida contractualmente, y por lo tanto exigible por las partes ante los tribunales. Como idea fundamental estableció la relación entre Estado y Constitución así como su solides, por lo tanto no podía existir Estado sin Constitución y viceversa, tomando a la Constitución como organizadora y limitadora del Estado.[22]

Finalmente, la Constitución alemana de *Weimar* indica el inicio de las constituciones democráticas del siglo XX, las cuales contienen derechos fundamentales, el principio de división de poderes así como las limitantes de los mismos.[23]

Por otro lado, Fernando Lassalle propuso resaltar la esencia de una Constitución, qué es lo que hace que no sea una ley cualquiera, y por este motivo

[20] *Idem.*
[21] *Idem.*
[22] *Idem.*
[23] *Idem.*

trató de encontrar cuál era la naturaleza de la Constitución, afirmando, tiempo después que *la Constitución de un país es la suma de los factores reales de poder de esa nación*.[24]

Asimismo, refiere que en cada país hay dos Constituciones: 1) la real, la efectiva, la que es el resultado de la suma de los factores del poder, y, 2) la escrita, que es una hoja de papel, misma que debe corresponder a la Constitución real, puesto que de lo contrario, estallaría un conflicto inevitable entre ellas y la vida avasallada a la hoja de papel.[25] Desde ese punto de vista, todo país siempre ha tenido una Constitución y lo característico de los tiempos modernos es la Constitución escrita, es decir, esa hoja de papel.[26]

Así pues, *Lassalle* concluyó que *los problemas constitucionales no son principalmente problemas jurídicos, sino problemas de poder, problemas políticos... … El derecho debería prevalecer sobre el poder, pero ocurre todo lo contrario hasta que el Derecho acumula la cantidad suficiente de poder para vencer al poder del desafuero y la arbitrariedad.*[27]

Por su parte, Hans Kelsen distingue dos sentidos en el vocablo Constitución*: el lógico-jurídico y el jurídico-positivo*.

La Constitución en el sentido *lógico-jurídico* es la norma fundamental, es una hipótesis básica. Esta norma no fue creada conforme a un procedimiento jurídico, luego, no es una norma de Derecho positivo, ya que esta norma no es *puesta,* sino *supuesta*. La Constitución en sentido *lógico-jurídico* permite considerar al Derecho como un conjunto, un sistema de normas válidas; y, si se parte de la idea de que dicha norma fundamental es válida, luego entonces todos los ordenamientos jurídicos subordinados a ella también lo serán[28].

[24] Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es la Constitución?,* Madrid, Cenit S.A., 1931, p. 63.
[25] *Ibidem,* p. 81.
[26] *Ibidem,* p. 73.
[27] *Idem.*
[28] Véase: Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales,* 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 35-36.

Por su parte, la Constitución en sentido *jurídico-positivo* nace como grado inmediatamente inferior de la Constitución en sentido *lógico-jurídico*, ya que según *Kelsen el hecho de constituir un orden jurídico estatal, fundamentando su unidad, consiste en la norma fundamental hipotética no positiva, que es lo que hemos llamado Constitución en sentido lógico-jurídico, pues sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna norma superior de Derecho positivo.*[29]

Ahora bien, a su vez, la Constitución en sentido *jurídico-positivo* puede ser contemplada en dos sentidos: *material y formal*.

La Constitución en sentido *material* significa que ella contiene: 1) el proceso de creación de las normas jurídicas generales como las leyes; 2) las normas referentes a los órganos superiores, lo que éstos pueden realizar y cómo se divide la competencia de ellos; y 3) las relaciones de los hombres con el poder estatal; o sea, en la Constitución se encuentra todo un catálogo de derechos fundamentales.[30]

La Constitución en sentido *formal* existe cuando se encuentra una distinción entre leyes ordinarias y leyes constitucionales; y cuando éstas últimas para su creación y modificación siguen un procedimiento diferente y más complicado que el que se necesita respecto a las leyes ordinarias, y además se necesita un órgano especial que no es el que crea y modifica la legislación secundaria. La Constitución en sentido *formal* sólo existe cuando hay Constitución escrita, o sea que no se le halla en los países de Norma Fundamental consuetudinaria.[31]

Para Carlos Schmitt hay cuatro conceptos de Constitución*: el absoluto, el relativo, el positivo y el ideal.*

La Constitución en sentido *absoluto* la examina desde dos diferentes puntos de vista: *cómo ser y cómo deber ser*.

[29] Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado,* 3a. ed., trad. de Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1965, p. 327.
[30] *Ibidem,* p. 330.
[31] *Ibidem,* p. 331.

Desde el punto de vista de *cómo ser*, la Constitución presenta a determinada comunidad como un todo, como el conjunto de relaciones que se desarrollan en esa sociedad, como el resultado de la existencia real que existe en ese conglomerado; a su vez, este enfoque del concepto absoluto se subdivide en tres acepciones:

a. *Como unidad*: La Constitución no es sistema de normas jurídicas, el ser de la comunidad en su concreta existencia política, aquí el Estado es la Constitución, es decir, un estatus de unidad y ordenación.
b. *Como forma de gobierno*: Es una forma que afecta a toda la comunidad, a toda la organización comunitaria y determina la manera de ser de la comunidad por constituirse en ella en monarquía, aristocracia o democracia, república, etc.; y
c. *Como fuerza y energía:* La Constitución no es estática, es dinámica, por ser vida, por ser el resultado de intereses contrapuestos que día a día conforman la unidad política.

Desde el punto de vista del *deber ser*, la Constitución es la norma toral de la vida del Estado, no es la ejecución del ser, sino del deber ser, es la ordenación normada de toda la existencia estatal, es decir, es la *Norma de Normas.*[32]

Por su parte, la Constitución en sentido *relativo* significa la *ley constitucional en particular,* se atiende a un criterio formal, es decir, no interesa la importancia de las normas que contenga esa Carta Magna, sino el hecho de estar esas reglas en el Código Supremo, esos preceptos tienen la categoría de constitucionales.[33]

Por lo que ve a la acepción *positivista*, se tiene la Constitución significa *decisión política del titular del poder constituyente,* es decir, son determinaciones, decisiones que afectan al mismo ser social. Las decisiones fundamentales son los

[32] Véase: Schmitt, Carl, *La teoría de la Constitución,* Madrid, Alianza, 2001, pp. 3-8.
[33] *Ibidem,* pp. 13-24.

principios rectores de orden jurídico, los que marcan y señalan el ser del orden jurídico.[34]

Finalmente, la Constitución en sentido *ideal* alberga los diferentes idearios que sostienen los partidos políticos, por lo que cada partido político reconoce como verdadera Constitución aquella que corresponde a sus principios políticos.[35]

Para Ricardo Guastini, la Constitución se distingue de otros documentos normativos: a) *Por su nombre propio*; b) *Por su contenido característico materialmente constitucional*; y, c) *Porque las normas constitucionales preponderantemente van dirigidas a los órganos constitucionales supremos*. De lo anterior, colige Guastini que la Constitución es una norma jurídica distinta a las leyes debido a su naturaleza fundante de categoría superior y suprema que además sirve como parámetro de validez del resto de las disposiciones jurídicas.[36]

Para el maestro Jorge Carpizo, la palabra *Constitución* posee varios significados; también afirma que cualquier Estado, tiene una Constitución, ya sea escrita o consuetudinaria, la cual es el conjunto de relaciones que se verifican en determinada comunidad, los actos que se realizan entre gobierno y gobernados y el logro de cierto orden que permite que se efectúen una serie de hechos que se reiteran.[37]

En este mismo tenor de ideas, para Eduardo García de Enterría, la Constitución configura y ordena los poderes del Estado por ella constituidos, asimismo, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad.[38]

[34] *Ibidem,* pp. 24-26.
[35] *Ibidem,* pp. 41-42.
[36] Guastini, Ricardo, "*Sobre el concepto de constitución",* en *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2003, p. 4.
[37] Carpizo, Jorge, *op. cit.,* nota 28, p.42.
[38] García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid, Civitas, 1982, p. 85.

De ahí que la Constitución se presente como un sistema formal y regulado que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, cuyos preceptos están dirigidos tanto a los diversos órganos del poder establecidos por la propia Constitución, como a las personas.

Así pues tenemos que la *Constitución* es producto de la sedimentación de un conjunto amplio de significados, en la que además se suman componentes tanto de procedencia jurídica, ya que incorpora toda una estructura compleja de principios, como política, puesto que ordena las prioridades de una sociedad; y, la conjunción de ambas supone el establecimiento de pretensiones y la garantía de su permanencia para facilitar su éxito.

La *Constitución* no sólo es una norma, sino es la más importante, la primera de las normas del ordenamiento entero, es decir, es la norma fundamental, la *lex superior,* ya que define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución, las leyes que de ella emanen serán válidas, además de que tiene una pretensión de permanencia, lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias. Lo anterior, aunado a que establece los órganos del Estado y sus funciones, recoge los valores fundamentales y las pretensiones sociales como fin de la organización social, así como los derechos y las libertades, y, finalmente incorpora los principios técnicos-jurídicos a través de los cuales se instrumenta la consecución de objetivos.

1.2. Supremacía constitucional

La Real Academia de la Lengua Española sostiene en su diccionario que la palabra *supremacía* significa *grado supremo en cualquier lineal, así como, preeminencia y superioridad jerárquica*.[39]

[39] *Real Academia de la Lengua Española*, Madrid, Espasa, Calpe, 2001, p. 787.

Con base en lo anterior se afirma que la supremacía constitucional se traduce en la cualidad que tiene la Constitución de ser la norma que apoya y da validez a la totalidad del ordenamiento jurídico de un país.

Casi todas las Constituciones escritas señalan que la Constitución es la norma suprema del país. Es decir, que dentro de ese orden jurídico, la Constitución es la norma de mayor jerarquía y por tanto, una norma contraria a la Constitución no debe ser aplicada.[40]

En palabras de Carlos Báez Silva, se dice que algo es supremo cuando es superior jerárquicamente, cuando sobre ese algo no existe *algo más*, cuando es lo más alto, lo más valioso. Es en este sentido en el que se entiende la supremacía de las Constituciones: son lo más alto, lo más valioso, pues sobre ellas no existe nada más, son formalmente superiores. Por lo tanto, una Constitución, por definición, es un conjunto de normas que establecen un sistema de normas, por ello la Constitución es superior a las normas de ella derivadas.[41]

De los anteriores conceptos de supremacía constitucional derivan dos principios: a) De legalidad, conforme al cual todo acto contrario a la Constitución carece de valor jurídico; y, b) Cada órgano tiene su competencia que no es delegable, salvo en los casos que señale expresamente la propia Constitución.

Por su parte, Néstor Pedro Sagüés menciona que *si la Constitución decide algo, ese algo debe de cumplirse, aunque el Parlamento (y hasta el electorado) piensen lo contrario: la Constitución está por encima del cuerpo comicial y de sus representantes. Solamente así se entiende el valor del principio "supremacía constitucional".*[42]

Este principio de supremacía constitucional fue conocido desde los griegos, pero fue que alcanzó su máxima expresión en los Estados Unidos de

[40] Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 28, p.296.
[41] Báez Silva, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México,* México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, p. 2.
[42] Sagüés, Nestor Pedro, *La Interpretación Judicial de la Constitución,* Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 191.

Norteamérica, en el célebre caso de Marbury vs. Madison, donde el Juez Marshall aclaró que:

> *Es demasiado simple para ser controvertido, que la constitución controla todo acto legislativo, repugnante a ella; o que la legislatura puede alterar la constitución mediante una ley ordinaria. Entre estas alternativas no hay término medio. La constitución es, o bien una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o está en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios, y como las otras leyes es modificable cuando la legislatura quiera modificarla. Si la primera parte de la alternativa es exacta entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; si la segunda parte es exacta, entonces las constituciones escritas son tentativas absurdas por parte del pueblo para limitar un poder que en su propia naturaleza es ilimitable. Evidentemente, todos los que han elaborado constituciones escritas las consideraron como la ley fundamental y suprema de la nación, y consecuentemente la teoría de cada uno de tales gobiernos debe ser la de que un acto de la legislatura repugnante a la constitución, es inválido.*[43]

Como se puede apreciar, el Juez Marshall, sin anclaje constitucional alguno, infirió la categoría suprema de la constitución sobre el resto de las leyes y en consecuencia instituyó la facultad de todos los jueces de inaplicar las normas que se contrapusieran a la constitución, creando así el llamado *judicial review*[44] que se plasma y a la vez forma parte del control difuso de la constitucionalidad.

La prueba más clara de la vigencia del principio de supremacía constitucional es la existencia de la propia justicia constitucional, esto es, no sólo reconoce su superioridad, sino que se han creado a lo largo de los años mecanismos especiales para garantizarle esta calidad logrando fielmente su

[43] En torno a esta resolución véase: Beltrán de Felipe y González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

[44] Judicial review is a type of court proceeding in which a judge reviews the lawfulness of a decision or action made by a public body. In other words, judicial reviews are a challenge to the way in which a decision has been made, rather than the rights and wrongs of the conclusion reached. It is not really concerned with the conclusions of that process and whether those were 'right', as long as the right procedures have been followed. The court will not substitute what it thinks is the 'correct' decision. This may mean that the public body will be able to make the same decision again, so long as it does so in a lawful way. If you want to argue that a decision was incorrect, judicial review may not be best for you. There are alternative remedies, such as appealing against the decision to a higher court. Examples of the types of decision which may fall within the range of judicial review include: Decisions of local authorities in the exercise of their duties to provide various welfare benefits and special education for children in need of such education; certain decisions of the immigration authorities and Immigration Appellate Authority; Decisions of regulatory bodies; Decisions relating to prisoner's rights. http://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/judicial-review/.

defensa y con ello consiguiendo además el control de los actos de los poderes constituidos, mismos que siempre deben ser y actuar conforme al mandato constitucional.

En México, el principio de supremacía constitucional se encuentra en los artículos 15, 40, 41, primer párrafo, 128 y 133 de la Constitución Federal. El principio citado como tal se establece expresamente en el artículo 133; y la hegemonía de la Constitución sobre los convenios y tratados internacionales en el diverso 15. En tanto, los artículos 40 y 41 disponen, respectivamente, que la forma de Estado y la de gobierno se adecuen a los principios de la Ley Fundamental, y que las constituciones locales no contraríen las estipulaciones de la federal. El artículo 128 señala que todo funcionario público, sin excepción alguna, proteste guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen antes de tomar posesión de su cargo.

Los anteriores numerales señalan que la Constitución Federal ocupa la cúspide del orden jurídico nacional, además, origina a los poderes constituidos y ninguna ley debe contradecirla.[45]

No obstante lo anterior, en nuestro país, la supremacía constitucional se aprecia clara y expresamente en el contenido del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que estable:

> *Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.*

De dicho artículo se desprenden los siguientes elementos:

a) La Constitución Federal es la Ley suprema y fundamental; así como,
b) Los ordenamientos jurídicos derivados de ella, sean leyes federales, tratados internacionales;
c) Las leyes locales; e

[45] Carpizo, Jorge, *op. cit.,* nota 28, p. 258.

d) Inclusive los actos de autoridad, deben estar acordes con lo preceptuado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que resulten válidos.

Tal acepción de jerarquización se la debemos al jurista austriaco Hans Kelsen, autor de la *Teoría Pura del Derecho,* quien plantea que el orden jurídico de un país se encuentra estructurado en un sistema piramidal, en el cual su vértice está ocupado por una norma hipotéticamente fundamental, de la que deriva la validez de todo el orden jurídico nacional. En este sistema, el orden jurídico no se integra por normas de un mismo nivel, sino por normas que se encuentran jerarquizadas, distinguiéndose las normas primarias o fundamentales y las secundarias o derivadas.

Siguiendo esta teoría, la única ley que legal, ideológica y políticamente puede denominarse suprema, es la Constitución, en virtud de ello toda norma jurídica secundaria, tendrá validez dentro de nuestro sistema legal únicamente si sus disposiciones son acordes a los principios establecidos en la Constitución.

Al respecto el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado lo siguiente:

> *La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones.*[46]

Lo que de igual manera significa que acorde con dicho principio, ninguna Constitución estatal, ni ninguna ley, puede contrariar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por ser ésta la Ley Suprema.

En este mismo tenor de ideas, los Tribunales del Poder Judicial de la Federación han determinado que del principio de supremacía constitucional se

[46] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* tesis P./J.73/99, Novena Época, t.X, agosto de 1999, p. 18.

desprenden diversas implicaciones, ya que al ser la Constitución la Ley Suprema de la Nación, su contenido no puede transformarse por ningún otro ordenamiento legal, pues se sobrepone a las leyes comunes federales y locales; entendiendo que los últimos ordenamientos guardan una subordinación natural respecto de la Constitución.

Los estados de la República deben sujetarse a lo ordenado en la Ley Suprema, aun cuando sean libres y soberanos pues sólo aplica en cuanto a su régimen interior, por ello, cuando una ley local se oponga a los preceptos constitucionales, éstos deben prevalecer, incluso en el supuesto de que la legislación expedida por la Legislatura local se adecue a su propia Constitución y emane de autoridad competente, ya que los estados deben permanecer acordes con la federación, según los principios de la propia Constitución.

Toda institución o dependencia, y todo individuo, deben someterse a las disposiciones constitucionales, respetando sus garantías y postulados, sin que ninguna persona -física o moral, pública o privada- pueda desconocerlas.[47]

Con fundamento en su jerarquía, la Constitución solamente puede modificarse o adicionarse con base en los lineamientos que para tal efecto se indican en ella, y por conducto de un órgano especialmente calificado (constituyente permanente)[48].

La sola declaración formal del Poder Constituyente no ha sido suficiente para dar plena eficacia al principio de supremacía constitucional; por ello se han instituido los sistemas de control constitucional o medios, métodos o instrumentos, de defensa de la Constitución.

Para Héctor Fix Zamudio la defensa de la Constitución está integrada por:

> *todas aquellas instituciones jurídicas, sustantivas y procesales, que se han establecido en las propias Cartas Fundamentales, tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y alcanzar el desarrollo y evolución de las disposiciones constitucionales en un doble sentido: 1) Desde el punto de vista de la Constitución*

[47] *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, no. 86, febrero de 1995, p. 19.
[48] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, vol. 39, Primera Parte, p. 22.

> *formal, para lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social; y, 2) Desde el ángulo de la Constitución real o material, a fin de obtener su transformación conforme a las normas programáticas o disposiciones de principio contenidas en la propia ley suprema del Estado.*[49]

1.3. Fuerza normativa y aplicabilidad de la Constitución

Una vez establecida la noción que se tiene de Constitución, así como su supremacía en el orden jurídico, ahora se procederá a analizar su fuerza normativa y su aplicabilidad.

Al hablar de su fuerza normativa, se tiene que la Constitución en tanto norma jurídica posee sustancialmente disposiciones de cumplimiento obligatorio, sin dejar de reconocer la existencia de otras que son de cumplimiento potestativo, sin embargo, en ambos casos deben ser respetadas y cumplidas por todos los operadores jurídicos sean particulares o gubernamentales.[50]

Al respecto J. Germán Bidart Campos establece que *la fuerza normativa de la constitución abarca, pues, desde la unidad de la misma constitución con unidad de sentido, a todo el complejo completo de normas que componen la constitución, sin que sea viable dividir o romper aquella unidad para destituir de su fuerza normativa el contenido sustancial que forman los valores, los principios y los derechos.*[51] Así pues, esta naturaleza normativa comprende a la Constitución como una unidad, concurre en todos los contenidos de la Constitución, así se trate de principios, reglas o normas.

Ahora bien, siguiendo a la fuerza normativa de la Constitución, no se debe pasar desapercibido que es un tópico propio del Derecho Constitucional, es una tensión entre el ser y el deber ser, es decir, entre la realidad social y el mandato jurídico, entre cómo son las cosas y cómo la norma dice que deben ser; y ahí es la

[49] Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos,* México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1993, p. 258.
[50] Rangel Hernández, Laura Maribel, *Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa. Teoría General y su Control Jurisdiccional en México,* México, Porrúa-Instituto de Derecho Procesal Constitucional, 2009, p. 8.
[51] Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa,* México, UNAM, 2003, pp. 85-86.

clave de la que depende el éxito o el fracaso de la norma constitucional, es decir que se alcance o no el objetivo perseguido por el legislador constituyente.

Aunque detrás de cada norma estuviese el aparato coactivo del Estado para imponer su cumplimiento por la fuerza, si las personas no la cumplen de manera voluntaria, se está en presencia de una incapacidad por parte del Estado; y, por el contrario, un Estado en el que funcione perfectamente todo el aparato coactivo, es un Estado cuyo ordenamiento jurídico descansa en el cumplimiento espontáneo por parte de las personas.

El ordenamiento jurídico del Estado como un todo tiene la necesidad de la coacción para mantenerse, pero no puede descansar en la coacción. Es decir, si las normas no son adecuadas para la realidad social del país, no hay Estado que pueda imponer coactivamente su cumplimiento.[52]

Así, desde una perspectiva general, no es la coacción lo que define el ordenamiento. Sin embargo, dicha coacción sí viene a ser un elemento esencial de su definición. Por ello, la tensión entre el ser y deber ser y el consiguiente problema de su fuerza normativa no afecta al estatuto científico y normativo de la Constitución[53].

Lo anterior es así puesto que el objeto de la Constitución es la construcción jurídica del orden político global de la sociedad. En consecuencia, la tensión entre el ser y el deber ser no puede ser jamás una tensión *localizada*, como la que puede producirse en una norma del ordenamiento secundario, sino que la tensión es *total*, ya que afecta a la sociedad entera y al Estado propio.[54]

Por su parte, la aplicabilidad de la Constitución tiende a realizarse en un caso concreto, y éste es encuadrado tanto en el tipo normativo constitucional como de su consecuencia jurídica, haciendo efectiva a ésta última.[55]

[52] Pérez Royo, Javier y Carrasco Durán Manuel, *Curso de Derecho Constitucional,* Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 92.
[53] *Ibidem,* p. 93.
[54] *Idem.*
[55] Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho,* 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo, 1955, p. 302.

Para José Afonso Da Silva, la *aplicabilidad* significa *la naturaleza de lo que es aplicable. En el sentido jurídico, dícese de la norma que tiene posibilidad de ser aplicada, esto es, de la norma que tiene capacidad de producir efectos jurídicos. No se trata de saber si ella produce efectivamente esos efectos. Eso ya sería una perspectiva sociológica, y se dice respecto a su eficacia social, en cuanto a que nuestro tema se sitúa en el campo de la ciencia jurídica, no de la sociología jurídica.*[56]

En tanto que la interpretación, la determinación y la integración de las normas constitucionales pueden ser etapas teóricas, su aplicación es un tramo esencialmente práctico, ya que va a significar la concreción de la norma para una situación concreta y real.

El aplicador de la norma constitucional puede serlo cualquiera. Normalmente se piensa como aplicador nato el *juez,* quien interpreta y en su caso determina o complementa, y hasta elabora reglas accesorias a la Constitución, con el fin de efectivizarla en el proceso bajo su examen. Pero aparte del *juez,* existen múltiples operadores: el poder legislativo, cuando sanciona leyes, el poder ejecutivo, al realizar sus tareas constitucionales, y los particulares, cuando ejercitan sus derechos constitucionales o cumplen con los deberes que les impone la Constitución. [57]

Normalmente, el creador o autor de la norma constitucional y el aplicador de ella no coinciden, ya que uno es el constituyente histórico y el otro el operador actual; sin embargo, existen tres excepciones:[58]

a) En ciertos casos, el constituyente asume tareas complementarias al dictado propio de la Constitución, actuando como operador. (artículos transitorios)

[56] Silva, José Afonso Da, *Aplicabilidad de las normas constitucionales,* trad. Nuria González Martín, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 1.
[57] Sagüés, Nestor Pedro, *Teoría de la Constitución,* Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 204.
[58] *Idem.*

b) En otras hipótesis, la convención constituyente crea un cuerpo especial, generalmente no permanente, destinado a realizar un seguimiento de la actuación de los poderes constituidos, en aras de asegurar la fidelidad del cumplimiento del mensaje constitucional.
c) También es factible, cuando se produce un caso de integración de la norma constitucional, y, por tanto, de elaboración de la referida norma, que el autor y el aplicador de la cláusula en mención coincidan.

Siguiendo a Goldschmidt entiende que el *aplicador,* cuando es el autor de alguna norma que se efectiviza, ejecuta su propia voluntad; y cuando no es el autor de la cláusula que se ejecuta, actualiza la voluntad del autor de la norma.[59] Para el último supuesto, se cree que tal tesis es correcta en la medida en que realmente el aplicador respete el mensaje del constituyente histórico, y en caso de que evada dicha directriz, entonces esa actualización no se daría. El aplicador, de darse tal apartamiento, estará ejecutando su propia voluntad, de modo similar a como si fuese el nuevo autor de la norma.[60]

Así pues, tanto la fuerza normativa como la aplicabilidad de la Constitución son atributos que la caracterizan e incluso la definen por estar ambos inmersos en su propia naturaleza, y que la hace valer y regir por si misma aún sin intervención posterior del órgano legislativo consistente en la emisión de normas generales de desarrollo de sus preceptos.

Al respecto el Dr. Sagüés establece que la fuerza normativa también se vincula con el grado de *efectividad* y *eficacia* de la Constitución como instrumento jurídico, y que por tanto debe ser potenciada por los operadores jurídicos[61]; así como el legislador confirma y amplía esa fuerza normativa al producir las normas que la desarrollan, detallan e instrumentan y por su parte también lo hace el juzgador

[59] Goldschmidt, Werner, *op. cit.*, nota 55, p. 301.
[60] Sagüés, Nestor Pedro, *op.cit.*, nota 57, p. 205.
[61] *Idem.*

constitucional, ya sea mediante actos negativos que se traducen en la eliminación de las normas secundarias inconstitucionales, o bien a través de actos positivos derivados de la interpretación constitucional, así como lo que surgen de algunas clases de sentencias constitucionales atípicas, tal es el caso de la omisión legislativa, que en la mayoría de los casos tiene efectos e incidencia directa en el orden jurídico.

1.4. Normas constitucionales: normas de eficacia directa y de eficacia indirecta

Para el estudioso José Afonso Da Silva, las normas constitucionales son:

> *Las reglas que integran una Constitución rígida. Esto no excluye el reconocimiento de disposiciones de contenido constitucional fuera de ese documento solemne establecido por el poder constituyente que es la Constitución dogmática formal; pero éstas son constitucionales sólo en sentido material, como las que se contienen, por ejemplo, en los códigos electorales, los cuales sin embargo, pierden mucho de su sentido constitucional precisamente porque no se distinguen por su jerarquía de las demás prescripciones del ordenamiento jurídico.*[62]

Se puede advertir que de las peculiaridades que manifiesta la Constitución normativa como fuente del derecho se deriva la necesaria diversidad de normas que debe contener. Es decir, la Constitución no puede limitarse a estructurar al Estado, sino que pretende también ordenar a la sociedad.

Ahora bien, es muy complicado hablar de una uniformidad en la clasificación de las normas constitucionales, por ejemplo: José Afonso Da Silva propone una clasificación tripartita: *1) Normas constitucionales de eficacia plena y aplicabilidad inmediata; 2) Normas constitucionales de eficacia contenida y aplicabilidad inmediata pero restringida; y, 3) Normas constitucionales de eficacia limitada, que a su vez tienen tres grupos: a. De principio institutivo; b. De principio programático; y, c. De principio programático*.[63]

[62] Silva, José Afonso Da, *op.cit.*, nota 56, p. 31.
[63] *Ibidem,* pp. 73-150.

Por su parte, Francisco Rubio Llorante propone una tipología de normas materiales de la Constitución: *1) derechos fundamentales; 2) garantías institucionales; 3) mandatos al legislador y principios fundamentales; y, 4) fines del estado*.[64]

De la misma manera, Francisco Balaguer Callejón habla de: *1) normas de aplicación directa; 2) normas de eficacia directa para los ciudadanos; 3) normas programáticas; y, 4) principios constitucionales*[65]*.*

No obstante, para efectos de esta investigación se atenderá a la eficacia jurídica de las normas constitucionales; por lo tanto se optó por la clasificación que propone Gustavo Zagrebelsky.[66]

A continuación se procede a ilustrar dicha clasificación, para posteriormente analizar cada uno de los elementos que la componen:

Tipos de normas constitucionales

- *Las normas constitucionales de eficacia directa*
- *Las normas constitucionales de eficacia indirecta:*
  - ✓ *Las normas constitucionales de eficacia diferida*
  - ✓ *Las normas constitucionales de principio*
  - ✓ *Las normas constitucionales programáticas*

[64] Véase: Rubio LLorante, Francisco, "La Constitución como fuente del derecho", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos,* México, Porrúa-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 155-176.
[65] Véase: Balaguer Callejón, Francisco, "Constitución y ordenamiento jurídico" en Carbonell, Miguel (comp.), *op. cit.* nota 47, pp. 177-204.
[66] Véase: Zagrebelsky, Gustavo, "La Constitución y sus normas" en Carbonell, Miguel (comp.), *op. cit.,* nota 64, pp. 67-92.

La Constitución es la máxima fuente del derecho, lo cual significa que de cierta manera debe de reconocérsele tanto su eficacia directa como indirecta, de conformidad con lo que el autor Gustavo Zagrebelsky propone. Según el propio Zagrebelsky, su propuesta debe ser valorada en relación con las diversas categorías en que pueden subdividirse las normas de la Constitución. Si bien todas deben ser entendidas *magis ut valeant,* de modo consiguiente a su carácter fundamental, no todas poseen el mismo valor. En particular hay que tener presente una distinción esencial entre *normas de eficacia directa y normas de eficacia indirecta*.[67]

Siguiendo a Zagrebelsky, las *normas de eficacia directa son aquellas idóneas de por sí (directamente) para regular situaciones concretas*; y por su parte, las *normas de eficacia indirecta son aquellas que necesitan ser actuadas o concretadas a través de una posterior actividad normativa.*[68]

Ahora bien, se esté en presencia de *normas de eficacia directa* cuando la estructura de la norma constitucional es suficientemente completa para poder servir de regla en casos concretos, debe ser utilizada directamente por todos los sujetos de ordenamiento jurídico, trátese de jueces, de la administración pública o de particulares.[69] Esto quiere decir que pueden ser aplicadas de forma directa por los destinatarios y los operadores del ordenamiento jurídico, ya que despliegan desde el primer momento toda su eficacia jurídica, en consecuencia, tienen una fuerza normativa y aplicabilidad plena e inmediata.

[67] *Ibidem,* p. 79.
[68] *Idem.*
[69] Gustavo Zagrebelsky en su ensayo señala que en la antigüedad, las Constituciones que no contemplaban una condición particular de la sociedad que había que diseñar a través del derecho, sino que se basaban en el reconocimiento de la sociedad burguesa como presupuesto de la misma Constitución, la Constitución vigente, como el ordenamiento jurídico en general pretende intervenir directamente en las relaciones sociales, para modelarlas según sus propios preceptos. Las Constituciones liberales servían para garantizar una esfera de libertad individual frente al Estado: la Constitución operaba, pues, como limitación de este último ante la libertad de la sociedad civil, y los verdaderos destinatarios de las normas constitucionales eran reconstruidos como autolimitación del mismo Estado ante los ciudadanos. Hoy día, la Constitución se dirige también, directamente, a las relaciones entre los individuos y las relaciones sociales. Por ello, las normas constitucionales pueden ser invocadas donde sea posible, como regla. *Ibidem,* p. 80.

Por su parte, se advierte que se tienen *normas constitucionales de eficacia indirecta*, cuando la estructura de las normas constitucionales no es lo suficientemente completas para aplicarse a los casos concretos, de manera que aunque sean válidas, para ser aplicadas y desplegar la totalidad de sus efectos, requieren de un desarrollo o instrumentación posterior por parte del legislador para tornarlas plenamente operativas y eficaces.[70] En esta categoría se encuentran: *1) Las normas constitucionales de eficacia diferida; 2) Las normas constitucionales de principio; y 3) Las normas constitucionales programáticas.*

Atendiendo a la anterior subcategoría, se tiene que *las normas constitucionales de eficacia diferida,* son normas de organización que necesitan una disciplina normativa posterior a la establecida por la Constitución; es decir, que su eficacia resulta diferida, aplazada, hasta el momento en que sea establecida la normativa de realización.[71]

La realización de la organización constitucional se remite, pues, a las fuentes previstas por ella. Si bien puede decirse, en términos generales, que es obligada la promulgación de las normas de realización, también está claro que no existe ningún instrumento jurídico formal idóneo para obligar al Parlamento a legislar o para sancionar esa omisión. La realización de la Constitución presupone un planteamiento no jurídico-formal en el que predominan los elementos constitucionales materiales sobre las abstractas previsiones constitucionales.

Aunado a lo anterior, hay que tener presente que la Constitución no resulta idónea en ciertos casos para obrar directamente como regla de asuntos concretos, por lo que requiere una realización posterior.

Por su parte, para entender qué son *las normas constitucionales de principio,* es necesario recordar que muchas disposiciones constitucionales contienen la formación de principios jurídicos.

[70] *Ibidem,* p. 81.
[71] *Ibidem,* p. 82.

Aún y cuando no es tema de estudio la distinción entre reglas y principios, es importante comprender el modo de funcionamiento de las unas y de los otros. Al respecto, Gustavo Zagrebelsky, define que: *mientras que las reglas establecen lo que se debe o no se debe en circunstancias determinadas por la misma regla, los principios establecen orientaciones generales que han de seguirse en todos los casos que puedan presentarse, aunque no estén predeterminados por el mismo principio. Por tanto un principio tiene una capacidad expansiva mayor que la de una regla; pero, a diferencia de ésta, necesita de una posterior actividad de concreción que relacione al principio con los casos específicos.*[72]

La actividad de concreción de la que el autor refiere, se trata de una actividad positiva, que en primer lugar corresponde al *legislador,* ya que debería competerle desarrollar la potencialidad del principio en relación con los casos específicos; y, dicha actividad consiste en establecer nuevas formas conformes con el principio, en relación con los casos particulares en que puede ser invocado el principio.

Si bien la actividad de concreción le pertenece a legislador, eso no excluye que la realicen otros actores jurídicos como el intérprete, el particular e inclusive el juez, sin embargo, se corre el riesgo de realizar indebidamente funciones propias del legislador.

Se tiene que reconocer que esta actividad de concreción es una actividad inagotable, porque la misma debe realizarse día a día y adecuarse a las circunstancias actuales.

En el contexto mexicano, el principal exponente lo son los derechos fundamentales[73], los cuales por su propia naturaleza abstracta requieren de una

[72] *Ibidem,* p. 83.

[73] Se les denomina derechos fundamentales porque se reconocen en la norma fundamental, es decir, en la Constitución. Al respecto, Manuel Aragón establece: *Es la norma emanada del Poder Constituyente la que "reconoce! Los derechos y no la ley, norma emanada del poder constituido que está compelida a observarlos. Así reside la médula del pacto social: los hombres mediante la Constitución, confían su gobierno al Estado, precisamente porque, mediante la Constitución, el Estado queda obligado a respetar la libertad. Los derechos de los ciudadanos son "fundamentales" no sólo porque sin ellos no serían ciudadanos, es decir,*

posterior concreción, la cual, en primer lugar le corresponde al órgano legislativo plasmar casos concretos en los que encuentra aplicación el principio, pero también es facultad y obligación del órgano jurisdiccional verificar su cumplimiento y en caso de ser necesario, proceder a su aplicación directa.

Ahora, por lo que ve a las *normas constitucionales programáticas,* se debe advertir que deben ser diferenciadas de las normas que contienen programas de las disposiciones de principio. Esencialmente se refieren a los aspectos políticos-sociales, mientras que los principios se refieren a la coherencia interna del ordenamiento, respecto a determinados supuestos iniciales: *los programas miran al fin; los principios, al inicio de una acción normativa.*[74]

Este tipo de normas han sido muy criticadas por diferentes autores como Forsthoff y Calemandrei[75], quienes afirma, respectivamente, que: "… *carecen de valor jurídico y se reducen a simples proclamaciones ético-políticas jurídicamente irrelevantes…" y "… las normas que contienen los derechos sociales tienen una importancia exclusivamente política y virtual…".*

Hasta este momento es dable afirmar que la mayoría de las normas constitucionales tienen fuerza normativa y por tanto despliegan efectos jurídicos, tanto en diferentes intensidades como en circunstancias; por su parte, las normas programáticas requieren la intervención legislativa para desplegar a plenitud sus efectos, pero ello no indica en modo alguno que carezcan de efectividad, puesto que cuentan con un núcleo normativo básico que debe ser cumplido y que puede ser objeto de aplicación directa; y dicho carácter normativo es el que sirve de lineamiento para que el órgano legislativo cree las consecuentes normas reglamentarias; de la misma manera, el órgano jurisdiccional tiene que seguir esta

hombres libres, ni el pueblo soberano, esto es, pueblo libre, sino además, porque tales derechos se reconocen en la norma fundamental, esto es la propia Constitución. La consecuencia de ello es la eficacia jurídica de tales derechos constitucionales, su aplicación directa por los jueces y la inaplicación de la ley o del acto de los poderes públicos que los vulneren. Aragón, Manuel, "Constitución y derechos fundamentales" en Carbonell, Miguel (comp.), *op. cit.,* nota 64, p. 219.

[74] Ambos citados por Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 64, p. 87.

[75] *Ibidem,* p. 89.

línea de acción al dictar sus resoluciones; y, los demás órganos de la administración pública deben de enfocar las políticas públicas en el sentido de las disposiciones constitucionales. Otro efecto jurídico sería que en caso de que una ley secundaria contraviniera el contenido de la norma programática deberá ser declarada inconstitucional.

Al respecto Zagrebelsky refiere:

> *… las prescripciones constitucionales programáticas, aunque no aplicables directamente, desempeñan este papel de reducción y, por así decirlo, orientan en un primer paso del debate político en una dirección, un primer paso que antecede a otros, en busca de la norma suficientemente concreta que pueda ser aplicable en la solución de controversias específicas. No indican de qué modo deberá decidirse, sino en qué dirección deberá buscarse la decisión. El hecho de que se dirijan en primer lugar al legislador (y no al juez), y que requieran decisiones orientadas a alcanzar los fines constitucionales, nada dice en realidad sobre su calidad normativa que sirva para diferenciarlas de otras normas: solo indica algo acerca del grado de "reducción" que desciende de ellas. Por eso, entre lo "normativo" y lo "programático" no hay esa diferencia fundamental que sustancia que algunas veces, simplificando, quiere distinguirse: se trata de una diferencia de grado, no de función.*[76]

Planteado lo anterior, el tema que se trata es de vital importancia para el tema de estudio de este trabajo, ya que las normas programáticas al ser vinculadas con los derechos sociales por cuestiones de *justiciabilidad*, es posible que la omisión legislativa encuentre lugar, puesto que puede ser posible que el legislador haya emitido las leyes de desarrollo constitucional respectivas, sin haber otorgado las herramientas adecuadas para el cumplimiento de dichos derechos, ya sea a través de una obligación expresa del Estado, o bien de proveer mecanismos eficientes y eficaces para garantizarlos; y, por otra parte, puede también que el legislador simplemente haya olvidado o incumplido don la tarea de dar un contenido a los derechos sociales y procurar en todo momento su viabilidad, es decir, que haya omitido dictar las normas legales indispensables con lo cual la omisión legislativa se torna un obstáculo más dicha viabilidad.

[76] *Ibidem,* p. 90.

1.5. División de poderes

Para algunos, según Geofrey Marshall, la división de poderes *es una de las expresiones más confusas en el vocabulario del pensamiento político y constitucional.*[77]

La primera formulación reconocible de la teoría de división o separación de poderes aparece a finales del siglo XVII en Inglaterra con el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil de 1960, de John Locke, siendo Inglaterra, pues, el primer país del mundo en el que se inicia la aventura del Estado Constitucional; sin embargo, siendo inglés tanto el origen teórico como práctico de dicha separación de poderes, sería a través de la exposición de la misma que efectuaría Montesquieu en *Del espíritu de las leyes* como la teoría transformaría en la doctrina de la separación de poderes y conseguiría la aceptación universal.[78]

Ahora bien, previo analizar la división de poderes como tal, es necesario advertir que su teoría nació con el Estado Constitucional, porque es con esta forma política con la que se produce por primera vez en la historia la concentración y monopolización del poder político en un territorio amplio y con una población considerable. Lo anterior es así porque se recordará que en los territorios, previa la instalación del Estado Constitucional, no había un poder político sino múltiples poderes políticos que coexistían de manera *pacífica*. Y no fue hasta mediados del siglo IX y XIII que dicha coexistencia se conduciría a una Monarquía, la cual evolucionó hasta convertirse en absoluta.

Puede pensarse que esa Monarquía absoluta tenía toda la concentración y monopolización del poder sobre el territorio, sin embargo, contrario a ello, dicha Monarquía simplemente sería la forma política a través de la cual se intentaba poner orden en la *selva* de los poderes autónomos como la sociedad feudal, los ministros de culto, etc.

[77] Carpizo Jorge y Carbonell, Miguel, "División de poderes", en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional,* 2º ed., México, Porrúa-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 607-608.
[78] Pérez Royo, Javier y Carraco Durán Manuel, *op. cit.*, nota 52, p. 626.

Con lo anterior, se trae a colación el término de *soberanía,* que acertadamente Jean Bodin en su obra *Seis Libros de la República*, define como *un concepto relativo*, puesto que solamente puede apreciarse a la *soberanía* en ese momento como el instrumento para establecer una diferenciación jerárquica entre los poderes que en ese momento coexistían; es decir, el poder soberano era el primero entro esos múltiples poderes, era el soberano en relación con los otros poderes que no lo eran.[79]

Una vez transcurrido el tiempo y ya con la aproximación del Estado Constitucional, el término *soberanía* pasó de ser un término *relativo* a uno *absoluto,* que muestra al *Estado* como único centro de poder que existe en el territorio.

Los autores Javier Pérez Royo y Manuel Carrasco Durán, son muy acertados en citar las palabras del ilustre *Georg Jellinek* en su *Teoría General del Estado: … en la Monarquía Absoluta existía la soberanía en el Estado; en el Estado Constitucional lo que existe es la soberanía del Estado.* Manifestando Perez Royo y Carrasco Durán que la primera presupone la existencia de poderes que compiten; y la segunda exige un monopolio, la exclusión de toda competencia, es decir, que el poder del Estado no tolera y tolerará la existencia de competidores. [80]

En su teleología original, la división de poderes pretendía que los poderes se controlaran unos a otros, garantizando de esa forma la libertad de los ciudadanos. Montesquieu lo dijo en una frase famosa de su citada obra:

> *es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites…. Para que no pueda abusar del poder, es preciso que, por disposición de las cosas, el poder frene al poder. En el mismo tenor, John Locke refirió que para la debilidad humana sería una tentación demasiado grande delegar la función de ejecutar leyes a las mismas personas que poseen la tarea de realizarlas, puesto que el género humano tiene tendencia a aferrarse al poder.*[81]

[79] *Ibidem,* p. 627.
[80] *Idem.*
[81] Carpizo Jorge y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 77, p. 607-608.

Según Juan José Solozábal Echavarría, caracteriza al principio de división de poderes, dentro de una apreciación funcional, la afirmación de que al Estado le corresponde la realización de tres tipos de actividades o tareas: el establecimiento del despacho o *función legislativa*; su aplicación y desarrollo o función ejecutiva; y la resolución de los conflictos jurídicos o función judicial. Estos tipos de funciones se encomiendan a determinados órganos constitucionales o poderes especializados, integrados por diferentes personas.[82]

Siguiendo a Solozábal Echavarría, el principio de separación de poderes puede considerarse como el elemento formal u objetivo del Estado de Derecho, que aseguraría no la rectitud de las actuaciones públicas sobre los ciudadanos, sino su correcto ejercicio a cargo del órgano competente.[83]

Es claro el anterior autor en mencionar que el principio de separación de poderes única y exclusivamente juega en el plano de la organización del Estado y no en el de su fundación o constitución en el que todo el poder *constituyente* corresponde a un único titular que es el pueblo.[84]

En concatenación con lo antes mencionado y siguiendo al destacado García Pelayo, para comprender en la actualidad la división de poderes hay que hacer algunas consideraciones previas:[85]

1. Es necesario precisar que dentro de los poderes del Estado pueden distinguirse dos esferas: Una rigurosamente estatal, integrada por los órganos que se encuentren jurídicamente investidos de poder y por las *tecnoburocracias;* y otra compuesta por aquellos actores como partidos políticos y organizaciones con diversos intereses que tratan de controlar las acciones del Estado o de orientarlas en un determinado sentido.

[82] Solozábal Echavarría, Juan José, "División de Poderes", en Aragón Reyes, Manuel (director) y Aguado Renedo César (codirector), *Constitución, Estado Constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho,* t. I, Pamplona, Aranzadi, 2011, p. 176.
[83] *Idem.*
[84] *Idem.*
[85] García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Caracas, FMG-P, 2002, p. 32.

2. Dentro del ámbito de la esfera rigurosamente estatal hay que mencionar tres cuestiones importantes: a) El Estado social ha cambiado la preponderancia del valor máximo de *la libertad* que se buscaba resguardar con la división de poderes; valor que ha sido equilibrado con otro que es el de igualdad; por lo que muchas de las tareas de los poderes públicos deben hacerse de manera concertada y no separada, lo cual conduce a un sistema mucho más complejo, ya que en un mismo poder se deben de cumplir distintas funciones y a su vez una misma función es cumplida por distintos poderes, tanto a nivel federal, estatal y local y en las relaciones entre los diversos niveles de gobierno.

En una perspectiva global de la división de poderes, no debe olvidarse que ésta es una técnica para la libertad y la igualdad que depende de la existencia misma de los poderes del Estado; unos poderes que hoy en día ya no son en absoluto omnipotentes como en el pasado lo plantearon Locke y Montesquieu.

En esta tesitura, el termino soberanía es importante abordarlo y para ello esta investigación se apegará a lo establecido por el notable Ferrajoli, quien considera que la *soberanía* representa un *residuo premoderno* de *rasgos absolutistas* y que tiene tres principales dificultades: 1) Como concepto filosófico-jurídico (aporía filosófica-jurídica); 2) Como institución política (aporía filosófica-política); y 3) Como elemento de consistencia y legitimidad en relación con la teoría del derecho (aporía de la relación soberanía-teoría del derecho).[86]

En relación con la aporía filosófica-jurídica, el profesor italiano descifra las características absolutistas que han estado presentes en la idea de soberanía.[87] Él considera que la soberanía externa es la primera en contar con un respaldo teórico, y adjudica al teólogo español Francisco de Vitoria la primacía en la elaboración de una teoría propia y original del concepto jurídico de soberanía. Rescata, del pensamiento de Vitoria, tres ideas básicas: *a) La configuración del orden mundial como sociedad natural de Estados soberanos; b) La formulación*

[86] Véase: Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 124-128.
[87] *Idem.*

teórica de una serie de derechos naturales de los pueblos y de los Estados; y c) La reformulación de la doctrina cristiana de la guerra justa por él definida como sanción jurídica frente a las iniuriae recibidas.[88]

El primer punto marca la diferencia entre la concepción medieval y la moderna: los Estados son ahora independientes y no dependen de un mandatario universal, de un emperador o del papa; esta independencia señala la atribución de sujetos jurídicos a los Estados, quienes encontrarán en la democracia un respaldo a su forma de organización y políticas externas.

El segundo punto, consecuencia del primero, otorga a los Estados ciertos derechos naturales; el primer derecho natural es el *ius comunicationis,* el derecho a que los Estados entren en comunicación y establezcan relaciones, y que se desarrollan en *el ius peregrinandi et degendi* (derecho de movilidad por tierra y por mar), *el ius commercii* (el comercio en el ámbito internacional), el *ius occupationis* (ocupación sobre tierras baldías) y el *ius migrandi* (el derecho de viajar de uno a otro país, y adquirir los beneficios respectivos); el segundo derecho natural es el *ius praedicandi et annunciandi evangelium*, es decir el derecho de predicar y anunciar el evangelio y el deber de los indios de obedecerlo bajo advertencia de corrección y sanción; y el tercer derecho natural, el derecho a la guerra para el caso de que los indios no se dejaran convencer.

Finalmente, la tercera idea que selecciona de Vitoria es su elaboración de la guerra justa como elemento necesario para mantener la seguridad del derecho internacional, pues ante la carencia de un tribunal internacional, sólo queda este medio para asegurar la efectividad de la justicia internacional.

Por otra parte, y en atención a la figura política que implica la soberanía, Ferrajoli manifiesta que en el ámbito interno, el concepto de soberanía se convirtió en el sustento del poder absoluto y hace notar que esta figura designa, a un mismo tiempo, una fuente suprema y no derivada, y se convierte en base de todo

[88] *Idem.*

el aparato conceptual del positivismo jurídico: del principio de legalidad y de la convencionalidad del derecho.[89]

Ambas características en unión, generan una influencia, hoy en crisis, sobre la teoría del derecho. El derecho procede, en el Estado actual, de una soberanía absoluta en el ámbito interno y externo. Pero esas características no se pueden presentar juntas. A finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX inició y permanecieron *dos líneas de evolución paralela pero opuesta*. La limitación de la soberanía interna y la absolutización de la soberanía externa.

La primera, como consecuencia de los límites constitucionales que se realizan en todos los Estados democráticos de derecho y materializados por los derechos fundamentales, principio de legalidad y *división de poderes*.

La segunda, por los extremos del estado salvaje que se vivieron y aún se vive con las guerras mundiales, las intervenciones armadas de países poderosos en contra de los débiles. Esta situación repercute en la teoría del derecho, pues la soberanía ya no puede seguir siendo considerada como un poder absoluto, tanto en el ámbito interno como en el ámbito externo, pues la soberanía, así concebida *es la negación misma del derecho*.

No obstante lo anterior y aunque no sea el tema de estudio, es necesario mencionar que la creación de la Organización de las Naciones Unidas, el establecimiento de tribunales internacionales y de órganos mundiales de protección a los derechos humanos que han repercutido en la concepción clásica de la soberanía externa, son un gran avance que se vislumbra como una fuerte esperanza de acabar con el *estado salvaje* en que se vive en la comunidad internacional. Y aquí es donde centra, Ferrajoli, la propuesta del Estado de derecho en el ámbito externo: *un Estado de derecho anclado en un constitucionalismo global y una democracia cosmopolita que rebase el estado salvaje de la comunidad internacional.*[90]

[89] *Ibidem,* p. 134.
[90] *Idem*.

En contraste y no obstante el avance en materia de *soberanía externa,* el término *soberanía estatal o interna*, se encuentra en crisis ante el auge de la globalización, de nuevos poderes pero ante todo ante el principio de universalidad de los derechos fundamentales, trayendo como consecuencia que la autonomía de las políticas públicas y los márgenes para la toma de decisiones por parte del Estado se ha reducido notablemente.

De igual manera, no se puede dejar de lado, que en México la división de poderes se relativiza por el predominio del poder Ejecutivo. El liderazgo presidencialista opaca y llega a anular a los otros poderes.

Bajo la advertencia de que si el principio de separación de poderes tolera la interdependencia en la formación y actuación de los mismos, necesita de la afirmación de un límite a la integración de éstos, de modo que ningún poder podrá invadir el ámbito nuclear de los demás, es decir, en ningún caso pueden las restricciones de un poder sobre otro afectar a los rasgos esenciales de su ámbito funcional propio, de modo que la actuación de un poder se vea privada, por injerencia de otro, de su operatividad básica, impidiéndosele la adopción de sus decisiones vitales y típicas. [91]

Ahora bien, tomando en cuenta que los poderes, aunque tengan interrelación entre ellos, se debe de esclarecer cuál es su especialización funcional[92], es decir, qué tarea o tipo de actividad debe realizar cada poder

Para distinguir las funciones de los Poderes del Estado, esta investigación se apegará a la clasificación formulada por Solozábal Echavarría:[93]

- ✓ Al Poder Legislativo lo caracteriza la realización de funciones de normación consistentes en la adopción de decisiones fijas previsibles sobre todo tipo de materias, referidas a la relación de las personas entre sí o con el Estado o la organización de éste.

[91] Solozábal Echavarría, Juan José, *op. cit.*, nota 82, p. 177.
[92] *Idem.*
[93] *Ibidem,* p. 168.

- ✓ Al Poder Ejecutivo le corresponde la función política de la dirección del Estado, es decir, el establecimiento de las líneas de dirección política y la función jurídica de la concreción, desarrollo y/o ejercicio de la ley.
- ✓ Al Poder Judicial le corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional, esto es la resolución definitiva y vinculante de conflictos jurídicos, consistan éstos en colisión de intereses entre los particulares, o éstos y la Administración o de normas entre sí.

En México, el primer párrafo del artículo 49, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra el principio de división de poderes al establecer:

> *Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.*

La división de poderes, estima Felipe Tena Ramírez[94], constituye una institución jurídica y política, que se ha proyectado en la historia. El principio de división de poderes aparece contenido desde el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, expedido en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, que establecía en sus artículos 11 y 12, respectivamente, —Tres son las atribuciones de la soberanía: la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares- y —Estos tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no deben ejercerse ni por una sola persona, ni por una sola corporación.-[95]

Este principio se consignó también en el artículo 23 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1823, mismo que señaló: “El sistema

[94] Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano,* 34ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 211.
[95] *Documentos Constitucionales y Legales relativos a la Función Judicial 1810-1917*, México, Poder Judicial de la Federación, 1997, ts. I y II, p. 80.

del gobierno político se compone de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que son incompatibles en una misma persona o corporación".[96]

Y en el artículo 9º, del Acta Constitutiva de la Federación de 31 de enero de 1824, que disponía: *El Poder Supremo de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y jamás podrán reunirse dos o más de éstos en una corporación o persona, ni depositarse el Legislativo en un individuo*"[97].

Salvo la denominación de Supremo Poder Conservador en la Segunda Ley Constitucional de 1836, en términos similares al del Acta Constitutiva de 1824, se adoptó el principio de división de poderes en la Constitución Federal de 1824 (artículo 6o.); en las Bases Constitucionales de 1835 (artículo 4o.); en los Proyectos de Reformas Constitucionales de 1840 (artículo 6o.) y de 1842 (artículos 5o., 27 y 33 de los proyectos de la mayoría, minoría y tercer proyecto, respectivamente); en las Bases de Organización Política de 1843 (artículo 5o.); y en la Constitución Federal de 1857 (artículo 59)[98].

El texto original del artículo 49 en la Constitución de 1917, vigente, estableció:

> *Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29.*[99]

Posteriormente, el artículo fue adicionado por decreto publicado el 12 de agosto de 1938, para precisar que:

> *Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto*

[96] *ibidem,* p.114.
[97] *Idem.*
[98] *Idem*
[99] *Idem.*

en el artículo 29. En ningún otro caso se otorgarán al Ejecutivo facultades extraordinarias para legislar.[100]

Actualmente dice así:

Artículo 49.- El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.[101]

[100] *Idem*.
[101] *Idem.*

Capítulo Segundo

Análisis de la Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa

SUMARIO: 2.1. *Concepto*; 2.2. *Clases de inconstitucionalidad por omisión*; 2.2.1 *Inconstitucionalidad por omisión administrativa*; 2.2.2 *Inconstitucionalidad por omisión judicial*; 2.2.3 *Inconstitucionalidad por omisión legislativa*; 2.3. *La omisión legislativa y sus elementos constitutivos de su inconstitucionalidad*; 2.3.1 *Noción de la Inconstitucionalidad por omisión legislativa*; 2.3.2 *Elementos constitutivos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa*; 2.3.2.1 *Mandato a legislar*; 2.3.2.2 *Clases de mandato a legislar*; 2.3.2.3 *Plazo de la inactividad legislativa;* 2.4. *Efectos de violación constitucional por la inconstitucionalidad de la omisión legislativa*; 2.5. *Tipología de la omisión legislativa*; 2.6. *El impacto de la omisión legislativa en el ámbito internacional.*

2.1. Concepto

Uno de los principales actores en nuestro entorno social, político, económico y jurídico lo es y será siempre la Administración Pública, que para el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* es una o*rganización ordenada a la gestión de los servicios y a la ejecución de las leyes en una esfera política determinada, con independencia del poder legislativo y el poder judicial, así como un conjunto de organismos encargados de cumplir esta función.*

Por su parte Carrillo Fuentes define a la *Administración Pública* como *la organización que tiene a su cargo la dirección y la gestión de los negocios estatales ordinarios dentro del marco del derecho, las exigencias de la técnica y –last but not least- una orientación pública.*[1]

Así las cosas, sus acciones y omisiones presentan gran relevancia en el ámbito de toda la actividad del país y de la Nación. Día con día son miles de peticiones, consultas, quejas, recursos y demás gestiones que los administrados o particulares deben emprender por considerar que se vulneran tanto sus derechos humanos como sus garantías procesales. Y cada día es mayor el nivel de omisión

[1] Carrillo Fuentes, Antonio, *La Justicia Federal y la Administración Pública,* 2ª ed., México, Porrúa, 1973, p. 10.

o silencio que como respuesta se obtiene, constituyendo así una de las mayores atrofias y defectos de nuestra Administración Pública; y no obstante la abundancia de acciones en reclamo de alguna respuesta o de un proceder debido, pese a las innumerables condenatorias del Estado y de sus agentes, su proceder omiso sigue siendo una constante, y como diría Mario Quesada Aguirre[2], *una nefasta y negativa constante;*[3] lo anterior lo afirma así atendiendo a la posición actual del Tribunal Constitucional de Costa Rica, que ha determinado establecer dentro de su estructura interna un proceso de seguimiento y verificación de sus sentencias y mandatos, toda vez que –sostiene el Tribunal- *la omisión ha afectado la eficacia y eficiencia de su labor, ya que las Administraciones y los Funcionarios Públicos destinatarios le hacen caso omiso y dejan de proceder en forma debida*[4].

Para estar en condiciones de analizar la inconstitucionalidad por omisión, es necesario considerar por separado los que se consideran como elementos de una definición de *inconstitucionalidad por omisión*, es decir, por un lado la omisión y por el otro la inconstitucionalidad. Se comenzará por el término *omisión*, el cual el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, advierte que proviene del latín *omissio, -onis,* que se refiere a la *abstención de hacer o decir; falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado.*[5]

Ahora bien, el empleo de *omisión* en sentido jurídico, según Manuel Jesús García Garrido, parece tener su origen en el Derecho Romano, en el cual se puede detectar su uso en sentido privado y público; en la esfera privada, hacía referencia a aquellos casos en los que el Juez se abstenía de dictar sentencia, o

[2] Abogado y Notario graduado de la Universidad de Costa Rica, actualmente Juez Titular del Tribunal Administrativo y asesor jurídico de nivel superior del Ministerio de Obras Públicas y Transportes.
[3] Véase: Quesada Aguirre Mario, "La omisión o inactividad de la Administración Pública como criterio de anormalidad y de Responsabilidad", *Revista el Foro, Colegio de Abogados,* año 2012, núm. 12, pp. 71-81.
[4] *Idem.*
[5] *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española,* 22ª ed. Madrid, Espasa Calpe, 2001, t. II, p. 1620.

bien al olvido del testador respecto al heredero legítimo.[6] Por su parte, José Arias Ramos, dice que para referirse al vocablo *omisión* en la antigüedad, utilizaban el de *pretericion,* y que es la palabra que existe con exclusividad en el Digesto.[7]

En el campo del Derecho Público según José Julio Fernández Rodríguez, la palabra *omisión* se emplea cuando un magistrado omite exigir una caución como la tutelar,[8] también nos dice que la idea de omisión en la ciencia del Derecho Canónico, se refiere a la omisión de obispos y sacerdotes y que supone un incumplimiento de sus obligaciones, además de ciertas inactividades en el Derecho sancionador de la Iglesia que tipificarán conductas o las agravarán.

Sin embargo, siguiendo a varios autores, como Fernández Rodríguez, Báez Silva, Laura Rangel, se cree que fue el sentido jurídico-penal de omisión el que trasladó al Derecho Constitucional, la utilización de dicho vocablo, atendiendo a que tiene acuñada una carga de antijuridicidad que está presente en una inactividad constitucional.

Así pues, se puede afirmar que la dogmática penal es la materia que se ha ocupado de profundizar el tema de la omisión y en ese sentido se ha sostenido que la característica básica de la omisión es que es un concepto referencial, es decir, no existe una omisión en sí, sino que siempre en relación con una determinada acción, sólo se omite algo en un contexto en que es relevante una actuación determinada, sólo se deja de hacer o se omite una conducta cuando tal conducta o ese hacer es probable; por ello es que se afirma que, en la dogmática penal, detrás de la estructura típica de la omisión hay siempre una norma de mandato que obliga a una determinada acción no realizada por el sujeto.[9]

[6] García Garrido, Manuel Jesús, *Diccionario de Jurisprudencia Romana,* 2ª ed., Madrid, Dykinson, 1986, p. 259.
[7] Arias Ramos, José, *Derecho Romano,* Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, p. 551.
[8] Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El Caso Español,* Madrid, CIVITAS S.A., 1998, p. 71.
[9] Báez Silva, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México,* México, Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, p. 34.

Ya en la actualidad y específicamente en el ámbito Constitucional, es claro que la Carta Magna puede ser vulnerada no sólo por acción, sino también por omisión; concretamente en ese último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se haga o se omita realizar determinada acción, o bien cuando se regula de modo deficiente plasmando una reglamentación insuficiente o discriminatoria.

Hoy en día, Carlos Báez Silva afirma que la omisión *significa abstención de hacer o decir, flojedad o descuido del que está encargado de un asunto; en un sentido punitivo denota una falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado. La omisión es el acto de omitir y esta palabra significa dejar de hacer, decir o consignar algo, así una omisión es un no hacer, un no actuar.*[10]

Asimismo, Guillermo Cabanellas, dice que la omisión es *la falta del que ha dejado de hacer algo conveniente, obligatorio o necesario en relación con alguna cosa;* y sobre la omisión de deberes advierte que *el incumplimiento de los deberes activos impuestos a las autoridades, origina, por la abstención, la responsabilidad de las mismas cuando han de actuar de oficio y también si desatienden los justificados requerimientos de los particulares o actúan sin celo o con malicioso retraso.*[11]

Respecto al elemento *inconstitucionalidad,* el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, lo define como aquella *oposición de una ley, de un decreto o un acto a los preceptos de la constitución.*[12] Por su parte Henri Capitant lo define como *antinomia entre un acto y la constitución.*[13] Lo propio hace Manuel Osorio refiriendo que *partiendo del principio inexcusable, en los Estados de Derecho, de la supremacía de la constitución, se han de repuntar como*

[10] *Ibidem*, p. 33.
[11] Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual,* 4ª ed., Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 2007, p.115.
[12] *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, op. cit.,* nota 5, p. 1236.
[13] Capitant, Henri, *Vocabulario Jurídico,* Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 315.

inconstitucionales todos los actos, leyes, decretos o resoluciones que se parten de sus normas o las contradigan.[14]

Finalmente, Carlos Báez Silva, afirma que *la inconstitucionalidad es aquello que no es constitucional, es decir, que no está de acuerdo o conforme a la Constitución.*[15] También afirma que la cuestión de la inconstitucionalidad es lo más problemático dentro del tema de las omisiones, ya que aún no existe un acuerdo ni doctrinal, ni práctico en torno.

Atendiendo a que se ha precisado el significado de cada uno de los elementos de la expresión *inconstitucionalidad por omisión,* es factible advertir que al respecto*,* el Doctor José Julio Fernández Rodríguez[16], agrupa varios autores con una concepción amplia respecto a la inconstitucionalidad por omisión:

> *Para Trocker la omisión consiste en un no hacer, que constituye una violación de una obligación de la actividad desciende de una norma constitucional… El autor luso Miranda estima que la omisión inconstitucional o la inconstitucionalidad negativa, resulta de la inercia de un silencio de cualquier órgano de poder o dejar de practicar en cierto tiempo un acto exigido por la Constitución… Por su parte, Néstor Pedro Sagüés dice que se alude a la inconstitucionalidad por omisión cuando el comportamiento inconstitucional no se traduce por actos sino por abstinencia de conductas… Bidart Campos afirma que la inconstitucionalidad por omisión sobreviene cuando el órgano que conforme a la Constitución debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo… Constantino Mortati establece que la omisión es cualquier tipo de abstención de lo que habría prescrito, en términos de la Constitución.* [17]

Tomando en consideración el término de *inconstitucionalidad por omisión* en un sentido amplio se tiene que la vulneración de las normas constitucionales puede producirse por la inactividad de los poderes públicos en un sentido general, con lo que se incluirían la no emisión de determinados actos políticos, actos administrativos, e incluso, la no emisión de decisiones judiciales. Así pues, se puede advertir que la *inconstitucionalidad por omisión* se conecta al genérico

[14] Ossorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales,* Buenos Aires, Heliasta, 1992, p.486.
[15] Báez Silva, Carlos, *op. cit.*, nota 9, p. 35.
[16] Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela, España.
[17] Fernández Rodríguez José Julio, *op. cit.*, nota 8, p. 75.

incumplimiento de una obligación de desarrollo o de una obligación de actuar de origen constitucional sin ulteriores decisiones.[18]

2.2. Clases de inconstitucionalidad por omisión

Al respecto el Maestro Néstor Pedro Sagüés propone una clasificación de la inconstitucionalidad por omisión, y para ello elige dos modalidades: 1) *la inconstitucionalidad en mora,* en la adopción de decisiones individuales o generales, o bien, en la ejecución de decisiones ya tomadas; y 2) *la inconstitucionalidad por negación,* que se refiere a los casos en que el órgano legislativo ha actuado pero rechaza algo que la Constitución concede.[19] Subsecuentemente, subdivide *la inconstitucionalidad por mora* en tres tipos: 1) *mora en la decisión de un hecho o acto de tipo individual;* 2) *mora en la producción de normas generales;* y, 3) *mora en la ejecución.*[20]

1) Inconstitucionalidad por omisión (mora) en la decisión de un hecho o acto de tipo individual. Ello ocurre, cuando el Estado no se pronuncia sobre algo que constitucionalmente debe realizar.
2) Inconstitucionalidad por omisión (mora) en la producción de normas generales. La hipótesis más frecuente es la no producción, por el Poder Legislativo, de las normas reglamentarias de las cláusulas constitucionales programáticas.
3) Inconstitucionalidad por omisión (mora) en la ejecución. En este supuesto el jurista se encuentra ante una decisión ya tomada (sea general, sea particular), pero la misma no se cumple. Una vez más cabe reiterar que Marbury vs. Madison atendió un caso de esta especie.

[18] *Ibidem,* p. 74.
[19] Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos,* Konrad Adenauer, ad-hoc, Buenos Aires, 2006, p. 116.
[20] *Ibidem*, pp. 116-117.

Aún y cuando la clasificación de Néstor Pedro Sagüés es muy amplia, la presente investigación atendiendo a lo establecido por el artículo 49 constitucional,[21] se apegará a la clasificación que elabora Laura Maribel Rangel Hernández, misma que refiere que las inconstitucionalidades por omisiones pueden tener diferentes facetas, que son las siguientes[22]:

1. Inconstitucionalidad por omisión administrativa
2. Inconstitucionalidad por omisión judicial
3. Inconstitucionalidad por omisión legislativa

2.2.1. Inconstitucionalidad por omisión administrativa

Previo a mencionar en qué consiste la inconstitucionalidad por omisión administrativa, es necesario indicar que el Derecho Administrativo recoge diversas obligaciones de actuar de la Administración, que van desde la genérica prestación de servicios públicos hasta la necesidad de dictar el acto administrativo requerido por un particular. Al mismo tiempo y en ocasiones, prevé consecuencias a la omisión de esas obligaciones, que también van desde la no menos genérica responsabilidad de la Administración hasta el tema del silencio administrativo, sea positivo o negativo.[23]

No obstante lo anterior, no debe de considerarse conectado con la figura de la inconstitucionalidad por omisión, *salvo la idea general de incumplimiento por parte de un órgano público de un deber positivo de actuar que tiene consecuencias jurídicas.* Esa falta de conexión no es sólo porque las concretas imposiciones de actuar de la Administración no son de origen constitucional, al

[21] Artículo 49.- El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

[22] Véase: Rangel Hernández, Laura Maribel, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México,* México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, pp. 27-31.

[23] Fernández Rodríguez José Julio, *op. cit.,* nota 8, p. 99.

que se reserva el enunciado de los principios generales de actuación administrativa, sino también por la radical diferencia entre los principios globales rectores del proceder del Ejecutivo, Legislativo y Judicial. [24]

Ahora bien, como sostiene Laura Maribel Rangel Hernández, *la inconstitucionalidad puede provenir del Poder Ejecutivo en los casos en que la norma fundamental prescriba obligaciones o deberes directos para el Presidente de la República y las mismas no sean cumplidas.*[25] Al referirse la autora de forma concreta al Presidente de la República, aclarara que no pretende negar que los titulares de la Administración Pública Federal pudieran actuar en forma contraria al texto constitucional, pero dada la naturaleza de las normas constitucionales, ésta sustancialmente regula al Poder Ejecutivo que según el artículo 80 constitucional[26], está depositado unipersonalmente en el Presidente de la República, de manera que los órganos dependientes de él se regularán por las leyes ordinarias de la materia, por tanto en su actuación encontraremos principalmente omisiones que en su caso, violenten esas normas de forma directa y solamente de modo indirecto a la Constitución.

Por otra parte, el artículo 89 constitucional[27] refiere las facultades y obligaciones del Presidente de la República que directamente la Constitución

[24] *Idem.*
[25] Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.*, nota 22*,* p. 27.
[26] Artículo 80.- Se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un sólo individuo, que se denominará "Presidente de los Estados Unidos Mexicanos".
[27] Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia; II. Nombrar y remover libremente a los Secretarios de Estado, remover a los embajadores, cónsules generales y empleados superiores de Hacienda, y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes; III. Nombrar, con aprobación del Senado, a los embajadores, cónsules generales, empleados superiores de Hacienda y a los integrantes de los órganos colegiados encargados de la regulación en materia de telecomunicaciones, energía y competencia económica; IV. Nombrar, con aprobación del Senado, los Coroneles y demás oficiales superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales; V. Nombrar a los demás oficiales del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, con arreglo a las leyes; VI. Preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación; VII. Disponer de la Guardia Nacional para los mismos objetos, en los términos que

Política de los Estados Unidos Mexicanos le establece, de lo cual se puede advertir que en caso de que dicho Poder Ejecutivo Federal *no haga*, es decir no cumpla con los mandatos constitucionales a su cargo, se estaría configurando una inconstitucionalidad por omisión administrativa.

2.2.2. Inconstitucionalidad por omisión judicial

Por lo que ve al Poder Judicial, se debe de advertir que al estar dotado de jurisdicción[28], entendida como *aquella parte del derecho procesal que como función del Estado, tiene por objeto regular y organizar la administración de la justicia y seguridad jurídica mediante los órganos especializados y competentes para resolver en forma imparcial las controversias y planteamientos jurídicos con base en reglas de procedimiento establecidas para la sustanciación de los*

previene la fracción IV del artículo 76; VIII. Declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos, previa ley del Congreso de la Unión; IX. Designar, con ratificación del Senado, al Procurador General de la República; X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales; XI. Convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, cuando lo acuerde la Comisión Permanente; XII. Facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones; XIII. Habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronterizas, y designar su ubicación; XIV. Conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales y a los sentenciados por delitos del orden común en el Distrito Federal; XV. Conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado, con arreglo a la ley respectiva, a los descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria; XVI. Cuando la Cámara de Senadores no esté en sesiones, el Presidente de la República podrá hacer los nombramientos de que hablan las fracciones III, IV y IX, con aprobación de la Comisión Permanente; XVII. (Se deroga) XVIII. Presentar a consideración del Senado, la terna para la designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia y someter sus licencias y renuncias a la aprobación del propio Senado; XIX. (Se deroga); XX. Las demás que le confiere expresamente esta Constitución.

[28] En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, menciona que la jurisdicción proviene del latín *iurisdictĭo,* y significa el poder o autoridad que tiene alguien para gobernar; poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal.

poderes[29]*;* su principal función es la resolución de controversias en los términos que correspondan, lo cual se traduce a su vez en la obligación de llevar a cabo esta tarea, y por tanto en la imposibilidad de negarse a emitir resolución en un caso sometido a su estudio, sin importar el sentido de la misma.

La señalada obligación a cargo del Poder Judicial Federal, proviene de la Constitución aunque no de forma directa ni expresa, ya que infiere en varios preceptos, por ejemplo el artículo 103 constitucional[30] que *los tribunales de la Federación resolverán toda controversia* que se suscite en las hipótesis que en el mismo se contienen, aquí es claro que se les establece a dichos *tribunales de la Federación* la obligación constitucional de resolver toda controversia, esto es que no pueden negarse a dictar sentencia. De lo anterior, se desprende que la obligación fundamental del Poder Judicial es la impartición de justicia a través de la resolución de las controversias que de acuerdo a su competencia le corresponden; de este modo se puede incurrir en una inconstitucionalidad por omisión judicial, si por cualquier circunstancia o causa se niega o simplemente no cumple con esta tarea.[31]

Ahora bien, la obligación constitucional del Poder Judicial antes mencionada, tiene su correlativo derecho, a favor de las personas, de una tutela judicial, establecido en el párrafo segundo del artículo 17 constitucional que refiere: *Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio*

[29] Ponce de León Armenta, Luis, M. "La jurisdicción", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado",* México, nueva serie, año XXV, núm. 73, enero-abril, 1992, p. 100.

[30] Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

[31] Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.*, nota 22*,* p. 29.

será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. Al respecto Germán Bidart Campos establece que *la administración de justicia a cargo el poder judicial es la cara de una moneda que, del otro lado, corresponde al llamado derecho a la jurisdicción de los justiciables, de modo que cuando es incitada debe poner en movimiento el aparato jurisdiccional y el proceso para satisfacer la pretensión de los justiciables.*[32]

2.2.3. Inconstitucionalidad por omisión legislativa

Resulta una consecuencia lógica que así como pueden presentarse omisiones por parte del Poder Ejecutivo y Judicial, también, se presenten las propias por parte del Poder Legislativo. Sin embargo, atendiendo a que este es el tema sustancial del presente trabajo, se analizará en lo subsecuente.

2.3. La omisión legislativa y sus elementos constitutivos de su inconstitucionalidad

2.3.1. Noción de la Inconstitucionalidad por omisión legislativa

La omisión legislativa es una especie del género omisión normativa, es decir, la falta o ausencia de creación de normas jurídicas, en la que puede incurrir no sólo el legislador sino incluso otros órganos del Estado, como el ejecutivo que no emite un reglamento que torne plenamente eficaz una ley. Sin embargo, en el discurso cotidiano cuando se hace referencia a la inconstitucionalidad por omisión se entiende la inactividad del legislador que vulnera la Constitución.[33]

Para Luz Bulnes Aldunate, *la omisión legislativa se caracteriza siempre por el incumplimiento de una obligación expresa o implícita, de desarrollar una disposición o precepto constitucional y para que se origine se requiere que el*

[32] Bidart Campos, Germán, *Las obligaciones en el derecho constitucional,* Buenos Aires, Ediar S.A., p. 57.
[33] Báez Silva, Carlos, *op. cit.*, nota 9, p. 33.

silencio del legislador produzca una situación contraria a la Constitución, sea que exista o no la obligación de legislar una determinada materia.[34]

Por su parte, Jesús Casal señala que *la omisión legislativa inconstitucional o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, impuesto, expresa o implícitamente por la Constitución, o cuando, en cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía.*[35]

Gerardo Eto Cruz dice que la *inconstitucionalidad por omisión, es la que resulta por el silencio o la inercia de cualquier órgano de poder, el cual deja de hacer o practicar un mandamiento expreso por la Constitución en un tiempo razonable, ocasionando por ello perjuicio, expandiendo un efecto dañino a todas las personas que podrían invocar a su favor la norma constitucional aún no reglamentada por el legislador.*[36]

Carlos Báez Silva define a la *inconstitucionalidad por omisión* como *aquella que se presenta cuando una norma constitucional impone al legislador el mandato o le hace el encargo específico de legislar en concreto en cierta materia para desarrollar una norma constitucional de eficacia limitada y el legislador no lo hace, no legisla, por lo que la norma constitucional de eficacia limitada que requiere de desarrollo legislativo no alcanza plena eficacia.*[37]

Por su parte, José Joaquín Gomes Canotilho dice que *inconstitucionalidad por omisión legislativa significa que el legislador no hace algo que positivamente le impone la Constitución. No se trata, pues, de un simple no hacer negativo, sino de*

[34] Véase: Bulnes Aldunate, Luz, "La inconstitucionalidad por omisión", *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales,* Santiago de Chile, Año 4, núm. 1, 2006, pp. 251-264.
[35] Casal, Jesús, "La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas" en Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional,* 3ª ed., México, Porrúa, 2002, t. II, 1759-1816.
[36] Eto Cruz, Gerardo, *La inconstitucionalidad por Omisión. Doctrina Constitucional,* Lima, Trujillo, 1992, p. 242.
[37] Báez Silva, Carlos, *op. cit.*, nota 9, p. 43.

hacer lo que, de forma concreta y explícita, estaba obligado constitucionalmente.[38]

Asimismo, para Laura Rangel Hernández, la *omisión legislativa es aquella violación constitucional que se presenta por la falta de emisión total o parcial, de normas secundarias de desarrollo constitucional que son necesarias para que las normas constitucionales sean eficaces; o bien de aquellas que se requieran para la adecuación de la legislación secundaria a nuevos contenidos constitucionales, cuya expedición es prevista por la propia norma fundamental y cuya omisión igualmente impide su eficacia plena.*

Finalmente, se destaca la idea que de *inconstitucionalidad por omisión legislativa* propone José Julio Fernández Rodríguez, al afirmar que *es la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación.*[39]

Ahora bien, y una vez que se han expuesto varias definiciones respecto del tema central –*inconstitucionalidad por omisión legislativa*-, se procede analizar el contenido de dichas definiciones; y, para ello de manera general se pueden advertir las siguientes características:

1. La falta de desarrollo imputable al Poder Legislativo: La falta de desarrollo se concibe en un sentido amplio que abarca tanto la total ausencia de legislación en determinado punto conflictivo, como la presencia de una norma parcial. Esa normativa parcial puede entenderse bajo dos rubros: el primero, como una regulación que se olvida de alguna parte inescindible de esa materia; y, segundo, como aquella que trata parcialmente a sus destinatarios, con la consiguiente

[38] Cit. por José Julio Fernández Rodríguez, en *La Inconstitucionalidad por omisión,* Madrid, Civitas, 1998, p.77.

[39] Véase: Fernández Rodríguez, José Julio, "Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión" en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión,* México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 17-64.

vulneración de principio de igualdad; y ante cualquier supuesto, se está ante un no actuar que tiene como consecuencia la inconstitucionalidad.[40]

2. Inactividad del Poder Legislativo: La Constitución está conformada por diversas normas jurídicas, todas ellas supremas, pero con un grado de eficacia diferente, puesto que algunas normas constitucionales no requieren de intervención alguna posterior para que sean plenamente eficaces en tanto que otras normas igualmente de carácter constitucional y supremas, sí requieren de la intervención de un agente que las torne eficaces[41], como aquellas que requieren de un desarrollo legislativo posterior. La tarea de hacer enteramente eficaces a todas las normas constitucionales recae en los operadores jurídicos de una sociedad; en un primer momento por los órganos del Estado, en particular por el Poder Legislativo, ya que principalmente es a quien le corresponde el desarrollo del texto constitucional, es decir, la emisión de disposiciones racionales por una autoridad legitimada en ejercicio de una voluntad proveída de fuerza.[42]

En un Estado Democrático de Derecho[43], el Poder Legislativo posee total legitimidad para llevar a cabo el desarrollo de las disposiciones constitucionales dado que es elegido directamente por el pueblo cuando éste ejerce su soberanía mediante el voto directo, libre y secreto; por lo que dentro de un Estado Democrático de Derecho corresponde dicha actividad de desarrollo de las normas constitucionales que así se requieran. Ahora bien, cuando el legislador no legisla y

[40] Fernández Rodríguez José Julio, *op. cit.,* nota 8, p. 81.

[41] Se considera a la eficacia como aquel indicador de medios y aciertos para atender las necesidades del sector de la sociedad o del propio Estado, en relación con la aplicación de la política pública planteada.

[42] Báez Silva, Carlos, *op. cit.*, nota 9, p. 37.

[43] Es un Estado limitado por el derecho positivo, y la propia Constitución se convierte en derecho positivo; pero no basta con proclamar tal limitación; es preciso y necesario que existan garantías suficientes que eviten que el Estado rompa con los límites impuestos, tales garantías deben de ser de naturaleza jurídica, política y social, y en ciertos casos toman la figura de controles. Al respecto Jellinek señala que las garantías en el derecho público son: a) sociales; b) políticas, incluye aquí la división de poderes y la protesta del cargo; y c) jurídicas, donde incluye: I. La fiscalización en sus dos aspectos: 1. Jurídica (administrativa y financiera) y 2. Política (parlamentaria). II. La responsabilidad de los servidores públicos (civil, penal, administrativa). III. La jurisdicción en sus dos aspectos: 1. Control de legalidad y 2. Control de constitucionalidad. IV. Lo que denomina "medios jurídicos", es decir procedimientos de protección de los derechos humanos. Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado,* trad. de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, p. 591.

por lo tanto no desarrolla la Constitución, vulnera el principio de supremacía constitucional[44] y menoscaba la eficacia plena de la Carta Magna.

3. El transcurso (excesivo) de tiempo: Para varios de los autores aquí mencionados, éste apartado es la parte débil y vulnerable al hablar de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, puesto que es muy subjetivo. Por lo general el constituyente no estipula un plazo exacto para que el legislador emita en su momento las normas que correspondan; sin embargo, la doctrina ha señalado que debe de transcurrir un *periodo considerable*, para que se pueda hablar de una inconstitucionalidad por omisión legislativa.[45]

4. *Que la omisión legislativa efectivamente recaiga sobre normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo:* No todas las normas constitucionales poseen el mismo carácter jurídicamente hablando, por lo tanto no todas las normas constitucionales requieren necesariamente un desarrollo, aún y cuando fuera conveniente o simplemente se desease, tal es el caso de varios derechos fundamentales que son tomados en cuenta por un órgano aplicador para la resolución del caso concreto pero que necesita de una ley posterior para una plena efectividad y una mayor protección.[46] Así pues, no se puede hablar de normas que necesariamente requieran de la *interpositio legislatoris,* para desplegar de manera correcta y completa su eficacia.

5. La ineficacia de la norma constitucional: Esta característica de la ineficacia es uno de los elementos de la lógica jurídica de las normas, la cuales no nacen para cumplir un mero requisito de existencia en el seno del ordenamiento, sino que se originan con la sólida y única intensión de tener efecto aplicativo en la sociedad, y,

[44] La supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. *Semanario Judicial de la Federación,* T. X, Agosto de 1999, p. 18. Tesis P./J. 73/99.
[45] Fernández Rodríguez José Julio, *op. cit*., nota 8, pp. 85-86.
[46] *Ibidem,* pp. 87-88.

de esta forma, cumplir su *ratio essendi,* su razón de ser, su esencia principal, al regular de modo real la convivencia.[47]

2.3.2. Elementos constitutivos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa

2.3.2.1. Mandato a legislar

En el anterior capítulo, con apego a lo establecido por Gustavo Zagrebelsky, se mencionó que las normas constitucionales pueden ser directas o indirectas; sin embargo, en atención al grado de eficacia, las normas constitucionales, pueden también dividirse en: 1) normas de eficacia plena; y, 2) normas de eficacia limitada; las primeras, son aquellas que para convertirse en móvil de la conducta de los sujetos no requieren de un desarrollo normativo posterior, sino que son eficaces desde el mero momento en que existen; por su parte, las segundas, son normas constitucionales que requieren para su plena eficacia, de un desarrollo normativo posterior, tales como las disposiciones normativas que crean órganos e instituciones procesales.[48]

Atendiendo a que el Poder Constituyente, al crear la Constitución, no puede ni debe ser del todo explícito, específico y minucioso ya que se está en presencia de un documento marco; por lo que al legislador ordinario se le dejan tareas o *encargos* como varios autores lo denominan, de desarrollar ciertos preceptos constitucionales de eficacia limitada, lo anterior con el fin de que los preceptos establecidos en el documento marco tomen eficacia plena. Esta tarea o *encargo* no se trata de un deber genérico sino de un *mandato específico y concreto* para crear legislación secundaria que desarrolle un precepto constitucional en particular y así poder alcanzar la eficacia plena.

[47] *Ibidem,* pp. 89-91.
[48] Báez Silva, Carlos, *op. cit.*, nota 9, p. 38.

Ahora bien, a efecto de que se propicie una inconstitucionalidad por omisión, el autor Carlos Báez Silva señala que *el mandato o encargo al legislador es esencial para que presente la infracción a la Constitución en caso de omisión, puesto que ésta solo será relevante desde el punto de vista jurídico cuando exista un precepto jurídico, en este caso constitucional, que mande una conducta o acción legislativa específica, concreta y dicha acción o conducta no se verifique. El mandato o encargo puede ser implícito o explícito pero siempre deberá existir.*[49]

En apoyo a lo planteado por Carlos Báez Silva, el autor Francisco Rubio Llorante indica que *los mandatos a legislar son aquellos preceptos que prevén la emanación de normas indispensables para completar la estructura prevista en la constitución… … pero sobre todo el mandato de promulgar leyes indispensables para el ejercicio de determinados derechos...*[50]

Por el contrario Ignacio Villaverde Menéndez sostiene que el mandato para legislar no es un elemento indispensable de la omisión legislativa inconstitucional:

> *para que ese silencio sea lesivo de la constitución no es necesario que afecte a aquellos deberes, explícitos o no, de legislar que la constitución pueda imponerle… …ya que basta con que su silencio constituya una indebida forma de cierre de la apertura constitucional propia de las constituciones democráticas, o más simplemente, su silencio mantenga o cree situaciones jurídicas contrarias a la constitución.*[51]

Al respecto, esta investigación opta por adherirse a la posición de Carlos Báez Silva, ya que existen normas jurídicas constitucionales que imponen al legislador, de manera explícita o implícita la tarea de realizar una labor ordinaria que debe de apegarse estrictamente a los lineamientos constitucionales, ya que su emisión es indispensable para hacer operativa y sobre todo eficaces, las disposiciones constitucionales; y ante ello, se consideran indispensables los

[49] *Idem.*
[50] Rubio Llorante, Francisco, *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 59.
[51] Villaverde Menéndez, Ignacio, "La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional" en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes*. *Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, op. cit.*, nota 39, p. 73.

mandatos de legislar para la configuración de una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

La omisión, en efecto, no es un simple no hacer, sino que consiste en un no hacer algo normativamente predeterminado.[52] Se requeriría así la presencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulte jurídicamente incompatible para que ésta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa. En otro caso, se estaría en presencia de una conducta jurídicamente irrelevante, meramente política, que no sobrepasaría los límites normativos que circunscriben el ejercicio del poder legislativo.

La dificultad para identificar las omisiones legislativas estribaría entonces en la determinación de la existencia de los referidos deberes jurídicos que pesan sobre el legislador y en la precisión de sus contenidos, especialmente cuando no gozan de formulación positiva explícita en el correspondiente sector del ordenamiento. Es preciso mencionar que el legislador se encuentra vinculado por la Constitución, pero también por el resto del ordenamiento jurídico y que de él forman parte otras normas que vinculan al legislador.[53]

Para José Julio Fernández Rodríguez, el encargo del legislador es *aquella norma constitucional de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ella contenida, resulta de obligatorio y concreto desarrollo para que cobre eficacia plena.*[54] También afirma que la existencia de este tipo de prescripciones en los textos constitucionales parece ser inevitable si se tiene en cuenta que dichos textos no pueden agotar la regulación de las materias que abordan. Al respecto Rudolf Smend afirma que *la Constitución no puede abarcar siquiera en su totalidad aquellas funciones vitales del Estado que le compete regular.*[55] Así pues, una Constitución tiene que poseer unas dimensiones relativamente

[52] Gómez Puente, Marco, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control,* Madrid, Mc Graw Hill, 1997, p. 19.
[53] *Ibídem,* p. 20.
[54] Fernández Rodríguez José Julio, *op. cit.,* nota 8, p. 147.
[55] Smend, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 133.

pequeñas y ceñirse a lo que se considera básico y esencial en las materias que deben ser contenidas en la Ley Suprema; sólo de esta manera dicha Ley Suprema podrá ser el auténtico fundamento y centro de todo ordenamiento que preside.

Siguiendo a José Julio Fernández Rodríguez, los encargos del legislador también pueden encontrar plena justificación cuando son simples autorizaciones o habilitaciones que el legislador tiene que conceder en el futuro y completar, de este modo, el sistema competencial que la Constitución prevé para la estructura estatal.[56]

La concreción de la idea de encargo constitucional es sencilla dada la existencia de unos preceptos en la Carta Magna que generan la obligación de un concreto desarrollo legislativo posterior. Un desarrollo que no tiene por qué constar de forma expresa y tajante en la disposición constitucional sino que puede derivarse de su misma estructura o formulación. En la medida en que el legislador está vinculado por esas prescripciones tiene que proceder a su desarrollo; por lo tanto, se asocia la noción de desarrollo a la de vinculación constitucional (deber constitucional u obligación), es decir, se produce una conexión directa entre la idea de encargo constitucional y la de obligación de legislar proveniente de la Constitución.

Finalmente, se advierte que el proyecto constitucional es y será siempre una obra incompleta que requiere la actuación del Poder Público, en este caso del Poder Legislativo.

2.3.2.2. Clases de mandatos al legislar

José Julio Fernández Rodríguez distingue en cuanto al origen del encargo del legislador, dos tipos*: 1) Los implícitos; y, 2) Los explícitos*. Los primeros son aquellos que contemplan la necesidad de desarrollo en la medida en que resulta imprescindible para dotar de eficacia plena a esa norma, pero sin que conste en su formulación literal semejante necesidad de desarrollo; y, los segundos, son

[56] Fernández Rodríguez José Julio, *op. cit.,* nota 8, p. 147.

aquellos que prevén en su literalidad la necesaria emanación de leyes de desarrollo.[57]

No obstante lo anterior, Fernández Rodríguez menciona que el encargo puede originarse por otras vías, como pueden ser desde el punto de vista de la evolución en la interpretación de una norma determinada, motivada tanto por cuestiones jurídicas como sociales o ideológicas, que da lugar a algo que antes no era considerado de imprescindible desarrollo para alcanzar la eficacia que demandan las nuevas circunstancias originadas por esa propia evolución.[58]

Otra vía es en función del tipo de obligación que generan los encargos del legislador; aquí pueden distinguirse aquellos encargos que reclaman un desarrollo sustantivo y aquellos que remiten a la ley como simple procedimiento de aprobación. En el primer caso, el precepto de la Ley Fundamental se limita a prever la creación de un órgano o de una institución y apenas señala más que su nombre y alguno que otro límite para la actuación del legislador postconstitucional, lo cual según José Julio Fernández Rodríguez, se encuentra absolutamente justificado, porque, la Constitución no puede agotar las regulaciones de los órganos y figuras que crea. En el segundo caso, no se trata de crear un órgano o desarrollar una institución determinada sino de proceder a simples autorizaciones o aprobaciones en el periodo postconstitucional, lo que puede aparecer como una facultad potestativa del Poder Legislativo.[59]

Por su parte, Laura Maribel Rangel Hernández, refiere que existen varias clases de mandatos del legislador: *1) Mandato expreso directo; 2) Mandato expreso indirecto; 3) Mandato expreso en artículos transitorios; 4) Mandato implícito.*[60]

1) Mandato expreso directo: La autora sostiene que se trata de una norma constitucional que indubitablemente establece de forma directa la obligación

[57] Fernández Rodríguez José Julio, *op. cit.,* nota 8, p. 159
[58] *Idem.*
[59] *Ibidem,* pp. 159-160.
[60] Véase: Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.*, nota 22*,* pp. 42-51.

al legislador de emitir una norma jurídica determinada, no se trata de un encargo genérico, sino concreto.

2) Mandato expreso indirecto: Dice la autora que se trata de la orden al legislador de que emita cierta disposición jurídica, aunque al no ser tan claro pueda generar algunas confusiones. No obstante, también menciona que si se atienden a los enunciados normativos y al vocabulario utilizado, se puede apreciar que el Constituyente actúa en forma imperativa al utilizar verbos como: *establecerá, determinará, definirá*. Afirma también que esto se trata de imposiciones al legislador para que desarrolle o instrumente los preceptos constitucionales que requieren de posterior aplicación o concretización.
3) Mandato expreso en artículos transitorios:[61] De igual manera, la autora hace referencia a este tipo de mandatos, que desde su punto de vista resultan muy particulares ya que albergan aquellos mandatos de nueva creación o bien aquellos que forman parte de los decretos de reformas o adiciones a la norma fundamental.
4) Mandato implícito: Describe la autora que en este caso la obligación de expedir alguna norma de desarrollo o implementación constitucional no se encuentra de forma explícita en un precepto, sino que se infiere del propio sistema en el que se contiene, a través de una lectura e interpretación sistemática de la Constitución.

Finalmente, Luis Aguiar de Luque distingue entre encargos o mandatos al legislador, los referidos a aspectos orgánicos o al establecimiento de alguna nueva institución y los previstos para el desarrollo de algún aspecto jurídico de carácter material, sea un derecho fundamental o bien un derecho de carácter meramente constitucional. De igual manera diferencia aquellos donde el Constituyente impone

[61] Definidos como *aquellos establecidos por un código o ley para amoldar la situación jurídica precedente a las nuevas normas, para respetar derechos adquiridos, no declarar la retroactividad absoluta de los preceptos innovadores y causar los menores trastornos a la vida jurídica y en la general.* Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual, op.cit.,* nota 11, p. 660.

innovar el ordenamiento sobre la base de lo constitucionalmente estatuido, de aquellos en que prescribe modificar un ordenamiento existente.[62]

A pesar de que es factible realizar muchas clasificaciones entre los encargos al legislador en función de diversos criterios, ello no afecta el carácter vinculante que todos poseen respecto de la normatividad y de la supremacía de la Constitución.

Aunado al tema de *los encargos al legislador*, es necesario hacer mención a todos aquellos derechos de carácter subjetivo que surgen en favor de los gobernados, con motivo de la existencia de un mandato de legislar; lo anterior, partiendo de la teoría general de las obligaciones; al respecto Germán Bidart Campos establece en materia de derechos humanos que efectivamente al existir las obligaciones constitucionales, existen a la vez derechos en favor de los gobernados y que corresponde al Estado, la obligación de satisfacerlos; pero a la vez afirma que en el derecho constitucional hay también obligaciones que no se dirigen a satisfacer los derechos humanos y que tampoco consisten en prestaciones a favor de los mismos, es decir, que existen obligaciones que carecen de un derecho subjetivo recíproco.[63]

Por su parte, Báez Silva al respecto sostiene que *el hecho de que las constituciones actuales consignen varias normas programáticas no conlleva el nacimiento de un derecho de los individuos o de los grupos económica y/o socialmente vulnerables a que se desarrollen normativamente tales preceptos constitucionales… … Sostengo que no existe algo así como un "deber" o una "obligación" del legislador de legislar, puesto que ello implicaría la existencia correlativa de un "derecho a la legislación", por parte de algún sujeto.*[64]

[62] Véase: Aguiar de Luque, Luis, "El tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", *Revista de Derecho Político,* Madrid, núm. 24, 1987, pp. 9-30.
[63] Bidart Campos, Germán, *Las obligaciones en el derecho constitucional,* Buenos Aires, Ediar S.A., 2010, p. 28.
[64] Báez Silva, Carlos, *op. cit.*, nota 9, p.78.

2.3.2.3. Plazo de la inactividad legislativa

Como se mencionó anteriormente, uno de los puntos más débiles de la inconstitucionalidad por omisión, lo es el plazo de la inactividad legislativa. Por lo general las Constituciones al establecer los encargos o mandatos al legislador, quienes por cierto se ven obligados a emitir determinadas normas jurídicas que desarrollen o instrumenten al texto constitucional, no establecen el plazo para la realización de dichas conductas por parte del legislador. No obstante, se debe mencionar que si existen Constituciones que estipulan una cierta fecha para el actuar del Poder Legislativo, y siendo este el caso, la posible conducta omisiva del legislador sería inconstitucional una vez transcurrido dicho plazo otorgado por el Constituyente.

Salvo el caso antes referido, por lo normal no se cuenta con una fecha concreta a partir de la cual la pasividad del legislador se torna inconstitucional; y, aunque la inactividad legislativa pueda entonces conceptuarse como un comportamiento antijurídico, la propia naturaleza política de la actividad legislativa dificulta determinar cuándo dicha pasividad del legislador se convierte inconstitucional, ya que con la llamada libertad de configuración del legislador, éste emitirá las normas jurídicas según resulte conveniente para el plan estatal de desarrollo y de conformidad con las condiciones prevalecientes en un determinado momento y contexto histórico-social y político.

No obstante, el legislador cuenta con una enorme carga institucional en su calidad de integrante de un órgano del Estado Democrático y con una responsabilidad de llevar a cabo las actividades para las que fue instituido, y por ello no debe ni puede impunemente transgredir la Constitución en aras de esa condición de legislador que posee.

Entonces pues, si bien es cierto que el órgano legislativo tiene cierta libertad, también lo es que debe de cumplir con sus encargos y que los mismos no deben ser demorados razonablemente, es decir, no debe de transcurrir un *término excesivamente largo* para cumplir dichos encargos.

Ahora bien, para entender qué es un *término excesivamente largo,* la autora Laura Maribel Rangel Hernández propone utilizar un análisis *casuístico,* es decir que se atienda en primera instancia a las particularidades del caso concreto, a las circunstancias que lo rodean, siguiendo por supuesto un criterio de razonabilidad en cuanto a la determinación del lapso de tiempo. De igual forma Rangel Hernández refiere que la ausencia de parámetros objetivos respecto de la forma de calcular el elemento temporal conlleva cierto subjetivismo, lo cual acarrearía dificultades, por lo que ella advierte que se debe de confiar en el prudente arbitrio y criterio del juzgador, quien es quien deberá analizar el caso y establecer una temporalidad respectiva.[65]

Lo anterior, ha sido motivo de varias críticas y debido a la subjetividad de la que se hablaba, es por lo que algunos autores como Ignacio Villaverde sostienen que el elemento temporal no es constitutivo de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, puesto que consideran que el incumplimiento a la constitución no está relacionado con la temporalidad sino con la presencia de situaciones jurídicas contrarias al texto constitucional.[66]

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al dictar sus resoluciones, se ha referido al término *plazo razonable* de la siguiente manera:

1. En la sentencia de fecha 14 de julio del año 2005, relativa a la controversia constitucional número 80/2004 -*promovida por el Municipio de Juárez, Chihuahua, a través de su entonces Presidente Constitucional, en contra el Poder Legislativo del Estado Libre y Soberano de Chihuahua, depositado en el Congreso del Estado de Chihuahua, en la que se reclaman los actos consistente en la omisión o abstención del Congreso del Estado de Chihuahua de legislar en materia de servicios públicos municipales, en términos del artículo 115 de la Constitución*

[65] Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.*, nota 22, p 59.
[66] Villaverde Menéndez, Ignacio, "La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional" en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes*. *Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, op. cit.*, nota 39, p. 75.

Federal, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, conforme lo ordena el artículo segundo transitorio del propio decreto-:

> *Así, debe señalarse que en algunos casos si dentro de un "plazo razonable" existe la inactividad o silencio del legislador, se está ante una violación a la Constitución, ya que, aun cuando para ello se requiere de la labor e interpretación del juzgador constitucional para establecer en cada caso cuál es ese tiempo razonable, no depende del legislador el elegir en forma discrecional el momento en que se ha de desarrollar una norma constitucional. También este Tribunal Pleno considera que indudablemente se origina una omisión legislativa que transgrede la Constitución, la falta de desarrollo de mandatos constitucionales de legislar dentro del plazo que establece el propio Órgano Reformador de la Constitución, pues en este caso se está ante un mandato expreso al legislador secundario para expedir una ley.*[67]

2.4. Efectos de violación constitucional por la inconstitucionalidad de la omisión legislativa

Como se sabe, la principal función de una norma jurídica es guiar el comportamiento de los individuos, por lo que en el momento de que dicha norma deja de ser guía de la conducta de todos los sujetos a los que estaba dirigida, éstos dejan de acatarla y como consecuencia la norma deja de ser eficaz.

En párrafos anteriores, se mencionó que las normas tienen diferentes grados de aplicabilidad y eficacia, toda vez que algunas pueden ser inmediatamente aplicadas y acatadas, sin embargo, otras requieren de la intervención del legislador secundario para tornarse plenamente aplicables y por tanto eficaces.

Ahora bien, cuándo es que se actualiza una infracción a la Constitución, si es desde el momento en que el legislador omite un deber específico de legislar en concreto, derivado de un mandato o encargo del Constituyente o es hasta que

[67] Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia emitida dentro de la Controversia Constitucional núm. 80/2004, de fecha 14 de julio del año 2005, http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.scjn.gob.mx%2FPLENO%2Fver_taquigraficas%2FPL050712.pdf&ei=U3qUUuHAC7Sg0wWu3ID4BA&usg=AFQjCNFEzDIEwkBObkMWPX67667fg2mAdQ.

resulta evidente la falta de eficacia de una norma constitucional que la torna inaplicable

Al respecto Villaverde sostiene que *la función de la jurisdicción constitucional no es controlar la actividad del legislador o precisamente su inactividad, sino las normas que el legislador crea mediante sus actos legislativos o mediante su inactividad;* además afirma que *el verdadero objeto de control tratándose de la omisión legislativa se centra en las consecuencias que se generan con la inactividad del órgano legisferante.* Cuando él se refiere a las consecuencias se refiere a *las consecuencias jurídicas de la inactividad legislativa, esto es, a la norma implícita en los silencios de la ley o del legislador para comprobar si crean situaciones jurídicas no queridas por la constitución haciendo valer la supremacía constitucional y declarando inconstitucional ese silencio, de ser el caso, expulsando del ordenamiento la norma implícita inconstitucional que dicho silencio ha creado.*[68]

Por su parte Carlos Báez, establece que el legislador secundario al no cumplir con su encargo de desarrollar legislativamente un precepto constitucional con el único fin de tornarlo aplicable y por ende eficaz, es decir al no legislar en lo particular, estaría vulnerando la eficacia de una norma constitucional, actualizándose desde este momento de la ineficacia normativa una infracción a la Constitución.[69] Es necesario aclarar que Báez toma como punto de partida la aplicabilidad y eficacia plena de la norma, por lo tanto, él considera que una infracción a la Constitución deviene cuando resulta evidente la falta de eficacia de una norma constitucional que la torna inaplicable.

Finalmente, Laura Rangel Hernández señala que con la omisión legislativa inconstitucional se causan tres violaciones: 1) Por el incumplimiento del mandato

[68] Villaverde Menéndez, Ignacio, "La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional" en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes*. *Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, op. cit.*, nota 39, p. 75.
[69] Báez Silva, Carlos, *op. cit.*, nota 9, p.39.

de legislar; 2) Por la ineficacia plena de las normas jurídicas; y 3) Por la transgresión a particulares en el caso de derechos humanos.[70]

Se considera que la posición de Rangel Hernández es un tanto conciliadora con los autores que han hablado sobre el tema, y sería muy cómodo optar por ella; sin embargo, tomando como punto de partida el espíritu de para qué se elaboran las normas jurídicas, que se cree que para su cumplimiento; se piensa que la violación de la norma constitucional por omisión constitucional se propicia desde que dicha norma constitucional no puede ser aplicada y por lo tanto no puede ser eficaz ni plena, debido a una falta de ejercicio de funciones por parte del legislador sin importar el tiempo que ha llevado ese silencio legislativo.

2.5. Tipología de la omisión legislativa

En la figura de la inconstitucionalidad por omisión, al igual que varias figuras jurídicas, es necesario establecer una clasificación de las diversas formas en cómo se puede presentar.

Para Ignacio Villaverde los silencios del legislador pueden ser de dos tipos: 1) *absolutos*; y, 2) *relativos*; los primeros, son aquellos silencios totales por parte del legislador sobre determinadas materias, que pueden transformarse en omisiones absolutas en la medida en que conservan o generan situaciones jurídicas contrarias a la Constitución; se trata de los casos en los que falta la norma legal que puede o debe regular una determinada situación jurídica permitida o mandada por la Constitución; los segundos, son aquellos silencios de la ley en el que hay una conducta del legislador que pretende cumplir con los permisos o mandatos de hacer previstos en la Constitución; sin embargo, el intento del legislador por hacer efectivo el permiso o cumplir con el mandato constitucional o es incompleto o es defectuoso.[71]

[70] Véase: Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.*, nota 22*,* pp. 61-67.
[71] Véase: Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión,* Madrid, Mc-Graw Hill, 1997, pp. 41-58.

Por su parte, Víctor Bazán, -citando a Wessel- dice que es imposible evadir el tema referente a la tipología de omisiones inconstitucionales; por lo que distingue a las *omisiones absolutas de las relativas*. Para él en las primeras hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; por otra parte, dice que en las relativas, el legislador al propulsar la norma para obedecer el mandato constitucional, favorece a cierto grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros, pudiendo tentativamente las hipótesis ser refundidas en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional o del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los sistemas jurídicos les acuerden tal valencia, el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo quiebren en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y arbitrario el principio de igualdad o cuando se produzca una regulación deficiente a causa de la falta de *complitud* de la norma.[72]

Asimismo, Carlos Báez Silva, señala que se encuentra fundamentalmente cuatro tipos de omisiones legislativas que pueden generar inconstitucionalidad: 1) *La omisión legislativa absoluta o total*, en la que existe una cabal ausencia de desarrollo de un precepto constitucional, y, en la cual, el legislador simplemente no ha creado ninguna norma legislativa que desarrolle la norma constitucional, es decir, no hay nada; 2) *La omisión legislativa relativa o parcial,* es aquella en la que se encuentra implicada la vulneración del principio de igualdad debido al olvido deliberado de ciertos sujetos o conjuntos de sujetos en la legislación que desarrolla un precepto constitucional; 3) *Aquellas omisiones legislativas que vulneran derechos fundamentales de los individuos constitucionalmente consagrados;* 4) *Aquellas omisiones legislativas que no vulneran derechos*

[72] Bazán, Víctor, "Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión", *Revista Derecho de Estado,* Universidad Externado de Colombia, núm. 20, julio-diciembre de 2007, p.125.

constitucionales de los individuos, pero que vulneran algún otro precepto constitucional que se torna ineficaz.[73]

Por otro lado, Laura Rangel establece la tipología de las normas bajo las siguientes clasificaciones:

1. Clasificación de las omisiones legislativas desde el punto de vista de si la misma violenta o no la Constitución.

La autora señala que cuando existen normas o preceptos constitucionales que no son de necesario desarrollo o que aun siéndolo el constituyente no ha previsto la obligatoriedad de tal acto legislativo, es decir, no ha delegado la competencia de ejercicio obligatorio, se está ante una ausencia legislativa que no transgrede a la Constitución.[74]

2. Clasificación de las omisiones legislativas desde el punto de vista de su amplitud respecto del ente obligado: a) omisión legislativa en sentido restringido; y, b) omisión legislativa en sentido amplio.

Para esta clasificación no se puede soslayar el principio de división de poderes, y de ahí establecer que el Poder Legislativo, quien es el que debería detentar la más alta concepción democrática y legítima debido a su extracción de elección popular, tiene la función correspondiente a la producción de leyes, en especial la de aquellas que hagan aplicable y eficaz las normas establecidas en la Constitución, caso contrario se estaría en presencia de una inactividad o pasividad del legislador y se estaría, entonces, en presencia de una *omisión legislativa en sentido restringido.*[75]

Por otro lado, la *omisión legislativa sentido amplio,* se presenta cuando aparte de la inactividad del Poder Legislativo, se le adiciona la del Poder Ejecutivo,

[73] Báez Silva, Carlos, *op. cit.*, nota 9, p. 40.
[74] Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.*, nota 22, p 67.
[75] *Ibidem,* p. 70.

en todas aquellas funciones de tipo legislativo-reglamentario que constitucionalmente tienen encomendadas.[76]

3. Omisión legislativa formal y material.

La autora señala que esta clasificación toma como punto de partida el origen de la omisión legislativa; por lo que la *omisión legislativa formal* es cuando el legislador ha incumplido total o parcialmente con el mandato de legislar aquellas normas que son de forzoso desarrollo; por su parte, la *omisión legislativa material* se presenta cuando el Poder Legislativo transgrede el principio de igualdad creado situaciones jurídicas de discriminación.[77]

4. Clasificación respecto del tipo de disposiciones omitidas: derechos fundamentales, otro tipo de derechos y reglas jurídicas.

Rangel Hernández indica que la inactividad del cuerpo legislativo puede recaer en distintos tipos de normas constitucionales, ya sean aquellas que albergan derechos tanto sustantivos como adjetivos, las que contienen reglas jurídicas y las que implican derechos humanos.[78]

5. Clasificación desde el punto de vista de su extensión: a) omisión legislativa absoluta; y b) omisión legislativa relativa.

La por *omisión absoluta* se presenta cuando no existe ningún tipo de actividad legislativa, aún y cuando tiene el deber de emitir cierta normatividad; por su parte, la *omisión relativa* se presenta cuando la actividad del legislador respecto a la emisión de ciertas disposiciones es de manera deficiente e incompleta.[79]

6. Clasificación desde el punto de vista de la violación constitucional: a) omisión legislativa por falta de desarrollo constitucional; b) omisión legislativa por falta de adecuación constitucional; y c) omisión legislativa por falta de impulso del proceso legislativo.

[76] *Idem.*
[77] *Ibidem,* p. 71.
[78] *Ibidem,* p. 72.
[79] *Ibidem,* p. 77.

La primera clasificación es considerada por la autora como *clásica*, ya que afirma que es la que nace debido al incumplimiento de un mandato de legislar encomendado al cuerpo legislativo respecto de normas constitucionales de necesario desarrollo y que se configura hasta que ha transcurrido un lapso considerable de tiempo.[80] La segunda distinción tiene su origen en una nueva Constitución así como en una reforma o adición a la Constitución (Art. 41 Constitucional: Federación y autonomía de las Entidades). Finalmente la tercera clasificación tiene una característica especial la que radica en el hecho de que el objeto de control es la inactividad del Poder Legislativo, pero no propiamente por la falta de expedición de normas jurídicas, sino por la demora o falta de culminación de los procesos legislativos[81]

José Julio Fernández Rodríguez realiza una tipología que ha servido de base para los autores que se han mencionado previamente. El autor inicia con la clasificación de omisión absoluta y omisión relativa, a las que también denomina –respectivamente- omisión total y omisión parcial; menciona que esta clasificación proporcionada por Wessel -entonces Magistrado del Tribunal Constitucional de Alemania- ha sido la más exitosa en todos los trabajos; refiere que la omisión absoluta es aquella ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional; y, la relativa es aquella vulneración del principio de igualdad por olvido de ciertos grupos en la legislación. Asimismo, afirma que Wessel veía como una consecuencia clara de esta diferenciación, la negación de una vulneración de un derecho fundamental por omisión absoluta, lo que traía como consecuencia la inadmisión de una demanda constitucional que se basaba en esa inactividad; sin embargo, las omisiones relativas si podían ser fiscalizables ya que se supone una vulneración inmediata a un derecho fundamental por el legislador, lo que procedía

[80] *Ibidem,* p. 83.
[81] *Ibidem,* p. 87.

interponer una demanda constitucional, la que se fundamentaría en un actuar positivo del legislador contrario al principio de igualdad.[82]

Acto seguido, Fernández Rodríguez comenta que la definición de Wessel fue retomada por Nicoló Trocker, quien además hace una subdivisión, dentro de la ya proporcionada por Wessel; distingue dentro de las absolutas, las omisiones puras, si no existe regulación anterior en la materia, y las impuras, si existe tal normativa.[83]

Fernández Rodríguez se apega a la definición de omisiones absolutas y relativas como aquellas omisiones, respectivamente totales y parciales; no obstante hace énfasis en las parciales aportando que en su interior estas omisiones deben ser subdivididas en dos especies: aquellas que infringen el principio de igualdad y aquellas que suponen una deficiente regulación por la ausencia de *complitud* de la normativa.[84]

Siguiendo con Fernández Rodríguez, otra distinción de omisiones que realiza es la referente a las omisiones formales y materiales; las primeras, suponen que el legislador ha adoptado una posición total o parcialmente inactiva respecto a un encargo al legislador que, por definición necesita regulación de desarrollo; en las segundas, la inactividad vulnera el principio de igualdad en tanto que olvida a quien debería igualar a los grupos efectivamente regulados en la normativa existente.[85]

Otra distinción relevante que realiza Fernández Rodríguez es la que tiene que ver con aquellas omisiones que afectan o no a derechos fundamentales. Comienza afirmando que las primeras, es decir, aquellas que afectan los derechos fundamentales tiene mayor peso dada su naturaleza así como el significado de derechos humanos en una Constitución;[86] sin embargo, su debilidad no radica en

[82] Fernández Rodríguez José Julio, *op. cit.,* nota 8, p. 114.
[83] *Ibidem,* p. 115.
[84] *Ibidem,* p. 116.
[85] *Ibidem,* p. 117.
[86] *Ibidem,* p. 120.

aquellos derechos humanos de primera generación, sino en los de segunda, tercera, cuarta y quinta generación[87], los cuales requieren para su eficacia la interposición del legislador. Y aquí es donde se está en presencia de un *fraude constitucional,* que alcanza niveles inaceptables, aún y cuando se pronuncie que en la actualidad difícilmente un Estado Constitucional puede renunciar a garantizar los derechos fundamentales. Además, otro problema relativo a los derechos humanos se presenta cuando no hay un cumplimiento de las obligaciones de desarrollo de ordenamientos jurídicos que impone la normativa internacional de los derechos humanos por parte de los Estados, ya sean por factores de índole política, social, económica, cultural, etc.

Finalmente, Fernández Rodríguez analiza otra categoría de omisiones; aquellas que son *evitables* y aquellas que no lo son, *inevitables.* Con las primeras pretende aludir a las situaciones en las que el legislador no desarrolla los preceptos constitucionales a pesar de que las condiciones lo permitan. Las segundas se refieren a situaciones en las que los factores de corte *extrajurídico* sobre los que descansa la efectividad del Derecho sumen al legislador en la tesitura de no poder desarrollar los preceptos constitucionales.[88]

Finalmente, hacemos referencia a la actuación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo en el año 2005 al resolver las controversias constitucionales 46/2002 y 14/2005, cuyas resoluciones sentaron doctrina con relación al concepto y tipología de las omisiones legislativas en México.[89]

[87] Karel Vasak fue quien propuso en *Las dimensiones internaciones de los derechos humanos* -obra publicada en Volúmenes por la UNESCO- la concepción de las generaciones de los derechos humanos, que incluyen categorías de derechos para cada generación en el desarrollo histórico, hasta el día de hoy, tiene vigencia en círculos especializados.

[88] Fernández Rodríguez José Julio, *op. cit.,* nota 8, p. 121.

[89] Véase: Astudillo, César, "Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa", en Gámiz Parral, Máximo, *et al.* (coords.), *Derecho Constitucional Estatal. Memorias del VI y VII Congresos Nacionales de Derecho Constitucional de los Estados*, México, UNAM, 2009, pp. 203-250.

En relación con la controversia constitucional 46/2002,[90] cabe indicar que fue resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 10 de marzo de 2005. Dicha controversia fue promovida por el municipio de San Pedro Garza García en contra de la omisión del Congreso del Estado de Nuevo León, al no emitir las normas que establecieran los medios de defensa en el ámbito municipal de los particulares y los órganos, su organización, funcionamiento y procedimiento para dirimir las controversias entre la administración pública municipal y los particulares, en dicha resolución se examina y se resuelve, por vez primera en México la inconstitucionalidad por omisión legislativa.[91]

Lo más importante de esta resolución fue que la Corte, en funciones de tribunal constitucional federal mexicano, resolvió que la omisión legislativa puede resultar inconstitucional bajo dos hipótesis distintas: *a) Cuando el legislador no observa en un tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, impuesto de manera expresa o implícita por la Constitución; y b) Cuando al expedir una ley, el legislador dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía.*[92] Es decir, se establece que las omisiones legislativas pueden ser absolutas y relativas.

Por su parte la ejecutoria de la controversia constitucional 14/2005, establece una tipología que relaciona las competencias de los poderes públicos con la clase de omisión de que se trate. Cabe recordar que el sistema competencial establecido en la Constitución Federal, se expresa de varias maneras: *a) Existen prohibiciones expresas que funcionan como excepciones o*

[90] Disponible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, enero de 2006, t. XXIII, p. 2124.
[91] Véase: Cienfuegos Salgado, David, "La inconstitucionalidad por omisión legislativa en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coord.) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho,* México, UNAM, Marcial Pons, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, t. VIII, pp. 605-623.
[92] *Idem.*

modalidades de ejercicio de otras competencias concedidas; b) Existen competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano del estado puede decidir si ejerce o no la atribución conferida y, c) Existen competencias de ejercicio obligatorio, en donde el órgano del estado se encuentra obligado a ejercerlas como lo establece la constitución.[93]

Se establece que en los órganos legislativos existen: a) *las competencias de ejercicio potestativo*, las cuales son aquéllas en las que dichos órganos, pueden decidir si las ejercen o no, y en qué momento lo harán; además no implican una obligación, es simplemente la posibilidad ejercida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales. Aquí, los órganos legislativos cuentan con la potestad de decidir si las ejercerán o no y en qué momento las llevarán a cabo, sin que estén obligadas a ejercerlas. Por tanto, el órgano legislativo decide libremente si crea o no determinadas normas jurídicas y en qué momento lo hará; y b) *las competencias de ejercicio obligatorio,* que son aquéllas a las que el orden jurídico adiciona un mandato de ejercicio expreso, es decir, una obligación de realizarlas por parte de los órganos legislativos a los que se les han otorgado, con la finalidad de lograr un correcto y eficaz desarrollo de sus funciones, de ahí que en caso de que no se realicen, trae aparejada una sanción. En este tipo de competencias, el órgano legislativo no tiene la opción de decidir si crea o expide una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedir determinada ley. Esta obligación puede encontrarse de manera expresa o implícita en las normas constitucionales.[94]

Ahora bien, las posibilidades de no ejercicio de este tipo de competencias son: a) *omisión absoluta* por parte del órgano legislativo, en donde éste simplemente no ha ejercido su competencia de crear leyes en ningún sentido, ni

[93] Rojas Zamudio, Laura Patricia, "Omisión Legislativa: Estudio Comparativo de su tratamiento y forma de control entre la Sala Constitucional de Costa Rica y a Suprema Corte de Justicia de la Nación. *https://www.scjn.gob.mx/transparencia/Paginas/trans_publicaciones_becarios.aspx*
[94] *Idem.*

ha externado normativamente ninguna voluntad de hacerlo, de ahí que la misma siga siendo puramente potencial; y b) *omisión relativa*, cuando el órgano legislativo puede haber ejercido su competencia, pero de manera parcial o incompleta, impidiendo así el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes.[95]

Al respecto, dentro del contenido de dicha ejecutoria se puede apreciar lo siguiente:

Competencias o facultades	***No ejercicio***	***Ejercicio parcial o deficiente***
De ejercicio potestativo	*Omisión absoluta*	*Omisión relativa*
De ejercicio obligatorio	*Omisión absoluta*	*Omisión relativa*

> *De lo anterior se aprecia que tratándose de omisiones legislativas respecto de las competencias de ejercicio obligatorio o potestativo, éstas se pueden clasificar de la siguiente manera:*
> *1. Omisiones absolutas en competencias de ejercicio obligatorio;*
> *2. Omisiones relativas en competencias de ejercicio obligatorio;*
> *3. Omisiones absolutas en competencias de ejercicio potestativo; y,*
> *4. Omisiones relativas en competencias de ejercicio potestativo.*
> *Así, tendremos una omisión legislativa absoluta en competencias de ejercicio obligatorio a cargo del órgano legislativo, cuando éste tenga una obligación o mandato relativo a la expedición de una ley determinada, y no la haya expedido. Por otro lado, estaremos en presencia de una omisión legislativa relativa en competencias de ejercicio obligatorio a cargo del órgano legislativo, cuando éste la emita, teniendo la obligación o un mandato relativo a la expedición de cierta ley, pero lo haga de manera incompleta o deficiente. Por omisiones legislativas absolutas en competencias de ejercicio potestativo, podemos comprender aquellas en las que el órgano legislativo decide no actuar, debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga. En el caso de las omisiones legislativas relativas en competencias de ejercicio potestativo, estaremos ante ellas cuando el órgano legislativo decida hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley, lo haga de manera incompleta o deficiente.*[96]

2.6. El impacto de la omisión legislativa en el ámbito internacional

El derecho ante su constante dinamismo y cambio, exige cada día la valoración de los medios y los instrumentos que utiliza para alcanzar sus fines y en base a ello poder determinar su aplicabilidad y por lo tanto su eficacia. El constante cambio en

[95] *Idem.*
[96] Documento disponible en el sitio*: ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/19739.pdf*

las sociedades le impone a la ciencia jurídica el reto de transformarse conforme a las dinámicas sociales. En esa transformación se examinan tanto la fortaleza de sus herramientas como sus puntos críticos, pero siempre con el fin de consolidar el sistema jurídico. Una de las principales herramientas del derecho que es motivo de revisión, es la ley; y, no obstante su espíritu, siempre debe de plantearse su evolución. En este sentido, ha resultado importante analizar la actividad del legislador, como productor de leyes, pero como se ha advertido, no sería para verificar si una norma se adecúa o no al ordenamiento jurídico sino para entender cuándo la ausencia de una norma puede violentar principios o disposiciones del texto constitucional.

Así pues, las omisiones legislativas han tomado relevancia principalmente por *el Estado de derecho* en el que vivimos así como a la necesidad de controles de constitucionalidad dentro de ese *Estado de derecho*.

Como es bien sabido, en un Estado democrático de derecho, la ley encarna una voluntad colectiva de la sociedad políticamente organizada que, a través de sus representantes y en ejercicio de actividades democráticas, estructura válidamente un ordenamiento jurídico para regular las actuaciones del Estado, y principalmente, de los particulares, buscando con ello, asegurar la convivencia pacífica y armónica.

En los Estados constitucionales y democráticos de derecho, propios de los tiempos modernos, las Constituciones Políticas como normas fundamentales representan el pilar o la base de estructura de todo el sistema y ese postulado debe permear no solo en las actuaciones de los órganos de Estado y de los particulares, sino de la ley misma y las normas que de ella se desprendan. Por lo tanto, en un Estado constitucional de derecho que no da cumplimiento a sus postulados supremos desconoce con ello su propia esencia y hace caso omiso a sus conceptos fundamentales.

Ahora bien, una parte de esas normas fundamentales que representan el pilar o base de la estructura de todo un sistema, es la relativa a los derechos

fundamentales, los cuales a partir de la Segunda Guerra Mundial han sido prioridad para los Estados en el aspecto de su reconocimiento y protección y los que en la actualidad tienen una tendencia a su universalización. Este fenómeno de la universalización, su protección, así como su tutela jurisdiccional en instancias supraestatales, atañe a la jurisdicción internacional, y toda persona como sujeto de derecho internacional público puede tener acceso directo a las instituciones de dicha jurisdicción internacional y solicitar la protección de esos derechos.

No obstante, uno de los principales temas que giran en torno a la cuestión de los derechos humanos, es el relativo a su *garantía*, pues, para no reducir su validez a un campo estrictamente teórico, se torna necesario el establecimiento de garantías que permitan brindarles efectividad, como la previsión de mecanismos jurisdiccionales que entrañen la sumisión del poder a las normas de derechos fundamentales; y, dichas garantías deben de ser establecidas tanto en el ámbito interno como en el externo, es decir, nacional e internacional.

Luigi Ferrajoli ha sostenido la necesidad de distinguir entre los derechos y sus garantías, atendiendo a que dicha distinción permitiría que la ciencia jurídica no se limite a constatar la inutilidad de un derecho no justiciable, sino que se convierta en una palanca de denuncia del incumplimiento de los poderes públicos que no han establecido ni las correspondientes obligaciones para los sujetos a los que se dirigen los derechos, *garantías primarias*, ni los remedios procesales para el caso de que esos sujetos no den cumplimiento a tales obligaciones, *garantías secundarias.*[97] En el mismo tenor refiere que la ausencia de ambos tipos de garantías da lugar a lagunas primarias o lagunas secundarias, respectivamente.[98]

Los estados, con el fin de cumplir a cabalidad la protección de los derechos humanos, han suscrito diversos instrumentos internacionales que prevén la tutela de dichos derechos. Sin embargo, para alcanzar tal fin, una de las obligaciones de los Estados al suscribir tales instrumentos, es la de tomar las medidas legislativas

[97] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 61-62.
[98] *Idem.*

necesarias y pertinentes para ello, es decir, emitir las leyes conducentes y adecuar la normatividad interna ya existente a la de los tratados internacionales, y claro está, el de incluir en las normas supremas la protección a los derechos humanos.

El tema relativo a las *garantías jurisdiccionales de los derechos humanos* ha cobrado particular auge en los últimos tiempos, en especial en nuestro país, con la actuación tanto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, quienes han realizado esfuerzos para subsanar los grandes vacíos existentes en lo relativo a la tutela de los derechos humanos, pero que, por su misma complejidad, aún es un reto, ya que las omisiones legislativas, es decir, la ausencia de normas necesarias para hacer efectivo un derecho consagrado en la Constitución o un tratado internacional están exentas del control jurisdiccional, al no existir en el sistema jurídico mexicano mecanismos para su tutela efectiva. Podría pensarse que el juicio de amparo, sería el medio idóneo como medio de control constitucional para tal fin; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo estimó improcedente.

Así pues, la falta de previsión de un mecanismo idóneo para controlar las omisiones legislativas pugna con lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que fue suscrita y ratificada por varios Estados, entre ellos, el mexicano, y esta situación produce el efecto negativo de que la aplicabilidad, eficacia, vigencia y la efectividad de los derechos humanos, y produce que los mismos queden, hasta cierto punto, subordinados a la voluntad de los poderes constituidos, y de ese modo, son éstos los que determinarán cuándo emitir las disposiciones pertinentes que den vigencia y efectividad a los derechos humanos, consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales.

Capítulo Tercero

Análisis Procesal de la Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa

SUMARIO: 3.1. *Argumentos en torno a la adopción de la inconstitucionalidad por omisión legislativa;* 3.1.1. *Argumentos generales a favor de la Omisión Legislativa;* 3.1.2. *Argumentos generales en contra de la Omisión Legislativa;* 3.2. *Control jurisdiccional de la inactividad legislativa*; 3.3. *Control abstracto y concreto de las omisiones legislativas inconstitucionales;* 3.4. *Vías Procesales para el análisis de la omisión legislativa inconstitucional;* 3.5. *Soluciones previstas para la inconstitucionalidad por omisión legislativa;* 3.5.1. *Soluciones de derecho Positivo;* 3.5.1.1. *Denuncia;* 3.5.1.2. *Recomendación;* 3.5.1.3. *Llamado de Atención;* 3.5.1.4. *Intimación;* 3.5.1.5. *La Cobertura;* 3.5.1.6. *El resarcimiento;* 3.5.1.7. *Compulsión;* 3.5.2. *Soluciones de tipo jurisdiccional;* 3.5.2.1. *Sentencia sin referencia expresa a la omisión legislativa pero que corrigen dicho vicio;* 3.5.2.2. *Sentencias atípicas dictadas en la jurisdicción constitucional en torno a la inconstitucionalidad por omisión legislativa;* 3.5.2.3. *Sentencias interpretativas;* 3.5.2.4. *Sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin anular la norma;* 3.5.2.5. *Sentencias con recomendación y de carácter exhortativo al legislador;* 3.5.2.6. *Sentencias aditivas;* 3.5.2.7. *Sentencias sustitutivas;* 3.6. *La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa;* 3.6.1. *Sujeto pasivo de control;* 3.6.2. *Sujeto titular de legitimación activa;* 3.6.3. *Procedencia;* 3.6.4. *Órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa;* 3.6.5. *Objeto de control*; 3.6.6. *Trámite de acción;* 3.6.7. *Solución que se otorga a la inconstitucionalidad por omisión legislativa y sus efectos;* 3.6.8. *Ejecución de las sentencias que conminan a legislar;* 3.6.9. *Consecuencias y efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa;* 3.6.9.1. *Recomendación a legislar;* 3.6.9.2. *Establecimiento de directivas al legislador;* 3.6.9.3. *Cobertura del orden jurídico;* 3.6.9.4. *Responsabilidad del legislador omiso;* 3.6.9.5. *Indemnización del accionante.*

Es de conocimiento que la institución que se estudia, a la fecha, no tiene una solución práctica, clara y concreta a través de cada uno de los esquemas tradicionales que integran al Derecho Constitucional. Lo anterior, puesto que la mayoría de los ordenamientos responden a un hacer, a una conducta activa, y, raras son las veces que lo hacen ante una inactividad, por ello es que su tratamiento en cada legislación es especial.

Es importante precisar que sería inútil configurar a la omisión legislativa respecto de la Ley fundamental como inconstitucional, sino se construye un sistema de control que le proporcione aplicabilidad y eficacia, ya que de lo contrario, es decir, una institución ineficaz está condenada a desaparecer y a sumirse en un plano meramente enunciativo que chocaría inmediatamente con los objetivos y la practicidad que el Derecho Procesal Constitucional se ha propuesto.

José Julio Fernández Rodríguez refiere que por lo que atañe a la solución de las inconstitucionalidades por omisión legislativa se tienen varias posturas: la primera, de Kelsen, quien afirma que la Constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes; la segunda, de Afonso Da Silva, quien arguye que la solución está más en el dominio de lo político que de lo jurídico; y la tercera, de Constantito Mortati, quien apuesta por un tratamiento estrictamente jurídico.[1] Ante dichas posturas, se opta por la última advirtiendo que el régimen jurídico a que se debe de sujetar la omisión legislativa debe poseer cierta flexibilidad para hacer frente a su elemento más débil que es, como se ha mencionado, el transcurso de tiempo excesivamente largo.

Por otro lado, se considera necesario indicar que sea cómo sea el tratamiento de la omisión legislativa, la simple detección de una violación constitucional a la Norma Fundamental acarrearía un costo político, ya sea en pequeñas o en grandes proporciones, dependiendo de la trascendencia de la transgresión constitucional.

Ese costo político se puede resumir en el nacimiento de una ilicitud por parte de un Poder del Estado como consecuencia de un no actuar, y transcurrido el tiempo, la opinión pública pasaría la factura correspondiente, aunado a que los medios de comunicación juegan hoy en día un papel importante y de gran influencia en el grueso de la población; y dicha factura, de cierta manera, puede

[1] Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El Caso Español,* Madrid, Civitas S.A., 1998, pp. 212-213.

verse reflejada en las urnas cuando los electores juzguen con su voto el actuar de los detentores del poder en ese momento. Lo anterior, si bien sale del contexto jurídico, es necesario señalarlo atendiendo a los posibles efectos que tendría en el ámbito político, social, económico, etc. de un Estado una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

3.1. Argumentos en torno a la adopción de la inconstitucionalidad por omisión legislativa

El primer cuestionamiento que llega a la mente es si de verdad resulta necesaria la regulación de la omisión legislativa. Para responder el anterior cuestionamiento resulta forzoso analizar los elementos que juegan a la hora de conformar una base que acepta o rechaza la inconstitucionalidad por omisión.

Existe varias problemáticas en torno a la figura de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. La principal es que todo texto constitucional se ve en la imposibilidad de agotar las materias que son objeto de tratamiento, no sólo por razones fácticas o de conveniencia política, sino, por cuestiones de carácter técnico relativas a la función de la Norma Fundamental y a la metodología y formalidades utilizadas para su elaboración. Por lo tanto, bajo este criterio se puede advertir que toda Constitución del Poder Constituyente es una obra incompleta.

Los constituyentes al iniciar el proceso de creación de la Carta Magna recogen una serie de aspiraciones, valores, ideas y anhelos del pueblo, es decir, el sentir profundo de una sociedad. Toda esa serie de elementos vienen a formar parte del contenido material de la Ley Básica. Una vez que se ha concluido el proceso de creación se tiene como resultado a una Constitución, la cual se integra por una serie de normas diversas, de diferente tipo, pero todas con la consiguiente repercusión en la intensidad de su vinculación.

Como es de dominio público, el Texto Fundamental, para asegurar su eficacia y concreción, requiere de una serie de normas que deben ser

desarrolladas por el legislador ordinario. Tales normas, que como ya se mencionó son denominadas *encargos al legislador*, poseen una tanto una articulación formal como un contenido material propio, pero ambos en lógica correspondencia con lo que es la Constitución. La existencia de *encargos al legislador* en el texto básico no son más que meras obligaciones para el legislador ordinario que debe cumplir. Al respecto Konrad Hesse afirma *que la naturaleza de la norma constitucional estriba en que pretende tener vigencia, es decir, realizar el estado por ella normado.*[2]

Debe quedar claro que los encargos al legislador no son declaraciones optativas sino verdaderas normas jurídicas que necesitan concretarse por el legislador ordinario y a su vez conectarlas con las normas constitucionales para dotar a éstas últimas de plena eficacia y aplicabilidad. La actividad del legislador ordinario no puede ser consumida por el legislador Constituyente, pero éste último si puede limitar y dirigir la función del primero.

La Carta Magna mexicana, así como la de muchos países, presenta este tipo de encargos al legislador, pero el hecho de que los contenga no quiere decir que no sean textos de valor normativo inmediato y directo. Ya otra cosa es la aplicación inmediata, la cual se consigue con la aparición, a lo largo del tiempo, de importantes leyes de desarrollo constitucional que suponen la plena articulación práctica y efectiva de ciertas prescripciones de la Carta Magna, otorgándose así la necesaria complitud.

En la actualidad, la legislación mexicana no recoge, con relación a los casos de omisiones legislativas, cauces que coaccionen jurídicamente al Poder Legislativo para que lleve a cabo esa labor aún pendiente de conclusión para completar la Norma Suprema, que entre tantas cosas, también organiza el poder político, previendo límites al ejercicio de ese poder, recoge libertades y derechos fundamentales que emanan del pueblo mexicano como titular de la soberanía.

[2] Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 62.

Contemplar la figura de la inconstitucionalidad por omisión podría ser la forma en que la opinión pública, obligase al Poder Legislativo al desarrollo de aquello que resta por hacer; por lo que aceptarla o rechazarla no es algo intrascendente para los sistemas jurídicos, en particular el mexicano.

Ahora bien, previo a abonar argumentos en favor o en contra de la inconstitucionalidad por omisión, es necesario aludir a su naturaleza jurídica, la cual, sin duda, está construida sobre la falta de efectividad de las normas constitucionales durante un tiempo excesivamente largo, en virtud de la pasividad del Poder Legislativo ordinario.

Por lo que ve a las implicaciones y efectos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, se puede advertir que estudiarla permite y obliga a abordar el tema referente a la construcción del sistema constitucional democrático, el que a pesar de sus innumerables avances, carece de una consolidación, debido, entre otros factores, a las disfunciones partidistas. Se cree que aceptar el instituto conllevaría dos efectos positivos; el primero, en el sentido de que se desarrollaría el proyecto constitucional, caminando hacia su plena realización y por lo tanto su total aplicabilidad y eficacia; y, el segundo, se estaría rechazando cualquier tipo de fraude constitucional.

Ahora bien, independientemente de la posición que se tenga respecto de la aceptación o no del instituto de referencia, su estudio ha conllevado a varias opiniones que han servido para su progreso; no obstante ese avance, es evidente la falta de tratamiento en la literatura especializada debido a que su reconocimiento en la legislación positiva es mínimo entre los diferentes ordenamientos.

Una de las dificultades con las que cuenta el instituto para su estudio es su oscuridad conceptual, ya que si bien es relativamente sencillo proporcionar una definición, su profundización con el objeto de explicar sus términos y ahondar en su contenido parece de mucha mayor exigencia y precisión. Otra dificultad de estudio es la vinculación que tiene el tema con aquellos que no son de índole

jurídica, como aquellas situaciones políticas, la carga cultural de los jueces constitucionales, los partidos políticos, los programas de gobierno, la dimensión sociológica del instituto, su coste económico, entre otros.

3.1.1. Argumentos generales a favor de la Omisión Legislativa

José Julio Fernández Rodríguez señala que el principal argumento a favor de la omisión legislativa lo es el *carácter normativo de la Constitución*[3]*.* La misma jurisdicción constitucional es garantía de tal carácter normativo. A razón de ello Luis López Guerra afirma *que actualmente, los países dotados de regímenes constitucionales democráticos, las normas de Derecho Constitucional se definen como auténticas normas jurídicas, traducibles en mandatos concretos cuyo incumplimiento es susceptible de una sanción*[4]*.* Es decir, los preceptos de la Carta Magna no son meros principios que invitan a los poderes públicos a actuar de determinada forma, por el contrario son verdaderas normas jurídicas, unas con más trascendencia que otras, pero que finalmente, todas imponen comportamientos y modos de actuar de forma imperativa y sin que esté sujeto al arbitrio de los poderes públicos, a menos que la propia Constitución así lo prevea.

Dentro del tema de la vulneración a la Constitución, Fernández Rodríguez sostiene que la infracción de las normas jurídicas tiene dos causes de manifestación de la voluntad humana: el primero de ellos, refiere que es el ataque activo, producto de la actuación de un sujeto de Derecho; y, el segundo, indica que se refiere a la agresión pasiva emanada de una inactividad del sujeto transgresor.[5] De ahí, que se permita localizar y situar la naturaleza de la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

[3] *Ibidem,* p. 129.
[4] López Guerra, Luis, *Introducción al Derecho Constitucional,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 22.
[5] Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.* nota 1*,* p. 132.

Otro argumento se centra en *la supremacía de la Constitución*[6]*,* ya que al considerarla como norma suprema del ordenamiento jurídico de un Estado, obliga y vincula a todos, a las personas que en ese momento transiten por el territorio del Estado, a los gobernados, a los ciudadanos, a los gobernantes, a los órganos del poder. Por lo que, pasar por alto una infracción cometida en contra de la Norma Fundamental ya sea, entre otras, a través de la acción indebida de un órgano del poder, la emanación de una ley que contradice su contenido, o bien la omisión de aquello a lo que ella obliga, sería entonces, atentar en definitiva a su propia supremacía.[7]

Otro argumento positivo es el que Fernández Rodríguez define como *la imposición del poder constituyente.*[8] La tradicional visión del poder constituyente, lo presenta como absoluto y al margen de todo control, es decir, es un poder autónomo, que cuenta con la representación no sólo popular, sino de una Nación. A juicio del autor es menester diferenciar entre el poder constituyente y los poderes constituidos; afirma que la Constitución debe poseer determinado contenido y ser obra de un poder constituyente distinto a los poderes constituidos; de igual manera refiere que *la separación que se produce entre el poder constituyente y los poderes constituidos no se restringe al momento de la proclamación de la Ley Básica, sino que se perpetúa a lo largo del tiempo hasta que el cambio constitucional traiga consigo la aparición de un nuevo poder constituyente.*[9] Lo anterior, tiene como finalidad dejar claro que toda obra del poder constituyente, conlleva a la obligatoriedad de llevar a cabo todas y cada una de las actuaciones positivas que estableció dicho poder constituyente al elaborar

[6] *Ibidem,* p. 134.
[7] Al respecto Néstor Pedro Sagüés, afirma que: *Si la Constitución se define como suprema, esta supremacía declinaría en su vigor y genuino sentido si quedara al arbitrio absoluto de un órgano del poder constituido, quien al omitir su deber constitucional, bloquearía a la cláusula constitucional respectiva.* Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional 1. Recurso extraordinario,* 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 170.
[8] Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.* nota 1*,* p. 139.
[9] *Ibidem,* p. 140.

la Constitución, ya que la misma recoge valores, ideas y convicciones que caracterizan al pueblo.

De la misma manera, otro argumento a favor para aceptar la inconstitucionalidad por omisión legislativa lo es la *función de la Constitución*[10]*.* En la actualidad dicha Norma Fundamental no sólo racionaliza y limita el poder, sino que incluye principios estructurales que rigen la vida del Estado y posee también proyectos, programas y políticas públicas de actuación que para su concretización se necesita del actuar de los poderes públicos. Por ello es que las Constituciones cada día amplían sus contenidos para intentar cumplir con las pretensiones de una sociedad en constante cambio, surgiendo de la misma manera nuevas formas de interpretación del texto constitucional a efecto de colmar dichas pretensiones. En la actualidad, no se puede conservar una Constitución estática, y con ello no se aplaude la idea de crear nuevos textos constitucionales cada que la sociedad y la Nación misma evoluciona, sino se trata de permear a todos los agentes del Estado de una creatividad, la cual tendía como único fin el de llevar a cabo el proyecto de construcción socio-político que toda Ley Fundamental atesora en su interior.

En el mismo tenor de ideas, un factor insoslayable a favor de la inconstitucionalidad por omisión legislativa lo son los *valores constitucionales.* Es innegable que en la actualidad las Constituciones gozan de una carga valorativa importante, no interesando todas las grandes teorías que al respecto existen. Cabe destacar que dichos valores son utilizados, entre otros, por la jurisprudencia y la legislación como fundamentación y motor de su actuar, además su proyección al resto del ordenamiento también resulta evidente; algunos se traducen en formulaciones de índole general que no persiguen un concreto desarrollo ulterior sino que tratan de invadir el mundo de la aplicación del Derecho, pero otros, sí exigen un desarrollo posterior concreto, produciéndose así un encargo al legislador.

[10] *Ibidem,* pp. 143-144.

Finalmente, como último argumento a favor de la inconstitucionalidad por omisión es la existencia de determinado tipo de normas constitucionales llamadas *los encargos al legislador.* Según Fernández Rodríguez, este argumento es el más poderoso y el que en realidad justifica a la omisión inconstitucional. Desde el punto de vista estrictamente técnico la presencia de este tipo de normas, exigen por naturaleza una concreta intervención legislativa posterior, con el fin de obtener su complitud y por lo tanto la aplicabilidad y eficacia que buscan. Para el autor en cita, los encargos al legislador son *aquellas normas constitucionales de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ella contenida, resulta de obligatorio y concreto desarrollo para que cobre eficacia plena;*[11] así se puede advertir que su naturaleza es sencilla que puede resumirse en la existencia de preceptos constitucionales que generan la obligación de un concreto desarrollo legislativo posterior. Por lo tanto, en la medida en que el legislador se halla vinculado por estas prescripciones tiene que proceder a su desarrollo; este desarrollo legislativo tiene que ser un ejercicio libre dentro del marco constitucional.

Una primera tipología de los encargos al legislador, son los encargos implícitos y los explícitos. Los primeros son aquellos que contemplan la necesidad de desarrollo en la medida en que resulta imprescindible para dotar de eficacia plena a esa norma, pero sin que conste una formulación literal; los segundos son aquellos que prevén en su literalidad la necesidad de expedir una ley de desarrollo.[12]

No obstante la anterior clasificación general, *el encargo al legislador* se puede originar por otras vías, tal como la evolución en la interpretación de una norma determinada, motivada tanto por cuestiones jurídicas como sociales e ideológicas, que dan lugar a algo que antes no era imprescindible. Otra forma de originarse esos encargos es por el tipo de obligación que generan, ya sea una de

[11] *Ibidem,* pp. 146-164.
[12] *Idem.*

desarrollo sustantivo o de un simple procedimiento de aprobación.[13] A pesar de que es factible seguir distinguiendo a los encargos al legislador en base a diferentes criterios, ello no afecta al carácter vinculante que poseen con la supremacía del texto constitucional.

3.1.2. Argumentos generales en contra de la Omisión Legislativa

Existen algunas razones que surgen en contra de la figura que aquí se estudia, no todo se inclina a la admisión en un ordenamiento de la inconstitucionalidad por inactividad del Poder Legislativo.

El primer argumento en contra de la aceptación de la omisión legislativa lo es la inexistencia de una previsión expresa de dicha figura en el seno del ordenamiento constitucional. En la actualidad, la mayoría de las Normas Fundamentales carecen de las vías necesarias para proceder al control de este tipo de vulneraciones, aunado a la complejidad de la naturaleza de la omisión legislativa. Al respecto el autor Javier Pérez Royo afirma que *cuando hablamos de inconstitucionalidad por omisión estamos hablando en un sentido figurado y no haciendo referencia a un fenómeno real del universo jurídico en el que nos movemos… … la inconstitucionalidad por omisión es una creación doctrinal que no tiene traducción en el Derecho positivo.*[14]

Es innegable que la falta de mecanismos de control debidamente expresos en la ley es una razón de peso para no aceptar la omisión legislativa, no obstante dicha razón no debe considerarse como determinante ya que se estaría en presencia de una visión reduccionista de este gran fenómeno jurídico, dejando fuera tanto a los aportes jurisprudenciales como a los avances doctrinarios al respecto.[15]

[13] *Idem.*
[14] Pérez Royo, Javier, "Inconstitucionalidad por omisión", *Enciclopedia Jurídica Básica,* Madrid, Civitas, 1995, vol. II, p. 3051.
[15] Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.* nota 1, p. 166.

Otro argumento es contra de la figura que se estudia es *la libertad de conformación del legislador;* expresión que se traduce en el margen de maniobra temporal, espacial y material que ostentan los titulares del Poder Legislativo para articular el programa constitucional y que es muy diferente al esquema que opera en la relación Ley-Administración. Al respecto Fernández Rodríguez afirma que esa libertad no debe ser entendida como un evidente permiso para el legislador amparado en la mayoría parlamentaria-gubernamental de turno, sino que esa libertad debe de ser reducida a la normatividad de la Constitución, es decir, es necesario hacer compatible el lícito margen de maniobra del legislador ordinario y el principio de supremacía constitucional, provocando así que no esté excluida la inconstitucionalidad por omisión, y más tratándose de derechos humanos.[16]

Uno de los argumentos más fuertes al momento de rechazar la inconstitucionalidad por omisión legislativa consiste en afirmar que se atacaría el principio de división de poderes.[17] Fernández Rodríguez afirma que el equilibrio entre el Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial quedaría roto por la introducción en un ordenamiento de la figura de la inconstitucionalidad por omisión, atendiendo a dos aspectos: el primero, que uno de esos poderes sería el órgano de justicia constitucional que decidiría, en base a diferentes componentes, la inconstitucionalidad por omisión; y, segundo que el Tribunal que resolvería estos casos (Poder Judicial, sistema difuso; Tribunal Constitucional, sistema concentrado), con la emisión de normas provisionales, hasta en tanto el Poder Legislativo dictara las disposiciones correspondientes que cumpliesen con la obligación de desarrollo constitucional, estaría invadiendo funciones propias del Poder Legislativo. Asimismo, señala que el anterior razonamiento es demasiado rígido ya que la emisión de normas con carácter de provisionales por parte de

[16] *Idem.*
[17] *Ibidem,* p. 171.

órgano jurisdiccional no es la única forma de solución a la inactividad del legislador.[18]

Otro argumento en contra es la inadecuación de los encargos al legislador, ya que en la actualidad las élites de poder, los líderes económicos buscan, ya sea de manera consiente o no, la instauración de pretensiosos objetivos que pueden alterar el orden constitucional y de cierta manera pueden llegar a desplazar a todos aquellos valores que dieron existencia a la norma fundamental. En base a lo anterior, se pueden producir lo que se llama como encargos desmedidos al legislador, dotados de una fuerte idea de obligatoriedad, con la ayuda de poderes fácticos, con el deseo de que no se frustre la construcción de la futura realidad previamente diseñada a beneficio de los propios arquitectos. No obstante, Fernández Rodríguez advierte que este razonamiento para operar como crítica, tiene que estar referido a casos muy particulares y debidamente contextualizados.[19]

Finalmente, como argumentos en contra de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, tenemos a todos aquellos *factores extrajurídicos* que pueden ser de diversa índole: las variables económicas, aspectos sociológicos y políticos, etc. Al respecto cabe resaltar que todos esos aspectos son ajenos al Derecho pero que gravitan sobre el mismo.

La anterior exposición tanto de argumentos a favor como en contra de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, lleva a defender la posibilidad de que se introduzca dicha figura en el ordenamiento constitucional federal. Para ello se procederá a analizar lo relativo a su inmersión dentro de la legislación nacional.

3.2. Control jurisdiccional de la inactividad legislativa

Una vez establecidas en el capítulo anterior, las generalidades de la omisión legislativa, ahora toca preguntarse respecto a su control jurisdiccional. Son a las

[18] *Ibidem,* p. 173.
[19] *Ibidem,* p. 175.

autoridades del Estado, pero más a los órganos del control a quienes les debe de competer garantizar el respeto y cumplimiento de todos y cada uno de los preceptos constitucionales; y en el ejercicio de sus funciones deben ser responsables al detectar alguna situación contraria a la Constitución, en este caso la relativa a la inercia o pasividad del legislador. Ese control que se debe de ejercer puede ser de forma directa o indirecta.

Como se ha precisado con antelación la inconstitucionalidad por omisión existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace. Marco Gómez Puente señala que la detección de esa inactividad legislativa parte de una actividad aplicativa e interpretativa de las normas que vinculan la actuación legislativa e imponen los referidos deberes positivos. Además dice que de esas normas, es la Constitución la que presenta el mayor peso específico aunque ello no se corresponda siempre con una mayor explicitud de sus prescripciones, y que es así que muchos deberes se hallan implícitos en construcciones técnicas como la del contenido esencial de los derechos, las garantías institucionales o los principios rectores, que son los que hacen de la Constitución hasta cierto punto flexible.[20] Por lo tanto, de esta manera se vinculan la actividad legislativa, los valores, los objetivos y los elementos esenciales del modelo constitucional de Estado, sin impedir el desarrollo de una política legislativa propia de la voluntad del legislador.

Apunta Gómez Puente que el control jurisdiccional de la inactividad legislativa comienza por su misma constatación mediante la declaración y concreción de deberes constitucionales de legislar, tarea que como se ha mencionado, corresponde al órgano de control respectivo.[21]

Existen varios elementos con relación a cómo un órgano de control puede llegar a conocer y en su momento juzgar la constitucionalidad o

[20] Gómez Puente, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control,* Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 85.
[21] *Idem.*

inconstitucionalidad de las omisiones legislativas. El primero de ellos, es que los órganos de control no actúan de oficio, de manera que su intervención debe ser suscitada de parte por quien tenga legitimación para ello; el segundo, sería que la legitimación exigida guarda relación con la naturaleza de la actividad jurisdiccional que se solicita ante el propio órgano de control; en tercer lugar, se tiene que esa actividad tiene, por regla general, carácter revisor, es decir, que se extiende siempre sobre un acto anterior al que se imputa la infracción constitucional y que constituye objeto procesal de conocimiento; finalmente, en cuarto sitio, la competencia del órgano de control se ejerce a través de unos procedimientos concretos y tasados. Por ello, se advierte que la conjunción de estas circunstancias va a reducir en buena medida la posibilidad de que el órgano de control conozca situaciones de omisión legislativa.

Antes de comenzar con indagar qué tratamiento es el que deben de seguir las omisiones legislativas, se hablara de ciertos conceptos que servirán para esclarecer el tema que se trata.

La constitucionalidad del orden jurídico se basa en que debe prevalecer el principio de supremacía constitucional en la legislación nacional. La supremacía constitucional es la base y justificación de toda la producción legislativa y directriz de la realidad político-social realizada conforme a la norma fundamental del Estado. Este principio responde a lo establecido en su momento por Kelsen que señalaba en su *Teoría pura del derecho* que:

> *Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundamental básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de una manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico.*[22]

En el mismo tenor de ideas, la autora Xochitl Garmendia Cedillo[23] afirma que:

[22] Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho,* México, Porrúa, 1993, p. 205.
[23] Investigadora del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la H. Cámara de Diputados.

> *el principio de supremacía de la Constitución y el control de la constitucionalidad, tienen un estrecho vínculo, ya que, mientras la supremacía constitucional se encarga de ser el parámetro para que ningún acto de autoridad, ley o tratado pueda contravenir la ley fundamental, aparece otra figura jurídica que lo que pretende es mantener la constitucionalidad de las leyes el control o la jurisdicción constitucional, el que se encarga de hacer efectivo dicho principio, al otorgar los mecanismos efectivos para garantizar la supremacía constitucional*.[24]

Es decir, para que la Constitución conserve su supremacía, requiere la existencia de procesos constitucionales destinados a fortalecer las instituciones aseguradas y organizadas en el texto constitucional, así como el control de las leyes que emanan del Congreso. Es por ello que el tener un control efectivo de la constitucionalidad significa fortalecer el Estado de Derecho y mantener su integridad.

Siguiendo a la Maestra Garmendia Cedillo, estos procesos constitucionales destinados a fortalecer el texto constitucional, son llamados *sistemas de control constitucional*, los cuales se clasifican en:

1) *Por la naturaleza del órgano encargado del control constitucional*
   a) *control por órgano político*
   b) *control por órgano jurisdiccional.*
2) *Control constitucional por vías de acción y de excepción.*
   a) *Por vía de acción o directa: Se realiza a través de la impugnación del acto sancionado por una ley o disposición supuestamente violatoria de la Constitución, dentro de un proceso jurisdiccional previamente establecido por el Poder Judicial para que se determine su nulidad.*
   b) *Por vía de excepción, indirecta o incidental: Se desenvuelve a manera de defensa en un juicio o procedimiento previamente planteado, en el cual alguna de las partes reclama la inconstitucionalidad de una norma y del acto que ésta funda y le resulta perjudicial; la revisión judicial estadounidense es el ejemplo típico de esta forma de control constitucional.*
3) *Conforme al número de órganos que lo ejercen*
   a) *Concentrado: Se distingue por el hecho de que un solo órgano es el competente para examinar una ley o acto, y determinar su conformidad con lo estipulado en la ley fundamental, al cual puede otorgarse la denominación de "tribunal constitucional", "corte constitucional" u otra similar. Es únicamente este órgano quien tiene facultades para analizar y determinar que una determinada ley o acto contraviene lo dispuesto en la Constitución y privarlo de todo efecto jurídico.*

[24] Garmendia Cedillo, Xochitl, *Control Difuso y Control Convencional de Constitucionalidad;* documento disponible en www.tfjfa.gob.mx/.../pdf/controldifusoycontrolconvencional.pdf.

b) Difuso: Este sistema implica que son múltiples los órganos a quienes se les ha encomendado la misión de velar por la eficacia de la Constitución. El control difuso podría manifestarse de diversos modos: a) Otorgando exclusivamente a los órganos jurisdiccionales la facultad de estudiar la constitucionalidad de una ley o acto, y b) Otorgando además dicha facultad a las autoridades administrativas, en relación con su propia actuación y la de sus subalternos a través de los medios de impugnación ordinarios; aunque en general únicamente se entiende por control difuso al primer supuesto.

4. *Por la orientación de la interpretación constitucional que requieren*
   a) *Abstracto: Este control sólo es aplicable a normas generales ordinarias, estriba en la mera comparación entre éstas y los preceptos de la Constitución, con el fin de determinar si contravienen o no, las disposiciones contenidas en la norma suprema, con absoluta independencia de su modalidad de aplicación.*
   b) *Concreto: Implica la existencia de un caso específico de aplicación de una norma general, que afecta a determinados sujetos con diversas particularidades que lo singularizan.*[25]

3.3. Control abstracto y concreto de las omisiones legislativas inconstitucionales

Ahora bien, con independencia de cuál sea la vía que se utilice, para el estudio de las inconstitucionalidades por omisión legislativa, es preciso indicar que de todos los mecanismos arriba señalados, dos son los que interesan: *a) Control abstracto,* que opera como un control similar a la acción genérica de inconstitucionalidad, encaminada a regular el orden jurídico, de modo que no se atienden a casos particulares y por tanto no requieren de algún tipo de interés jurídico para su ejercicio; y, *b) Control concreto,* que su especial interés es la resolución de un caso específico, donde existe un sujeto afectado directamente por la omisión legislativa.[26]

3.4. Vías procesales para el análisis de la omisión legislativa inconstitucional

Laura Maribel Rangel Hernández refiere que el tratamiento procesal que se le ha dado a la inconstitucionalidad por omisión legislativa en diferentes órganos

[25] *Idem.*
[26] Rangel Hernández, Laura Maribel, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México,* México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, p. 117.

jurídicos, atendiendo a la idea de si cuentan o no con un proceso jurisdiccional que acoja este tipo de vicios constitucionales, puede dividirse en dos grandes grupos: el primero, conformado por todos aquellos regímenes jurídicos que tienen la solución de derecho positivo para su corrección, ya sea ampliando la procedencia de la acción abstracta de inconstitucionalidad o adoptando una acción específica determinada para su tratamiento; y el segundo, integrado por todos aquellos órdenes que no tienen previsión específica al respecto.[27]

Alrededor del mundo, la omisión legislativa ha sido analizada y resuelta de diferente manera y bajo diversos criterios, sin embargo, en muchos lugares se coincide en que se trata de una figura que efectivamente vulnera la Constitución, y por ello se le ha dado un tratamiento específico, ya sea mediante algún mecanismo procesal instituido o no.

No obstante que los diferentes mecanismos sean estudiados en capítulos posteriores, de manera general, puede señalarse que por una parte se encuentra la acción de inconstitucionalidad por omisión que pretende garantizar en forma abstracta y genérica la plena aplicabilidad y eficacia de la normativa constitucional, sin que sea necesaria la existencia de una vulneración directa a un derecho constitucional de un individuo. Es por ello que esta acción está reservada a los órganos del Estado, y es procedente en los casos en que no se lleven a cabo actos de creación normativa requeridos para volver plenamente aplicables normas constitucionales que postulan una norma posterior o que requieren de ésta para tornarse plenamente aplicables y eficaces.[28]

Por otra parte, se tiene lo que en el derecho de Brasil se le llama mandato de ejecución o de obligación, el cual procede cuando la falta de norma reglamentaria o que desarrolle un precepto constitucional vuelva inviable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales. Esta acción puede ser

[27] *Ibidem,* p. 118.
[28] Báez Silva, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México,* México, Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, p. 41.

ejercitada por todo aquel titular de derechos fundamentales y se requiere la verificación de un agravio personal y directo a los derechos fundamentales de algún individuo.[29]

Por su parte, en España la omisión legislativa ha sido analizada y resuelta a través de la cuestión de inconstitucionalidad, recurso de amparo y recurso de inconstitucionalidad.[30]

En tanto que Portugal, Venezuela, las provincias argentinas de Tucumán y Río Negro han adoptado una acción especial para la corrección de la inconstitucionalidad por omisión legislativa.[31]

Adicionalmente, en Estados Unidos de Norteamérica se han adoptado dos formas de enfrentar lo que allá se denomina *obstrucción legislativa* que los Tribunales Federales han encontrado frente a los Parlamentos estatales y locales: en estos casos se ordena al cuerpo legislativo a promulgar las normas omitidas, o bien el Juez procede a dictar por sí mismo, en su sentencia, la legislación requerida, a lo que se le conoce como *legislative injuction.*[32]

En México, tanto a nivel federal como local, el tratamiento de la omisión legislativa ha sido diferente; al respecto, el autor César Astudillo realiza en la obra coordinada de Miguel Carbonell titulada *En busca de las Normas Ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión,* el siguiente razonamiento:

> *… la omisión legislativa, es decir, aquella abstención del legislador que impacta negativamente en la debida actuación de los mandatos constitucionales puede abordarse dentro de un proceso constitucional e, igualmente, como un proceso constitucional. Dentro del proceso, en virtud de que la Corte ha empleado uno de los instrumentos de tutela constitucional de que dispone, la controversia constitucional, para pronunciarse sobre la omisión, a pesar de que su finalidad primera no se encuentra dirigida a constatar la inactividad legislativa, sino a definir el sistema de competencias y atribuciones de la Constitución; sin embargo, su empleo ha resultado indispensable, pues la inexistencia de una o más normas, o la falta de realización de un acto concreto es justamente la causa de que una disposición o acto de autoridad se encuentre viciado y sea declarado inconstitucional. Como proceso aparece en aquellos sistemas de justicia*

[29] *Idem.*
[30] Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.*, nota 25, p. 119.
[31] *Idem.*
[32] *Idem.*

> *constitucional local en donde se ha incorporado un concreto y específico proceso constitucional para conocer directa y exclusivamente sobre la inconstitucionalidad de la inercia del legislador.*[33]

Cabe destacar aún y cuando el tema de la omisión legislativa se ha trasladado al campo jurídico, es un tema que importa en demasía a la clase política, pero se considera que es tiempo de que esa clase política conciba al problema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la omisión legislativa, como algo eminentemente normativo, y por tanto corresponde su control a la justicia constitucional. Luego entonces, es al juzgador de constitucionalidad al que corresponde el conocimiento y control de las omisiones legislativas cuando y sólo cuando se sospecha que tal omisión legislativa genera una infracción a la Constitución en el sentido de tornar ineficaz e inaplicable una norma constitucional que requiere de desarrollo legislativo para alcanzar eficacia plena, existiendo para ello un mandato del Constituyente en ese sentido.

3.5. Soluciones previstas para la inconstitucionalidad por omisión legislativa

Uno de los principales problemas de la inconstitucionalidad por omisión legislativa es su solución, así como los efectos que la misma conlleve. Como se ha mencionado son pocos los países que han adoptado en su derecho positivo posibles soluciones, ya sea a través de la acción por omisión legislativa o bien la acción directa de inconstitucionalidad. No obstante dichas soluciones, existen otras más así como toda una serie de alternativas que son utilizadas en aquellos países cuyos órdenes jurídicos no cuentan con la regulación expresa para la corrección de las omisiones legislativas.

[33] Astudillo, César, "La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México" en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión,* México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 269.

Siguiendo a Carlos Báez Silva, básicamente son tres conductas las que la doctrina reconoce para resolver la inconstitucionalidad por omisión legislativa, sean de derecho positivo o no, y las resume de la siguiente manera:[34]

a) Reglamentar o desarrollar directamente la norma constitucional ineficaz, o al menos dictar bases generales de operación o aplicación directa de la misma.
b) Invitar al órgano legislativo para que en un plazo razonable emita la legislación necesaria.
c) Declarar que la omisión es inconstitucional, además de considerar que la falta de reglamentación provoca una laguna en el orden normativo y finalmente, integrar el orden normativo lagunoso.

3.5.1. Soluciones de derecho positivo

Al respecto, Néstor Pedro Sagüés presenta una propuesta interesante de soluciones de derecho positivo adoptadas por Tribunales Constitucionales a lo largo del tiempo:

3.5.1.1. Denuncia

Señala Sagüés, que una vez constatada la inconstitucionalidad por omisión legislativa, es necesario que la autoridad jurisdiccional realice la denuncia ante un órgano o autoridad superior, o bien que tenga la facultad de adoptar medidas en relación a la omisión legislativa. Por lo que en tal supuesto, el sujeto-control de la supremacía constitucional detecta la mora legislativa en que incurre ese órgano del Estado e informa a un cuerpo estatal superior para que adopte alguna medida. Tal criterio fue adoptado por el artículo 377 la Constitución Yugoslava de 1974 *(ahora ex-República Socialista Federativa de Yugoslavia)*, donde el Tribunal de Garantías Constitucionales comunicaba a la asamblea de la República la

[34] Báez Silva, Carlos, *op. cit.,* nota 27, p. 42.

renuencia de un órgano que no hubiere dictado las normas de ejecución previstas por la Constitución federal, o por las leyes y otras disposiciones y actos generales federales.[35] Dicho numeral disponía lo siguiente:

> *Si el tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de las disposiciones de esta Constitución, de las leyes federales, y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, dará conocimiento de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia.*[36]

Al respecto, Fernández Rodríguez señala que este precepto de buena manera asume un concepto de inconstitucionalidad por omisión que gira en torno a la falta de desarrollo que imposibilita la ejecución de las disposiciones de la Carta Suprema. Además añade la carencia de ejecución de leyes federales y de prescripciones federales y actos generales.[37] También del anterior numeral se desprende la doble labor del Tribunal de Garantías Constitucionales, que son, en primer lugar la de constatar la omisión, y en segundo lugar, la de informar al órgano legislativo. Asimismo, es destacable que la regulación llega hasta la *denuncia,* por lo que se entiende que es una medida sin coacción jurídica, quedando dicha inactividad legislativa en el terreno político.

3.5.1.2. Recomendación

En esta opción, refiere Sagüés que el órgano del control se circunscribe a recordar al órgano renuente que sancione las normas faltantes, que según la Constitución tiene que pronunciar;[38] es decir, que el Tribunal Constitucional, donde lo hubiere o bien el órgano de control hace patente la existencia de la omisión legislativa inconstitucional y exhorta o invita al cuerpo legislativo omiso que emita la

[35] Sagüés, Néstor Pedro, "Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol,* Buenos Aires, núm. 58/59, 2007, p. 255.
[36] Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.,* nota 23, p. 122.
[37] Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.* nota 1, p. 246.
[38] Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 35, p. 255.

normatividad faltante. El ejemplo de esta alternativa es palpable en el ya derogado artículo 279 de la Constitución de Portugal, que sostenía:

> *Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable.*[39]

Como se puede apreciar, esta recomendación que emitía el Consejo de la Revolución era simplemente declarativa, exenta de coacción, pese al poder, que, a nivel jerárquico, tenía en ese momento dicho Consejo.

3.5.1.3. Llamado de atención

El vigente artículo 283 de la Constitución de Portugal puntualiza que el Tribunal Constitucional, a requerimiento del Presidente de la República o del Proveedor de Justicia, o bien, en algunos casos, los presidentes de las asambleas regionales, cuando constaten el incumplimiento de la Constitución por omisión de medidas legislativas, lo hará saber al órgano moroso.[40] El artículo referido dispone:

> *1. A requerimiento del presidente de la República, del defensor del pueblo o, con fundamento en una violación de los derechos de las regiones autónomas o de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales.*
> *2. En el supuesto de que el Tribunal Constitucional verificase la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente.*[41]

Así como se encuentra configurada la omisión legislativa en el ordenamiento jurídico portugués, se presenta como un control de la constitucionalidad que no tiene asegurada virtualidad práctica, ya que el conocimiento de las omisiones al órgano legislativo no presenta coacción alguna que no sea la política pese a los actuales perfiles jurídicos.

[39] Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.,* nota 23, p. 122.
[40] Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 35, p. 255.
[41] Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.,* nota 23, p. 122.

3.5.1.4. Intimación

Sagüés advierte que este supuesto se refiere a planificar una acción ante el Supremo Tribunal Federal, y si éste declara la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para tornar ejecutable a una norma constitucional, da conocimiento al órgano renuente, pero tratándose de un órgano administrativo, fija un plazo de treinta días para que realice la tarea faltante.[42] En este apartado la Constitución faculta al órgano jurisdiccional para que una vez declarada la inconstitucionalidad por omisión legislativa, establezca un plazo al legislador omiso para que emita las normas respectivas, y eventualmente le indique las líneas generales que debe seguir para que las nuevas normas sean acordes con la Carta Magna. Este tipo de solución de derecho positivo puede ser encontrada en las Constituciones de los países de Brasil y Venezuela, así como en las Cartas Fundamentales estatales de las entidades Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo y Coahuila, todos de México.

Así pues, el artículo 103, inciso 2, de la Constitución de Brasil indica:

> *Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose* de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días.[43]

En el mismo tenor la Constitución de Venezuela, en su artículo 336, número 7, no sólo estipula el plazo sino además determina que el órgano jurisdiccional señalará la forma general en que ha de emitirse la norma omitida:

El referido artículo señala:

> *Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 1… 2… 3… 4… 5… 6…* ***7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estadal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y***

[42] Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 35, p. 255.
[43] Márquez Romero, Raúl, *Constitución de la República Federativa de Brasil,* México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 65, *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1875.*

> ***establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.*** *8… 9… 10… 11...*[44]

Ahora bien, en territorio nacional, la Constitución del Estado de Tlaxcala en su numeral 81, fracción VI, indica:

> *ARTÍCULO 81. El pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como Tribunal de Control Constitucional del Estado, conocerá de los asuntos siguientes: I… II…III. IV… V…* ***VI. De las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, Gobernador y ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las leyes.*** *El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el Estado. Al admitirse la demanda, se ordenará correr traslado a la responsable y al Director del Periódico Oficial del Gobierno del Estado, para que rindan sus informes. Se celebrará una audiencia de pruebas y alegatos e inmediatamente después se dictará la resolución correspondiente.* ***De verificarse la omisión legislativa, se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta sentencia, será motivo de responsabilidad****. En lo conducente, serán aplicables a esta acción lo establecido en los incisos d), e), f), g) e i), de la fracción anterior, y VII. De las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por los órganos jurisdiccionales cuando consideren de oficio o a instancia de parte, en algún proceso, que una norma con carácter general, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, en los términos que establezca la ley.*[45]

Por su parte, el texto de la Constitución de Chiapas del año 2002, preveía en su artículo 56, fracción III, lo siguiente:

> *Artículo 56.- La Justicia del Control Constitucional Local se erige dentro del régimen interior del Estado, como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de ésta Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional. El Control Constitucional Local tiene por objeto dirimir de manera definitiva e inatacable los conflictos constitucionales que surjan dentro del ámbito interior del estado, conforme a este artículo, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Para el cumplimiento de las atribuciones del Control Constitucional Local señaladas en las fracciones I y II del artículo 51 de esta Constitución, el Pleno de la Sala Superior del Supremo Tribunal de Justicia en su carácter de Tribunal del Control Constitucional conocerá y resolverá, en los términos que establezca la ley, con excepción de los electorales, de los medios de control constitucional siguientes: I.- … II.- … III.-* ***De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta constitución****, que interponga: a) El Gobernador del Estado; o b) Cuando*

[44] Documento disponible en*: http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm*
[45] Documento disponible en: *http://www.tsjtlaxcala.gob.mx/leyes.htm*

> *menos la tercera parte de los miembros del Congreso. c) Cuando menos la tercera parte de los Ayuntamientos. La resolución que emita el Pleno de la Sala Superior que decrete la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial del Estado**; en dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos ordinarios de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva**…*[46]

De la misma manera, la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza, en su numeral 88 se establece lo siguiente:

> *Artículo 88. Los efectos especiales de las sentencias que resuelven acciones de inconstitucionalidad. Las sentencias estimatorias de acciones genéricas de inconstitucionalidad que resuelvan sobre disposiciones generales del Estado o de los Municipios u otra entidad, tendrán fuerza de cosa juzgada y efectos invalidatorios. Vincularán a todos los órganos estatales y municipales y producirán efectos generales a partir de la fecha que determine el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado. Cuando el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado verifique la existencia de inconstitucionalidad por omisión, **lo comunicará al órgano competente para que en un plazo razonable, dicte las disposiciones legislativas necesarias que permitan se aplique el precepto de la Constitución falto de reglamentación, pero en todo caso expedirá los principios, bases y reglas normativas a regular conforme a su fallo**.*[47]

Finalmente, la Constitución del Estado de Quintana Roo establece en su artículo 105, fracción III, lo siguiente:

> *ARTÍCULO 105.- Para el cumplimiento de las atribuciones señaladas en la fracción VIII del Artículo 103 de esta Constitución, el Tribunal Superior de Justicia contará con una Sala Constitucional y Administrativa, integrada por un Magistrado numerario, que tendrá competencia para substanciar y formular, en los términos de la Ley respectiva, los correspondientes proyectos de resolución definitiva que se someterán al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, en los siguientes medios de control: I… II… III. De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que la Legislatura del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna Ley o Decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, siempre y cuando sean interpuestas por: A) El Gobernador del Estado; o B) Un Ayuntamiento del Estado. La resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia que decrete el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial del Estado. REFORMADO P.O. 02 JUL. 2008. **En dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la Ley o Decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el período ordinario que curse o el inmediato siguiente de la Legislatura del Estado; pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite.** La Sala Constitucional y Administrativa, de oficio o a petición de parte, también conocerá de las contradicciones de tesis que se*

[46] Documento disponible en*: www.sspc.chiapas.gob.mx/documentos/constitucion-chiapas.pdf*
[47] Documento disponible en: *http://www.congresocoahuila.gob.mx/archive/leyesestatalesvigentes/directorioleyes.cfm*

> *contengan en las resoluciones de las demás salas, debiendo presentar el proyecto al Pleno del Tribunal para los efectos de la fracción IX del Artículo 103 de esta Constitución. La Ley establecerá los términos en los que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia emita jurisprudencia, sobre la interpretación de Leyes, decretos y reglamentos locales, así como los requisitos para su interrupción y modificación.*[48]

3.5.1.5. Cobertura

Esta forma de solución se caracteriza por el hecho de que una vez constatada la inconstitucionalidad por omisión legislativa, el órgano jurisdiccional dictará las bases temporales para su solución, mientras que se expide la ley en cuestión.

Néstor Pedro Sagüés indica que esta acción particularmente se encuentra prevista en el artículo 5, inciso LXXXI, de la Constitución de Brasil, que aparte de la acción de inconstitucionalidad tratada en el ya citado artículo 103, inciso 2, diseña también un mandato de ejecución en favor del perjudicado, el cual también incluye una orden judicial para que se satisfaga el derecho en juego paralizado por la falta de una ley reglamentaria que torne operativa a la cláusula constitucional programática.[49]

El citado numeral 5, inciso LXXI, establece lo siguiente:

> *Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaliza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: … LXXI. Se concederá "mandato de injuncao" siempre que por falta de norma reguladora, se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía.*[50]

Por su parte, la nueva Constitución de Ecuador de 2008 (aprobada por referéndum el 28 de septiembre de 2008), dispone en su artículo 436, inciso 10º, que la Corte Constitucional, diseñada como órgano extra poder, tiene competencia para:

> *… declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, de forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la*

[48] Documento disponible en: *http://www.congresoqroo.gob.mx/*
[49] Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 35, p. 256.
[50] Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.* nota 1, p. 288.

> *constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.*[51]

En territorio nacional, otra alternativa es la establecida en el artículo 65, fracción III de la Constitución del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave:

> *…La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto.*[52]

Finalmente, en el Estado de Chiapas y posterior a la reforma constitucional del 2007, el artículo 63, fracción III, parte in fine, establece:

> *La resolución que emita el Tribunal Constitucional que decrete la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial; en dicha resolución se determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva la omisión correspondiente. Tratándose de legislación que deba de aprobarse por el mismo Congreso del Estado, por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de la Constitución Local, si el Congreso del Estado no lo hiciere en el plazo fijado, el Tribunal Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso del Estado subsane la omisión legislativa.*[53]

3.5.1.6. Resarcimiento

Este caso es muy particular, debido a que incluye varias de las soluciones antes mencionadas, ya que una vez constatada la omisión legislativa, se fija un plazo para la expedición de la norma, pero ante el incumplimiento, la Constitución faculta a determinado órgano a cubrir el vacío y cuando esto no fuera posible a establecer un resarcimiento económico en favor de la parte que promovió.

Este tipo de solución la contempla el artículo 207 de la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina, cuyo artículo dispone:

> *Artículo 207 El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones: 1. Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver*

[51] Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 257.
[52] Documento disponible en: *http://www.legisver.gob.mx/?p=ley*
[53] Documento disponible en: *http://www.consejeriajuridica.chiapas.gob.mx/*

> *acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución y que se controviertan por parte interesada. En la vía originaria podrá promoverse la acción sin lesión actual. 2. Ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: a. En las causas que le fueran sometidas sobre competencia y facultades entre poderes públicos o entre tribunales inferiores, salvo que éstos tengan otro superior común. b. En los conflictos de poderes de los municipios, entre distintos municipios o entre éstos con autoridades de la Provincia. c. En los recursos de revisión.* ***d. En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme la perjuicio indemnizable que se acredite. 3. Ejerce jurisdicción como tribunal de última instancia en los recursos que se deduzcan contra los fallos de los demás tribunales inferiores, acordados en las leyes de procedimiento.***[54]

Esta solución se encuentra muy completa, ya que la norma bajo examen establece que el órgano constitucional tiene competencia en las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado. Además señala que la demanda aparte de que está exenta de cargos fiscales, puede ser ejercida por quien se sienta afectado en su derecho, ya sea individual o colectivo. El órgano de control fija el plazo para que se subsane la omisión, pero de no ser así, es decir, de incumplir con esa subsanación, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y determina el monto de resarcimiento a cargo del Estado.

Al respecto Néstor Pedro Sagüés sostiene:

> *Esta regla importa un avance profundo en el control judicial de la mora legiferante en el dictado de normas generales, recogiendo la doctrina más terminante en la materia. Detectando el incumplimiento del legislador (para lo cual habrá, claro está, que dejar pasar un plazo razonable para que haya cometido su tarea), contempla la determinación o intimación judicial de un término para que cumpla su deber omitido. Si todavía guarda silencio, el Poder Judicial está habilitado para cubrir el vacío lagunoso, vale decir, a integrar el orden jurídico ausente, lo que implica un claro acto de creatividad judicial.*[55]

[54]Documento disponible en: http://argentina.justia.com/provinciales/rio-negro/constitucion-provincial-de-rio-negro/

[55] Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 35, p. 257.

3.5.1.7. Compulsión

Esta solución se sustenta en que la Constituciones disponen que los derechos en ellas contenidas así como sus prescripciones no podrán ser desatendidas por falta de reglamentación adicional o secundaria, por lo que todas las autoridades de un Estado, en el ámbito de sus facultades, deben cumplir y hacer cumplir las prevenciones constitucionales sin poder alegar la falta de reglamentación; por lo tanto, los jueces constitucionales mediante la interpretación, deben imaginar o crear vías efectivas para resolver la situación antes descrita, estipulando, además, una solución específica al caso concreto, e incluso cuando así se amerite, integrar el orden jurídico en tanto se expida la ley que corresponda.

En lo tocante a la *compulsión,* el artículo 18 de la Constitución de Ecuador actualizada a 1998, prescribía lo siguiente:

> *Artículo 18.* ***Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.*** *En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.* ***No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.*** *Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.*[56]

En la actualidad, la Constitución de Ecuador en su artículo 11, número 3, dispone:

> *Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: … 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.*[57]

Por su parte, el artículo 45 de la Constitución de Paraguay señala:

[56] *Idem.*
[57] Documento disponible en: *www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf*

> *Artículo 45. DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS NO ENUNCIADOS. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía.*[58]

Cabe mencionar que respecto a las hipótesis de *denuncia, recomendación, llamado de atención y de la intimación,* la jurisdicción constitucional no cubre ningún vacío lagunoso ni tampoco dicta normas omitidas por el legislador; se puede decir que solamente constata la omisión e insta a que el órgano ocioso actúe a la brevedad posible.

Esta actitud constitucional trata de transportar la mora del órgano legislativo al terreno jurídico, cambiando la doctrina tradicional que entendía esa mora como un asunto político y no justiciable, en el que el propio órgano que incurría en mora era el encargo, bajo su criterio, de examinar ese retraso legislativo. Para esta posición clásica-política, el *juez de la mora* era precisamente el órgano legislativo, incluso, a su parecer, una forma de legislar era *no legislando*, y se basaba en el criterio de que, como órgano del Estado, la Constitución le dejaba un amplio margen de apreciación del cómo y cuándo de su actuar, es decir, se escudaba en esa facultad reservada que no podía ser evaluada por nadie.

No obstante que en los mecanismos de *denuncia, recomendación, llamado de atención y de la intimación,* se reconoce a la *inconstitucionalidad por omisión*, no introducen el contenido de la futura norma, solamente evidencian ese atraso legislativo, de modo que esa actuación no provoca discusión alguna sobre la compatibilidad de esos remedios con el principio constitucional de división de poderes.

Ahora bien por lo que ve a las hipótesis de *cobertura, resarcimiento y compulsión constitucional*, el constituyente deposita en manos de la justicia constitucional, la responsabilidad de elaborar una respuesta concreta, que puede estar bajo examen, a fin de tutelar al perjudicado por la mora del legislador en la

[58] Documento disponible en: *www.tsje.gov.py/constituciones.php*

emisión de la norma faltante. Por lo tanto, a diferencia de las otras hipótesis, aquí ya puede existir un conflicto con el principio de división de poderes, puesto que el Tribunal Constitucional debe sentar las bases a las que deben someterse las autoridades hasta en tanto el legislador no actúe.

Esa actitud del constituyente de depositar poderes cuasi-legislativos a los Tribunales Constitucionales, tiene sus puntos débiles; el primero sería que se puede dar una confusión de roles, puesto que los Tribunales Constitucionales no están programados ni potenciados técnicamente para hacer leyes, sino para juzgar su constitucionalidad, o en el mejor de los casos, mediante sus sentencias exhortativas, de indicar a los órganos legislativos qué requisitos debería satisfacer una futura ley para que resulte constitucional; el segundo, que no es ni será conveniente que los órganos jurisdiccionales asuman la atribución de dictar reglas, ya que el pueblo, mediante el sufragio, escoge a sus representantes para tales efectos, quienes tienen el deber constitucional de realizar esas tareas legislativas, y a quienes, además, se les paga por ello; el tercer punto débil, es en el sentido de que el juez constitucional no puede ni debe asumir la responsabilidad de un consenso político complicado; finalmente, el cuarto punto versa en el sentido de que el juez constitucional no puede priorizar su tarea de *legislar en lugar de*, ya que estaría descuidando sus funciones primordiales por tratar de suplir aquellas que en estricto derecho no le corresponden, tarea que iría en completo detrimento de una justicia para todos.

Aún y cuando la tarea primordial del juez constitucional no es legislar, se advierte que es una tarea que realiza todos los días a través de sus pronunciamientos en las sentencias que emite, las cuales incluyen una nutrida serie de razonamientos que ayudan al legislador a expedir futuras leyes, con el fin de que éstas estén conforme a la Constitución.

3.5.2. Soluciones de tipo jurisdiccional

Así como se han analizado varias alternativas de solución al vicio de la inconstitucionalidad por omisión legislativa establecidas en la ley, es decir, positivizadas, ahora toca analizar todas aquellas alternativas de solución en los sistemas jurídicos que no contemplan una vía procesal específica para solucionar el vicio de estudio, pero que los órganos de control han adoptado mediante sus sentencias, teniendo como principal herramienta la legitimidad con la que operan. Por lo anterior resulta interesante analizar los diferentes tipos de sentencias que han sido utilizadas para resolver la inconstitucionalidad por omisión legislativa.[59]

3.5.2.1. Sentencia sin referencia expresa a la omisión legislativa pero que corrigen dicho vicio

Esta clase de resoluciones fueron dictadas cuando todavía no se desarrollaba la justicia ni la magistratura constitucional, ni tampoco se contemplaba la posibilidad de controlar las omisiones del legislador. Aquí el órgano jurisdiccional muchas veces actuaba bajo la constante presión de la población, quien era la que advertía de la ausencia de normas. El actuar del órgano jurisdiccional se centraba en aplicar de forma directa la constitución, aún en ausencia de normatividad, o bien a subsanar el vacío en la forma y términos que estimara conveniente.[60]

En este tipo de sentencias, el órgano de control no cuenta con una norma legislativa idónea para resolver el conflicto que se le presenta, por lo tanto se topa con una ausencia legislativa total, pero aún con esa dificultad provee la solución respectiva mediante la aplicación directa de la Constitución o a través de mecanismos que la misma contempla que pueden permitir en un momento dado, hacer efectivos los derechos reclamados.

[59] Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.,* nota 23, p. 132.
[60] Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.,* nota 23, p. 133.

3.5.2.2. Sentencias atípicas dictadas en la jurisdicción constitucional en torno a la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Como lo señala Francisco José Eguiguren Praeli,[61] la finalidad primordial perseguida con el establecimiento de los órganos de control constitucional, ha sido

> *instituir un sistema jurisdiccional, especializado y autónomo, de control de la constitucionalidad de las leyes y normas jurídicas, como una forma de asegurar la supremacía de la Constitución y la subordinación a ésta de cualquier actuación o decisión de las autoridades, incluido el órgano legislativo. Por ello, las sentencias sobre inconstitucionalidad que dictan los órganos de control constitucional suelen gozar de autoridad de cosa juzgada, fuerza de ley y efectos vinculantes para todos los poderes públicos y terceros.*[62]

Las sentencias constitucionales son *actos procesales, como un tipo de decisión de un colegio de jueces que pone término a un proceso. Es una actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del derecho, sin olvidar su dimensión política,* como sostiene acertadamente Ángel Garrorena Morales, citado por José Palomino Manchego.[63]

Por su parte, Domingo García Belaunde, dice que las sentencias constitucionales son:

> *… una modalidad del género sentencias; son tan sentencias como las obras y tienen o deben tener la misma estructura. Sin embargo, la temática de estas sentencias tiene algo especial, pues no se dirige a satisfacer un interés privado o de beneficio de un grupo, sino que persigue cautelar valores que afectan directamente a los miembros de una sociedad determinada. Aún más, se trata de poner en cumplimiento el texto fundamental que da cuenta de una sociedad, y no de un código procesal cualquiera, por lo que su vigencia es más importante. Pues si una Constitución, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, no se cumple, constituye un demérito que afecta al resto del ordenamiento. Lo anterior se confirma con el hecho de que las sentencias*

[61] Coordinador de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú; profesor principal del departamento académico de derecho de dicha universidad y coordinador del Área de Derecho Constitucional.

[62] Véase: Eguiguren Praeli, Francisco José, "Las sentencias interpretativas o manipulativas y su utilización por el Tribunal Constitucional Peruano", en Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (cood.) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho,* México, UNAM, Marcial Pons, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, t. V, pp. 321-345.

[63] Véase: Palomino Manchego, José, "La sentencia constitucional en las acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Perú" en: Memorias II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional, San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004, CD-ROM.

> *constitucionales, tienen importancia precisamente porque cautelan, fundamentalmente, dos aspectos que son clave: los derechos fundamentales y la jerarquía normativa.*[64]

Siguiendo a Francisco José Eguiguren Praeli, esa actividad de *interpretación constitucional*, se refiere al proceso de análisis y razonamiento jurídico destinado a esclarecer y determinar el contenido de un precepto o disposición constitucional, así como la compatibilidad con éste con una norma legislativa concreta. La interpretación viene así a agregar o concretizar un contenido normativo que no fluye explícita o expresamente del texto literal de una disposición constitucional, completando éste contenido por la acción del intérprete.[65]

Además advierte el autor Eguiguren Praeli, que un error grave que se suele cometer cuando se alude a la interpretación jurídica en materia de interpretación de la Constitución, es el de considerar que la tarea de interpretación, destinada a esclarecer o determinar el contenido normativo de una disposición constitucional, supone encontrar un único contenido o sentido oculto del precepto. Por lo que se debe estar consciente de que de una disposición constitucional pueden desprenderse más de un contenido o sentido normativo, debiendo el intérprete escoger uno de éstos, el que, cumpliendo razonablemente con las pautas de interpretación, considera el más apropiado para resolver el problema planteado respecto a la compatibilidad constitucional de una ley o norma jurídica.[66]

Aún y cuando la interpretación de la Constitución es un tema importante para el instituto de referencia, por el momento se pretende centrar al lector en la tipología de las sentencias que emiten los órganos de control constitucional, las cuales, de manera tradicional pueden ser clasificadas en *estimatorias* y

[64] Véase: García Belaunde, Domingo, "Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales", en: Memorias II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional, San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004, CD-ROM.
[65] Véase: Eguiguren Praeli, Francisco José, *op. cit.*, nota 61, pp. 321-345.
[66] *Idem.*

desestimatorias, según concepto de Palomino Manchego[67]; las primeras acogen la demanda; las segundas, no les dan razón. Sin embargo, en la actualidad este es un esquema muy elemental y arcaico de comprenderlas, pues cuando el órgano de control que corresponda expide una sentencia en materia de inconstitucionalidad bajo esta clasificación, puede terminar ocasionando mayores inconstitucionalidades que las que busca remediar.

Por ello, y ante una sociedad moderna que demanda sentencias con una visión diferente sobre todo en función de los derechos humanos y un Derecho Procesal Constitucional más fortalecido, se han ido desarrollado una serie de instrumentos para esos determinados casos en los que las sentencias estimatorias o desestimatorias no son la mejor solución, como en el caso de las omisiones legislativas, cuya declaratoria de inconstitucionalidad no sería del todo pertinente, puesto que se trata de normas que no son del todo inconstitucionales, sino que por error u omisión del Congreso dejaron por fuera la regulación de cierto tipo de materias o excluyeron de ésta a ciertos grupos.

Así pues, lo anterior, ha dado origen al surgimiento de una nueva modalidad o tipo de sentencias, con alcances y efectos particulares especiales, que han tratado de responder a la búsqueda de conjugar el control de la constitucionalidad con la necesidad de evitar los efectos perniciosos que pueden surgir ante los vacíos legales del ordenamiento jurídico.[68]

Según Luis López Guerra, citado por Eguiguren Praeli, la emisión de este tipo de sentencias supone, además de la supresión de ciertas normas, la introducción en el ordenamiento de nuevas normas, originadas ya no por el órgano legislativo sino más bien por el Tribunal Constitucional o por los órganos de control constitucional, según sea el caso.[69] Este tipo de sentencias recibe el nombre de

[67] Palomino Manchego, José, *op.cit.,* nota 62.

[68] Véase: Eguiguren Praeli, Francisco José, *op. cit.*, nota 61, pp. 321-345.
[69] *Idem*.

sentencias manipulativas, aclarando que no en un sentido peyorativo de *manipular*, sino en un sentido de maniobrar y operar la norma sujeta a estudio.[70]

Al respecto cabe señalar que la tipología de este tipo de sentencias manipulativas es muy variada, y hasta cierto punto compleja porque no se tiene una uniformidad entre los autores para nombrarlas o clasificarlas, por ello, la siguiente clasificación de las sentencias manipulativas en materia de omisión legislativa, en lo general se basará en la sistematización realizada por la autora Laura Maribel Rangel Hernández.

3.5.2.3. Sentencias interpretativas

La principal función que realiza un juzgador constitucional es la interpretación de las normas, la cual es una tarea inherente al derecho que adquiere particular relevancia y características propias, puesto que la Constitución al ser una norma política y jurídica suprema del Estado, es común que los principios y preceptos que en ella se recogen tengan un enunciado relativamente general.

Al momento de *decir el derecho,* los jueces se encuentran en diversos problemas, los cuales se profundizan al momento de resolver, tal es el caso de cuando lo hacen sin que exista una norma expresa, y para esos casos se auxilian de la interpretación y de la integración del orden jurídico. En cuestiones interpretativas, y más por parte de un juzgador, es necesario que independientemente de su jerarquía, nivel o distribución competencial, sus decisiones se ajusten a las disposiciones constitucionales, sin que esto se confunda con el sistema de control difuso de la Constitución, por el contrario se trata del principio que debe regir la actuación judicial derivado de la supremacía de la Constitución y que consiste en respetar y actuar conforme a sus disposiciones, sin que impliquen un juzgamiento a nivel constitucional.

[70] Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 35, p. 258.

En este tipo de decisiones, el órgano de control constitucional restringe el alcance normativo de la disposición acusada, ya sea limitando su aplicación o sus efectos. Además de que supone entonces que se expulsa una interpretación de la disposición, pero se mantiene una eficacia normativa de la misma, es decir, si una de las interpretaciones es contraria a la Constitución y la otra resulte conforme con ella, el órgano de control constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de la disposición, sino sólo del sentido interpretativo que colisiona con ella.[71]

De ahí que se diga que una sentencia interpretativa se trata de una sentencia manipulativa, pues después del pronunciamiento del órgano de control, el texto de la norma subsiste con un criterio de interpretación constitucionalmente admisible, que probablemente no fue el deseado por el legislador.

En cuanto a las sentencias interpretativas, Nogueira Alcalá señala:

> *consideran inconstitucionales ciertas interpretaciones del enunciado normativo, vale decir ciertas normas que surgen de la interpretación considerada inconstitucional, siendo tal o tales interpretaciones expulsadas del ordenamiento jurídico, aun cuando se mantiene inalterado el enunciado normativo del cual surgen dichas interpretaciones*.[72]

Así pues, las sentencias interpretativas buscan preservar la obra legislativa, eliminando sólo las eventuales interpretaciones y aplicaciones que puedan ser consideradas contrarias al orden jurídico.

3.5.2.4. Sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin anular la norma

Esta modalidad de sentencia se presenta en los casos de omisiones parciales, cuando el órgano jurisdiccional aprecia la omisión legislativa, pero decide no privar de efectos jurídicos la norma por la problemática que esto puede acarrear, en tanto las cuestiones que si prevé son constitucionales. Es decir, el órgano de

[71] Véase: Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales", en *Jurisdicción Constitucional en Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000, realidades y perspectivas*, Bogotá, Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y de la Fundación Konrad Adenauer, 2001, pp. 369-382.
[72] *Idem*.

control declara la inconstitucionalidad de la norma por aquellas cuestiones que omite o no prevé.[73]

Se considera que este tipo de sentencias se usan para declarar el precepto legal como parcialmente inconstitucional, o declarar su incompatibilidad con la Carta Fundamental por todas aquellas cuestiones que omite, determinando que la razón de la parcial inconstitucionalidad se debe a cuestiones que no prevé, lo que otorga al legislador la oportunidad de modificar la norma declarada inconstitucional, manteniendo abierta la posibilidad de que éste configure la norma libremente dentro de los parámetros constitucionales.

3.5.2.5. Sentencias con recomendación y de carácter exhortativo al legislador

Este tipo de sentencia tiene muchas variantes dependiendo del órgano de control y del orden jurídico de que se trate, sin embargo, dichas variantes tienen un punto en común y es que coinciden en que una vez constatada la inconstitucionalidad por omisión legislativa se hace un llamamiento al órgano legislativo a fin de que ejerza sus facultades y corrija los vicios o defectos de las normas sujetas a estudio.[74]

Para Francisco José Eguiguren Praeli, las sentencias exhortativas, son aquellas en virtud de las cuales, el órgano de control, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, sólo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado.[75]

Una de las variantes en este tipo de sentencias exhortativas es el medio de ejecución de forma coactiva de las mismas. Por un lado, existen las que su

[73] Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.,* nota 23, p. 141.
[74] *Ibidem,* p. 142.
[75] Véase: Eguiguren Praeli, Francisco José, *op. cit.*, nota 61, pp. 321-345.

efectividad se ve cuestionada por la doctrina debido a que no hay compulsión alguna para el legislador y por tanto se carece de un medio idóneo para ejecutar las sentencias provenientes del órgano de control; y por otro lado, se tienen aquellas donde se hace una apelación al legislador para alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado por el órgano de control, con la consecuencia adicional que si ello no ocurre, dicho órgano aplicará directamente el mandato constitucional en el futuro, pudiendo determinar la nulidad de la norma jurídica respectiva.

Al respecto Nogueira Alcalá advierte que bajo esta denominación de sentencias exhortativas, se puede agrupar un conjunto de sentencias que establecen recomendaciones o directrices al órgano legislativo, llamándolo a legislar sobre determinadas materias con determinadas orientaciones o principios para actuar dentro del marco constitucional, y de no hacerlo así el legislador, podría venir una sentencia posterior que declare la inconstitucionalidad de la norma respectiva.[76]

Igualmente Humberto Nogueira afirma que estas sentencias limitan la libertad de configuración del orden jurídico que desarrolla el legislador, ya que advierten la existencia de una situación jurídica que no es aún inconstitucional si actúa diligentemente el legislador para cubrir el eventual estado de inconstitucionalidad o para superar la situación producida producto del desarrollo o evolución científica o técnica, que exige una adecuación a la nueva realidad. Y, en algunos casos, las sentencias exhortativas llevan también aparejadas lo que la doctrina denomina *bloqueo de aplicación*, consistente en que la norma es inaplicable a los casos concretos que dieron lugar al examen de constitucionalidad, quedando suspendidos los procesos hasta la entrada en vigencia de la nueva normativa que regulan las respectivas situaciones.[77]

[76] Véase: Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.* nota 71, pp. 369-382.
[77] *Idem.*

Se considera necesario hacer mención a la clasificación de este tipo de sentencias que en su momento realizó Néstor Pedro Sagüés, quien dice que existen 3 tipos de sentencias exhortativas:[78]

a) Sentencia exhortativa de delegación: Declara inconstitucional a una norma, y advierte al Poder Legislativo que pautas debería satisfacer la nueva ley para ser compatible con la Constitución.
b) Sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple: En esta variable, el Tribunal Constitucional constata que una norma es inconstitucional, pero no la invalida por los efectos negativos y desastrosos que podría producir esa anulación, pero impone al Poder Legislativo el deber de suprimir la situación de inconstitucionalidad, por lo que deberá modificar el régimen legal vigente para amoldarlo a la Constitución. La ley reputada inconstitucional se continúa aplicando hasta que se apruebe la nueva norma conforme con la Constitución.
c) Sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria: Aquí la jurisdicción constitucional estima que una norma es todavía constitucional, pero que puede dejar de serlo; o que no resulta del todo satisfactoriamente constitucional, por lo que insta al legislador a que produzca una nueva regulación plenamente constitucional, para lo cual puede darle también pautas de contenido.

3.5.2.6. Sentencias aditivas

Para Hernán Olano García, las sentencia aditivas, -que también denomina integradoras-, son aquellas que declaran la ilegitimidad constitucional de la previsión omitida que debería haber sido prevista por la ley para que ésta fuera

[78] Véase: Sagüés, Néstor Pedro, "Las sentencias constitucionales exhortativas", *Estudios Constitucionales,* Santiago, año/vol. 4, núm. 002, noviembre de 2006, pp. 189-202.

constitucional; igualmente señala que en estas sentencias, el órgano de control no inicios.[79]

Olano García cree que en este tipo de sentencias se constata, en el fondo, una omisión legislativa, puesto que la regulación es inconstitucional, no por lo que expresamente ordena sino debido a que su regulación es insuficiente, al no haber previsto determinados aspectos, que eran necesarios para que la normatividad se adecuara a la Constitución.[80] También anula la disposición acusada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional, es decir, se incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo, extendiendo la norma para que asuma un supuesto de hecho no contemplado en sus

Al respecto, Laura Maribel Rangel Hernández indica que este tipo de sentencias se pronuncian cuando el órgano del control estima que la norma enjuiciada aunque es válida carece del total de las hipótesis y de los sujetos que debieron ser tomados en cuenta para encontrarse realmente acorde con la constitución, en razón de lo cual se crea una norma que se adiciona al texto existente para resolver lo que no se previó.[81]

Por su parte, Francisco José Eguiguren Praeli dice que las sentencias aditivas o acumulativas, como él también las denomina, son *aquellas que tienen lugar como resultado del examen que realiza el Tribunal Constitucional de una norma cuya redacción cuenta con un contenido normativo menor del exigible constitucionalmente*.[82] También señala que su utilización ha tenido lugar principalmente en aquellos casos en los que el órgano de control tuvo bajo análisis normas que lesionaban el principio de igualdad, al omitir, sin fundamento objetivo que lo justifique, dentro de la regulación de ciertos supuestos normativos, casos idénticos que merecían el mismo tratamiento.

[79] Véase: Olano García, Hernán Alejandro, "Tipología de nuestras sentencias constitucionales", *Vniversitas,* Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 108, diciembre de 2004, pp. 571-602.
[80] *Idem.*
[81] Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.,* nota 23, p. 145.
[82] Véase: Eguiguren Praeli, Francisco José, *op. cit.*, nota 61, pp. 321-345.

Paralelamente, Eguiguren Praeli expresa que luego de verificar la vulneración al principio de igualdad así como el contenido normativo menor al que deberían tener de conformidad con las disposiciones constitucionales pertinentes, el órgano de control realiza una doble operación a fin de restablecer dicho principio vulnerado:

- La primera operación, que el autor denomina *demolitoria* o *ablatoria*, consiste en derogar la parte del texto legal que excluye a cierto grupo de determinada regulación, sin justificación objetiva y razonable.
- La segunda operación, que el autor denomina como *reconstructiva*, es la que permite aumentar el contenido normativo de la disposición mediante la introducción de una norma positiva de carácter sustitutivo.

De lo anterior, se advierte que sólo así se extendería el beneficio al grupo originalmente excluido, restableciéndose el principio de igualdad inicialmente transgredido, sin haber creado un vacío legal que podría acarrear la declaración de inconstitucionalidad por omisión, cuyos efectos resultarían mucho más graves que la subsanación.[83]

Como se puede apreciar, estas sentencias son criticadas por la doctrina en el sentido de que el órgano de control, se extralimita en sus facultades, invadiendo la esfera de competencia exclusiva de los cuerpos legislativos, y para muchos autores, se estaría en presencia de una *usurpación de funciones,* contraviniendo así el principio de separación de poderes.

En la década de los noventas, Víctor Bazán opinó respecto a esta contravención del principio de separación de poderes, aseverando que no se tenía porque temer a la falacia de lo que él denomina como *dictadura o gobierno de jueces o desbordes de la judicatura*, al pronunciar las llamadas sentencias

[83] *Idem.*

aditivas, puesto que los jueces, en el sistema institucional que se vive, tenían la tarea de controlar la supremacía de la Constitución.[84]

3.5.2.7. Sentencias sustitutivas

Finalmente, a la clasificación de sentencias atípicas que proporciona Laura Maribel Rangel Hernández, se agrega una última que parece importante, y es la denominada *sentencia sustitutiva* en la cual el órgano constitucional en definitiva expulsa del ordenamiento jurídico una disposición acusada de inconstitucional, y sustituye el vacío normativo por una regulación específica, que tiene seguridad constitucional directa.

Apunta Francisco José Eguiguren Praeli, que estas sentencias sustitutivas se caracterizan por el hecho de que con ellas el órgano de control declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra; por ello señala que la decisión sustitutiva se compone de dos partes diferentes: la primera, que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada; y, la segunda, que reconstruye dicha disposición legal impugnada, dotando el órgano de control, a la misma disposición, de un contenido diferente, de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados. [85]

Este tipo de sentencias han sido criticadas por la doctrina, porque con ella se pone de manifiesto la incapacidad del legislador de emitir un nuevo ordenamiento jurídico, además de que de nueva cuenta se pone el riesgo la invasión de esferas competenciales y un menoscabo al principio de separación de poderes.

[84] Véase: Bazán, Víctor, "Breves apuntes sobre la inconstitucionalidad por omisión", *Revista Jurídica Órgano Oficial del Colegio de Abogados de la Libertad. 75 años,* Perú, núm. 134, enero-julio de 1999, pp. 605-631.
[85] Véase: Eguiguren Praeli, Francisco José, *op. cit.*, nota 61, pp. 321-345.

3.6. La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa

Es de dominio público que el Derecho Procesal Constitucional ha intentado captar el fenómeno de la omisión legislativa a través de la previsión de mecanismos tendientes a instrumentos de control de la inconstitucionalidad. Aunado a que día con día los diferentes ordenamientos en el mundo ha aportado interesantes propuestas al respecto.

Se cree que la forma más clara, precisa e idónea de protección del instituto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa y que a la vez proporciona mayor eficacia, es la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, la que sería presentada ante el órgano de justicia constitucional que tuviera por objeto tal omisión.

Previo a analizar ese medio de control a que se hace referencia, es necesario recordar que no toda actitud pasiva u omisiva de un órgano estatal legislativo reviste el carácter de omisión inconstitucional susceptible de suplirse mediante el control que se propicie para tal efecto. En lo que refiere a la norma omitida, comenta María Sofía Sagüés, que la doctrina es uniforme al exigir la existencia de un mandato constitucional, ya que el órgano imputado de la omisión debe encontrarse obligado a accionar.[86]

Ese mandato es un supuesto distinto de la obligación genérica de legislar, que en sentido amplio, pesa siempre sobre el órgano legislativo frente a un mandato cuyo incumplimiento generaría el control que se trata en este trabajo; el legislador no puede decidir si realiza o no la normativa de desarrollo, ya que tiene que actuar de forma obligada.[87]

[86] Véase: Sagüés, María Sofía, "Garantías de Control de la Inconstitucionalidad por omisión", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.,* 3ª ed., México, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., t. III, 2002, pp. 2500-2537.

[87] Fernández Rodríguez, José Julio, "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español relativa a la inconstitucionalidad por omisión", en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión,* Bogotá, Temis S.A., 1997, p. 123.

Ese imperativo constitucional, como se ha mencionado, puede darse tanto de manera explícita, es decir, remitiendo expresamente al futuro accionar del órgano legislativo, como de manera implícita, cuando es la falta de contenido concreto de la norma lo que exige o reclama la tarea del legislador. Asimismo, el mandato constitucional incumplido puede referir tanto a actos individuales, como al dictado de normas de carácter general.

A efecto de que se configure una omisión inconstitucional, el mandato no puede ni debe encontrarse condicionado a la discrecionalidad del órgano omitente o bien un lapso temporal determinado que no haya vencido.

Con lo anterior, se puede advertir que los requisitos de admisión tendrían que hacer constar en la vulneración parcial o absoluta de una concreta obligación de desarrollo proveniente de una norma constitucional específica; asimismo, tendrá que haber transcurrido un tiempo demasiado largo desde la promulgación de la Carta Magna, salvo que el precepto constitucional vulnerado prevea expresamente un término para el dictado de la legislación de desarrollo, en cuyo caso deberá admitirse la acción pasado ese periodo.

Al respecto Bidart Campos señala que *los jueces tienen que examinar si esa competencia del órgano omitente es de ejercicio obligatorio u optativo; si tiene a su favor un margen temporal que queda a disposición del órgano que ha de usar tal competencia; si ese plazo se ha vencido o no.*[88] En el mismo sentido Néstor Pedro Sagüés afirma que es necesario diferenciar dentro de un concepto genérico de norma programática, es decir aquella que reclama el dictado de una ley con el fin de efectivizarse, las reglas de cumplimiento discrecional por los poderes constituidos y reglas de cumplimiento obligatorio, siendo sólo estas últimas respecto de las cuales podría darse una situación de inconstitucionalidad por

[88] Bidart Campos, Germán, "Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales", en Bazán, Víctor (coord.), *op. cit.* nota 87, p. 4.

omisión, y a su parecer dicha diferenciación debe basarse en un análisis de texto constitucional en concreto.[89]

3.6.1. Sujeto Pasivo de control

En esta investigación se ha hecho referencia a la omisión legislativa o del órgano legislativo; sin embargo, cabe señalar que la omisión de manera genérica, admite que el órgano omitente puede ser también un órgano estatal distinto al legislativo.[90]

Ahora bien si la Constitución impone un accionar determinado al poder legislativo, y éste incumple el mandato, se verifica entonces, un supuesto de inconstitucionalidad por omisión, frente al que deberá arbitrarse el control pertinente y dentro del cual el órgano legislativo omitiente resultará el sujeto legitimado pasivo.

3.6.2. Sujeto titular de legitimación activa

Al analizar la legitimación activa en el control de las omisiones inconstitucionales, se debe partir de la necesidad de garantizar el derecho a la jurisdicción, íntimamente conectado al derecho a la tutela judicial efectiva, lo anterior conforme al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[91]

Germán Bidart Campos dice que desde el punto de vista en un sentido amplio de legitimación activa, *desconocer, negar o estrangular la legitimación procesal, privando del acceso a quien quiere y necesita formular pretensiones en él para hacer valer un derecho es, por sí solo, inconstitucional.*[92]

Por el contrario desde el punto de vista normativo, los textos constitucionales que regulan la institución de estudio tratan el tema de dos formas:

[89] Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional,* 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. I, p. 113.
[90] Véase: Sagüés, María Sofía, "Garantías de Control de la Inconstitucionalidad por omisión", *op. cit.,* nota 86, pp. 2500-2537.
[91] *Idem.*
[92] Bidart Campos, Germán, *op. cit.* nota 88, p. 5.

en la primera, no refieren expresamente a la legitimación para accionar en este tipo de control, por lo que se entiende que otorgan igual legitimación para recurrir por omisión que por acción; en la segunda, existen normas que señalan específicamente los sujetos legitimados para este tipo de control en particular.[93]

Ante la disparidad de criterios para establecer los sujetos legitimados para promover la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, Laura Maribel Rangel Hernández ha clasificado esta legitimación en: [94]

a) Legitimación amplia: En este tipo de legitimación no se precisan los sujetos que pueden promover la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, por lo que se entiende que cualquier persona, e inclusive cualquier autoridad, lo puede hacer; esto equivaldría a una acción popular.
b) Legitimación semi-restringida: Este tipo de legitimación es un tanto abierta, pero con ciertos límites. Los sujetos que pueden promover la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa están indicados, pero, a diferencia de la legitimación restringida, las personas, con ciertos requisitos pueden promover dicha acción.
c) Legitimación restringida: Aquí se reduce enormemente el número de sujetos que pueden promover la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, y se reserva únicamente para aquellos que reúnen ciertas condiciones; por lo general está acción está a cargo de los órganos del estado y no al alcance de las personas.

Como se puede apreciar, la legitimación amplia no es recomendable y es una opción poco viable, puesto que se corre el enorme riesgo de que se genere un problema de exceso de asuntos, lo que se traduciría en un retraso o denegación de justicia, contraviniendo con ello el principio constitucional de *una justicia pronta y expedita*.

[93] Véase: Sagüés, María Sofía, "Garantías de Control de la Inconstitucionalidad por omisión", *op. cit.,* nota 86, pp. 2500-2537.
[94] Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit.,* nota 23, p. 162.

Por lo que ve a la última opción, se considera que tampoco haría frente al problema de la omisión legislativa, puesto que el hecho de que su control se quedara sólo en manos de un grupo selecto, se puede prestar a intercambios políticos en detrimento de la sociedad, es decir, no existe un contrapeso a tal escenario.

Finalmente, se considera que la segunda opción es una solución viable ya que tanto los órganos gubernamentales, en beneficio de la regularidad del orden jurídico, como las personas individualmente consideradas a través de una representación adecuada, en los casos que exista perjuicio o violación a sus derechos fundamentales por la omisión legislativa, pueden promover la citada acción de inconstitucionalidad.

3.6.3. Procedencia

Aún y cuando cada orden jurídico alrededor del mundo imprime sus propios matices, en lo que sí coinciden es en que para que sea procedente una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa es necesario que se produzcan dos requisitos: a) la constatación de una vulneración parcial o absoluta de una concreta obligación de desarrollo proveniente de una norma constitucional específica; y, b) que haya transcurrido un tiempo demasiado largo desde la promulgación de la Carta Magna, salvo que el precepto constitucional vulnerado prevea expresamente un término para el dictado de la legislación de desarrollo, en cuyo caso deberá admitirse la acción pasado ese periodo.

3.6.4. Órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa

Los instrumentos procesales de control constitucional son muy antiguos, previéndose de manera aislada en las legislaciones de varias culturas jurídicas

separadas cronológicamente, pero que todas nacieron con el fin de proteger a la persona humana.

A la par de los instrumentos procesales de control constitucional, se tiene el tema de la magistratura constitucional, el cual es un tanto amplio y su estudio dependerá del sistema jurídico de que se trate así como su evolución, ya que aun cuando los Tribunales Constitucionales se han caracterizado por su compromiso y responsabilidad respecto a la actividad que se les encomienda, esta institución no es funcional en todos los sitios. Al respecto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor señala que la naturaleza de un tribunal constitucional puede determinarse desde dos ópticas distintas:[95]

a) Desde una perspectiva formal, que corresponde a la concepción tradicional, donde el tribunal constitucional es aquel órgano creado para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, situado fuera del apartado jurisdiccional ordinario e independiente tanta de éste como de los poderes públicos restantes, es decir, del Ejecutivo y del Legislativo. Conforme a esta concepción, las cortes o tribunales supremos pueden ser jurisdicciones constitucionales pero no son, en estricto sentido, tribunales constitucionales. Esta noción se identifica con el modelo europeo de tribunal constitucional.
b) La segunda óptica es moderna y más amplia, que se centra en un enfoque material, y que concibe al tribunal constitucional como aquel órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental.

[95] Véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.,* 3ª ed., México, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., t. I, 2002, pp. 129-163.

No obstante las anteriores ópticas, resulta importante destacar el sistema americano o difuso de control constitucional, donde el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía funge materialmente como tribunal constitucional, puesto que si bien las resoluciones de la Corte Suprema Federal operan sólo para el caso particular, en la práctica tienen efectos generales, debido a la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial derivado de la doctrina del *stare decisis;*[96] por lo que aunado al *writ of certiorari,*[97] la Corte Suprema resuelve mayoritariamente asuntos de índole constitucional.

En consecuencia y bajo las ópticas mencionadas, Ferrer Mac-Gregor indica que se entiende por tribunal constitucional *a los altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consista en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional.*[98]

Ahora bien, los órganos de control constitucional, al efectuar el control de la omisión legislativa, procederán a interpretar no sólo las normas de la Ley

[96] Esta locución más breve proviene de resumir una más extensa que dice: *Stare decisis et non quieta movere*. Esta doctrina es propia del derecho anglosajón, y no tiene tanta fuerza en sistemas de derecho continental, en donde la jurisprudencia tiene una obligatoriedad mucho más reducida y la capacidad del juez de interpretar la ley según su criterio es mucho más amplia. La mayoría de los sistemas, sin embargo, reconocen que la jurisprudencia reiterada debe de alguna forma vincular a los jueces pues, si bien son independientes, es necesario evitar que sus sentencias sean totalmente imprevisibles, o que dicten sentencias contradictorias, o de forma caótica. Por eso se establecen regulaciones que consideran la jurisprudencia, fuente del derecho, con mayor o con menor prevalencia sobre las otras fuentes. Conforme al principio *stare decisis,* al estar o seguir lo decidido, las decisiones precedentes sobre idénticas cuestiones deben ser seguidas por los tribunales, por ello obligados a acatar o cumplir con los asuntos resueltos. Es una máxima general de que cuando un punto se ha resuelto mediante una decisión, que forma un precedente que no podrá dejar de aplicarse salvo que otras circunstancias modifiquen el statu quo, el dejar estar lo anteriormente decidido obliga a tener que argumentar sólidamente el cambio adoptado, por lo que la doctrina del *stare decisis* no impide volver a examinar y, si es necesario, invalidar las decisiones anteriores, con la dificultad de considerar una serie de factores, incluyendo la edad de la precedente que se deja de seguir, la naturaleza y el grado de confianza pública y privada en la que se apoya la variación, y su compatibilidad o incompatibilidad con otras normas legislativas. Véase: *www.law.cornell.edu*

[97] Facultad discrecional para conocer de los asuntos relevantes y trascendentes del país. Véase: *www.law.cornell.edu*

[98] Véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.* nota 95, pp. 129-163.

Fundamental sino también las de carácter ordinario para tratar de comprobar si se ha producido efectivamente el desarrollo exigido o, por el contrario, si el contenido de esa ley ordinaria es insuficiente para la necesaria eficacia plena que reclama el precepto constitucional de que se trate. Además, no se puede dejar de mencionar la función política que dichos órganos de control desempeñan ante la sociedad y ante los demás poderes públicos.

3.6.5. Objeto de control

Se entiende que el objeto de control de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa es el cuerpo normativo no desarrollado o que se torna ineficaz por la inactividad legislativa. Cabe destacar que la mayoría de los órdenes jurídicos ciñen esa inactividad legislativa a la Constitución, pero algunos la extienden a otros ordenamientos jurídicos.

3.6.6. Trámite de acción

Como se ha referido, cada ordenamiento jurídico proporciona un tratamiento procesal distinto a la figura de la acción de inconstitucional por omisión legislativa; y, en la mayoría de las ocasiones dicha figura es regulada en legislación secundaria.[99]

[99] Por su parte, el estado de Tlaxcala es el único que a nivel constitucional establece la tramitación de esta acción, indicando en su artículo 81, lo siguiente: El pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como Tribunal de Control Constitucional del Estado, conocerá de los asuntos siguientes: I… II... III... IV… V… **VI. De las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, Gobernador y ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las leyes. El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el Estado. Al admitirse la demanda, se ordenará correr traslado a la responsable y al Director del Periódico Oficial del Gobierno del Estado, para que rindan sus informes. Se celebrará una audiencia de pruebas y alegatos e inmediatamente después se dictará la resolución correspondiente. De verificarse la omisión legislativa, se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta sentencia, será motivo de responsabilidad**… VII…

Generalmente, el trámite de la acción de la inconstitucionalidad por omisión legislativa es simple y con muy pocas etapas procesales. Regularmente no existe un periodo probatorio dada la naturaleza de las omisiones; sin embargo, se considera que lo óptimo sería que una vez admitida en trámite la demanda de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, es necesario que se notifique a la autoridad a quien se le imputa la omisión, esto es al legislativo o ejecutivo según sea el caso, para que dentro de un término prudente y previamente establecido, manifieste lo que a sus intereses y derechos convenga, señalando específicamente si ha producido o no la normatividad que es objeto de la reclamación; y una vez que haya transcurrido dicho plazo, se cite a las partes a una audiencia de pruebas y alegatos, la cual no podrá ser diferida y una vez concluida dicha audiencia, inmediatamente, se ordenará dictar la resolución correspondiente.

3.6.7. Solución que se otorga a la inconstitucionalidad por omisión legislativa y sus efectos

Con antelación se analizaron las distintas alternativas que el derecho comparado ofrece con el fin de solucionar y poner fin a las inconstitucionalidades por omisión legislativa, las cuales van desde una mera declaración de existencia de la inactividad legislativa, lo cual contraviene a la Constitución, hasta la posibilidad de que el órgano jurisdiccional subsane la omisión e incluso se conceda un resarcimiento económico a los perjudicados, sin dejar al lado otras alternativas como el llamado o exhortación al legislador para que emita a la brevedad posible las disposiciones faltantes, el establecimiento de un plazo único para ello, y la emisión de los lineamientos que han de cubrir las nuevas disposiciones a dictar.

Como se puede observar, la solución a la inconstitucionalidad por omisión legislativa es un tema delicado de generalizar ya que se depende del grado de

avance y desarrollo de la justicia constitucional de cada sistema jurídico, así como del grado de legitimación que detenten los órganos jurisdiccionales al respecto.

3.6.8. Ejecución de las sentencias que conminan a legislar

El gran obstáculo de la ejecución de las sentencias que conminan al legislador a producir normas, es su falta de coacción así como la presencia de una consecuencia negativa para el legislador en caso de omitir el mandato jurisdiccional que corresponda, por lo que dicha falta de coacción minimiza la eficacia y efectividad de la sentencia emitida.

Se considera que en la mayoría de los ordenamientos legales en los distintos sistemas jurídicos no han atendido el tema de la coacción, ya que de hacerlo, se estaría atacando el principio de división de poderes, rompiendo el equilibrio entre los Poderes del Estado.

En el sistema jurídico mexicano, el precedente positivo de rango constitucional, que prevé la responsabilidad del órgano legislativo en caso de no cumplir con la sentencia emitida por un órgano jurisdiccional, se encuentra establecido en el artículo 81 de la Constitución Política del Estado de Tlaxcala, que señala que el incumplimiento a la sentencia, será motivo de responsabilidad.

3.6.9. Consecuencias y efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa

Anteriormente se analizaron las distintas alternativas de solución a la inconstitucionalidad por omisión legislativa de las cuales se desprenden las siguientes consecuencias:

3.6.9.1. Recomendación de legislar

Es considerada como el efecto más común y sencillo que existe, dado que no implica, en ningún momento, la extralimitación del órgano jurisdiccional, ni su

intromisión en la esfera del órgano legislativo, puesto que solamente se limita a la sugerencia por parte del órgano jurisdiccional de que el órgano legislativo expida las normas ausentes tal y como lo previene la Constitución. Se cree que esta medida en ningún momento trasgrede el principio de división de poderes, ya que únicamente el órgano jurisdiccional, con las facultades que posee, entre ellas la de guardar y hacer cumplir la constitución, hace una reiteración de que el mandato constitucional debe ser cumplido por el legislador.

3.6.9.2. Establecimiento de directivas al legislador

Se refiere a que el órgano jurisdiccional, como encargado del control constitucional, emita ciertos lineamientos a través de los cuales indique al legislador los criterios o las bases que debe de cubrir la normatividad al momento de ser emitida, lo anterior, con la finalidad de que cumpla con la Carta Magna. Se considera que esta consecuencia de ninguna manera transgrede al principio de división de poderes ya que los límites a los que están sujetos los Poderes del Estado, los establece la propia Constitución, por lo que solamente se estaría en presencia del ejercicio de atribuciones por parte del Poder Judicial en su esfera de competencia, es decir de su marco de actuación, previamente establecidas por la Constitución.

3.6.9.3. Cobertura del orden jurídico

Para muchos este tipo de consecuencia que tiene como finalidad corregir la omisión legislativa inconstitucional a través de una sentencia, dictando las bases temporales para su solución, mientras que se expide la norma en cuestión, representa una violación expresa al principio de división de poderes y que rompe con el equilibrio entre ellos; sin embargo, no se considera que sea así, puesto que la emisión de esa sentencia implica una *creatividad* del juez constitucional, que representa el resultado de una impartición de justicia a quien en su momento la solicitó, y que además dicha sentencia sólo tendrá efectos temporales hasta en

tanto el legislador emita la normatividad omitida, la cual será la que operará en definitiva.

3.6.9.4. Responsabilidad del legislador omiso

Dada su naturaleza jurídica, es muy complicado asignar responsabilidades, aparte de la moral y la política, a los cuerpos legislativos. No con ello se quiere dejar de manifiesto que es imposible, y como prueba, se tiene a la Constitución de Tlaxcala, la que en su artículo 81 se refiere al respecto. De igual manera, se cree que optar por establecer en rango constitucional dichas responsabilidades, evitaría en gran medida que en el futuro se sigan presentando con tanta frecuencia casos de omisión legislativa que perjudican a la eficiencia y la eficacia de la Constitución y no menos importante, abonan a la violación de derechos humanos.

3.6.9.5. Indemnización del accionante

Este tipo de efecto únicamente se da en un control concreto de la omisión legislativa, como es el caso de la Provincia de Río Negro en Argentina, y se refiere a la responsabilidad pecuniaria del legislador que se reflejará en el derecho del accionante a que se le indemnice por daños patrimoniales que se le hayan causado con motivo de la omisión legislativa.

Al respecto, se considera que si bien es cierto que esta consecuencia abonaría a que la autoridad legislativa fuera más cuidadosa y evitara incurrir en omisiones, otro tanto lo es que representa una medida muy drástica, en la que el Estado actual, y concretamente México, no tiene la capacidad financiera para absorber esa clase de compromisos.

Capítulo Cuarto

La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa a nivel Nacional e Internacional

SUMARIO: 4.1. *Breves comentarios sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa en las entidades federativas de la República Mexicana*; 4.1.1. *Veracruz*; 4.1.2. *Tlaxcala*; 4.1.3. *Chiapas*; 4.1.4. *Quintana Roo*; 4.1.5. *Coahuila*; 4.1.5.1. *Con regulación constitucional y en ejercicio del control concentrado*; 4.1.5.2. *Con regulación legal y en ejercicio del control difuso*; 4.1.6. *Guerrero*; 4.1.7. *Tabasco*; 4.2. *Breves comentarios sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa en diversos países*; 4.2.1. *Portugal;* 4.2.2. *Yugoslavia*; 4.2.3. *Brasil;* 4.2.4. *Argentina*; 4.2.5. *Costa Rica*.

4.1. Breves comentarios sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa en las Entidades Federativas de la República Mexicana

Es claro que la inconstitucionalidad por omisión no es un tema extraño ni aislado del sistema jurídico constitucional mexicano. Los sistemas de control constitucional cada vez cobran mayor aplicación en el mundo y se explican en función de que existe un orden normativo, al que se denomina Constitución, que es de naturaleza suprema, y a que existen poderes y autoridades que son constituidos y cuya existencia y actuación está prevista y regulada por ese orden normativo.[1]

En la última década, se ha visto una amplia actividad apuntada a lo que se denomina como justicia constitucional local, la cual va encaminada a incluir en la norma fundamental local aquellos instrumentos de control de la constitucionalidad de los órdenes jurídicos internos de las entidades federativas del país.

[1] Véase: Arteaga Nava Elisur, "La Constitución Local y su defensa. Elementos para una Teoría del Control de la Constitucionalidad", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional,* 3ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, pp. 2915-2945.

Acertadamente, el tema de la omisión legislativa ha sido positivizada a nivel local, no así en el ámbito federal, por lo que a continuación se expondrá el diseño constitucional del procedimiento de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

4.1.1. Veracruz

La Constitución del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave, en el año 2000 fue modificada mediante el Decreto correspondiente publicado en la *Gaceta Oficial del Estado de Veracruz* el día 3 de febrero de ese año; dichas reformas atribuyen al Tribunal Superior de Justicia una serie de funciones propias del control de constitucionalidad, unas sometidas a la competencia del pleno de dicho Tribunal y otras a la Sala Constitucional del mismo Tribunal.

Así pues, en el artículo 56 de la Constitución de Veracruz otorga al Poder Judicial del Estado, entre otras, las siguientes atribuciones: la primera, garantizar la supremacía y control de esta Constitución mediante su interpretación y anular las leyes o decretos contrarios a ella; y la segunda, proteger y salvaguardar los derechos humanos que el pueblo de Veracruz se reserve, mediante el juicio de protección correspondiente.

Por su parte, la previsión de la omisión legislativa se encuentra en los artículos 64 y 65 que señalan:

> *… Artículo 64. Para el cumplimiento de las atribuciones señaladas en las fracciones I y II del artículo 56 de esta Constitución, el Tribunal Superior de Justicia contará con una Sala Constitucional, integrada por tres magistrados, que tendrá competencia para: I... II…III. Sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisión legislativa, y formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al pleno del Tribunal Superior de Justicia…*
> *… Artículo 65. El pleno del Tribunal Superior de Justicia conocerá, en los términos que establezca la ley, de los asuntos siguientes: I…II…III. De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga: a) El Gobernador del Estado; o b) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos. La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se*

> *atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto…*

Asimismo, la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado en sus artículos 3 y 38, mencionan de manera similar, que en materia constitucional, la Sala Constitucional y el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Poder Judicial del Estado conocerán y resolverán, respectivamente, de la acción por omisión legislativa, y la sustanciación de su procedimiento y la formulación de los proyectos de resolución corresponde a la Sala Constitucional.

Ahora bien respecto al objeto del proceso, el artículo 65 de la Constitución Veracruzana determina que consiste en la no aprobación de una ley o decreto, con lo cual, siguiendo a César Astudillo, dicho objeto se delimita al tipo de producción normativa sobre la cual no se ha pronunciado el legislador, afectando con ello el debido cumplimiento de la Constitución.[2]

La Constitución veracruzana con base a los anteriores numerales, crea una acción por omisión legislativa con la que se da inicio a un proceso que se desarrolla en dos fases; la primera, ante la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia, en la cual se sustancia el procedimiento; y la segunda, ante el Pleno de dicho Tribunal Superior, que es donde se adopta la decisión final. Al respecto, señala José Julio Fernández Rodríguez que este reparto funcional, es propio de un proceso judicial ordinario y absolutamente extraño al de un proceso contencioso constitucional.[3]

Según Fernández Rodríguez, las características de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en Veracruz son tres: la primera, que se trata de una acción abstracta al estar desvinculada de una caso concreto que

[2] Véase: Astudillo Reyes, César, "Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa" en Gámiz, Máximo, *et. al*., *Memorias del VI y VII Congresos Nacionales de Derecho Constitucional de los Estados,* México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 203-250.

[3] Fernández Rodríguez, José Julio, "La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz-Llave en el Marco de la Teoría General de dicho Instituto", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.,* 3ª ed., México, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., t. I, 2002, pp. 3557-3773.

se sustancie ante un tribunal; la segunda, que es una acción directa, no incidental ya que la pretensión procesal consiste en la declaración de la existencia de una omisión legislativa; y la tercera, que es una acción tanto objetiva como subjetiva, puesto que si bien persigue defender el interés general, también busca proteger un interés particular de los legitimados.[4]

La legitimación activa de esta figura está restringida al Gobernador del Estado y a la tercera parte de los ayuntamientos, quienes, por la posición y cargo que ocupan *deberían* estar llamados a defender el interés general. Este tipo de legitimación ha sido objeto de muchas críticas en el sentido de que según la teoría la legitimación activa para interponer una acción de inconstitucionalidad por omisión tendría que ser similar a la que existe para plantear la acción de inconstitucionalidad contra leyes, aunado a que no existe ninguna razón jurídica desde la lógica de la institución para que se establezca una legitimación diferente habida cuenta la inexistencia de un derecho subjetivo a la legislación.[5]

No obstante, la Constitución de Veracruz ha optado por establecer una legitimación diferente, donde se percibe la presencia de un elemento de subjetividad; se retira la legitimación parlamentaria ya que se considera que el interés general lo salvaguarda el Gobernador el Estado, y se incorpora la legitimación municipal para satisfacer intereses particulares.

Si al final del proceso creado por la interposición de una acción por omisión legislativa, el Tribunal Superior de Justicia constata la existencia de semejante omisión se producen dos efectos: el primero, constituido por una admonición al Congreso para que dicte la ley o decreto en el plazo de dos periodos de sesiones, es decir de once meses; y el segundo, la elaboración de una fórmula especial para el cumplimiento de la sentencia respectiva, determinándose además que si transcurrido dicho plazo no se expidiera la norma correspondiente, el Tribunal

[4] *Idem.*
[5] *Idem.*

Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, mientras se emite la normatividad faltante.

Se considera que esta figura sin bien cuenta con imprecisiones y vaguedades respecto a sus requisitos y la forma de su sustanciación, si se considera que realmente atiende a la intensión de evitar que el vacío normativo transgreda la Constitución Local, tan es así que no sólo se conforma con prescribir que se ordene a la autoridad omisa de que emita la normatividad faltante, sino que se pretende evitar que la violación constitucional continúe, ya que una vez transcurrido el término para que se cumpla la sentencia, la Constitución faculta al Tribunal para que garantice el cumplimiento de los preceptos constitucionales, al menos temporalmente a través de la cobertura del orden jurídico.

Al respecto, José Julio Fernández Rodríguez dice que el argumento más repetido a la hora de rechazar la figura de la inconstitucionalidad por omisión consiste en afirmar que su introducción atacaría al principio de división de poderes, ya que el órgano de justicia constitucional resuelve los casos de inconstitucionalidad por omisión a través de la emanación de normas de carácter provisional, duraderas hasta que el legislador dicte las omitidas; y con ello da lugar a que dicho órgano traspase sus funciones, usurpando las del legislador.[6]

Por su parte, Bidart Campos señala que no es posible que el Tribunal de Justicia dicte la norma reglamentaria omitida, ya que entonces habría riesgo de que se considerara violada la división de poderes.[7] Asimismo, Eto Cruz advierte que es necesario que se descarte la posibilidad de que el órgano jurisdiccional se ponga en función legislativa.[8]

A pesar de los anteriores señalamientos, se coincide con Laura Maribel Rangel Hernández, al señalar que de ninguna manera se atropella el principio de

[6] *Idem.*
[7] Bidart Campos, Germán, "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", *Anuario Jurídico*, México, UNAM, núm. VI, 1979, p. 15.
[8] Eto Cruz, Gerardo, "La inconstitucionalidad por omisión", *Doctrina Constitucional,* Perú, Instituto de Divulgación y Estudios Jurídicos Constitucionales (INDEJUC), 1992, p. 246.

división de poderes ya que el órgano jurisdiccional no está usurpando una competencia que le corresponde al legislativo por su propia voluntad, sino que se trata de una facultad proveniente de la propia Constitución, con la única finalidad de establecer contrapesos que hacen viable a la maquinaria estatal. Además, es de recordar que todo lo aquí hablado deriva de una conducta negligente del órgano legislativo que no cumplió en tiempo y forma con las disposiciones constitucionales que le ordenan la expedición de una norma jurídica, esto en adición a que en el caso concreto ya existió un procedimiento judicial que concluyó con una sentencia que le conminó a elaborar la norma omitida dentro de un término concedido para ello, y que de nueva cuenta no lo hizo, incurriendo en una falta más; por ello a la vez de constituir una especie de sanción al legislador por no acatar una sentencia, también implica una cierta reparación al accionante puesto que se evita que se le siga causando perjuicio pon la ausencia normativa.

Finalmente, el hecho de que el Tribunal Judicial, una vez vencido el término otorgado al órgano legisferante para emitir la norma ausente, pronuncie disposiciones de carácter temporal no evita que el Congreso dicte, cuando lo estime pertinente, la normatividad en cuestión.[9]

En términos generales, aún y cuando existen vaguedades e imprecisiones en la figura de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa contemplada en la Constitución de Veracruz, es imperioso reconocer que fue la primera Constitución que por primera vez reguló esta institución jurídica y con ello se comenzaron a abrir caminos inexplorados pero sustanciosos para el Derecho Procesal Constitucional mexicano.

[9] Rangel Hernández, Laura Maribel, *Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa. Teoría General y su Control Jurisdiccional en México,* México, Porrúa-Instituto de Derecho Procesal Constitucional, 2009, pp. 206-207.

4.1.2. Tlaxcala

En este estado de la República Mexicana también se llevó a cabo en el año 2001[10] una reforma integral a su Constitución, mediante la cual se crearon mecanismos de protección de la propia Constitución, destacando la incorporación de la acción contra la omisión legislativa.

En este estado, no se creó una Sala Constitucional como en Veracruz, sino que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia actúa como Tribunal de Control Constitucional del Estado, lo anterior en base al artículo 80, fracción II, de la Constitución del estado de Tlaxcala que señala: *El Tribunal Superior de Justicia, funcionando en pleno, tendrá como facultades: I… II. Actuar como Tribunal de Control Constitucional del Estado*…; y por ello es competente según el artículo 81, fracción VI de la Constitución de Tlaxcala, para conocer de juicios de competencia constitucional o controversia constitucional, acciones abstractas de inconstitucionalidad y las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, al Gobernador, a los Ayuntamientos y Consejos Municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las leyes.

> *ARTÍCULO 81. El pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como Tribunal de Control Constitucional del Estado, conocerá de los asuntos siguientes: I… II… III… IV… V… VI. De las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, Gobernador y ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las leyes. El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el Estado. Al admitirse la demanda, se ordenará correr traslado a la responsable y al Director del Periódico Oficial del Gobierno del Estado, para que rindan sus informes. Se celebrará una audiencia de pruebas y alegatos e inmediatamente después se dictará la resolución correspondiente. De verificarse la omisión legislativa, se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta sentencia, será motivo de responsabilidad…*

[10] Mediante Decreto publicado en el *Periódico Oficial de Tlaxcala* el día 18 de mayo de 2001.

Cabe destacar que regularmente la inconstitucionalidad por omisión legislativa tiene su fundamento precisamente en un mandato constitucional de legislar, pero aquí se amplía su aplicación aún a los casos en que las leyes ordinarias establezcan también la obligación de dictar determinadas normas, de modo que puede afirmarse que su objeto de control serán todos esos cuerpos legales.

Ahora bien, por lo que ve al sujeto pasivo, en esta redacción del artículo previamente transcrito se percibe una amplitud a diferencia de Veracruz, ya que esta acción no sólo procede por la omisión legislativa imputable al Congreso, sino también puede ejercerse en contra del Gobernador de la entidad, los Ayuntamientos o Consejos Municipales, y en todos los casos, tratándose de disposiciones de carácter general que debieran expedir de conformidad con la Constitución General de la República, la local del Estado y las leyes ordinarias.

Por lo que ve a la legitimación activa, se puede afirmar que es muy amplia, puesto que faculta para ejercitar la acción a las propias autoridades estatales y municipales así como a cualquier persona que resida en la entidad; por lo que se puede aseverar de que se está en presencia de una acción popular porque en ningún momento establece restricciones para su admisión ni la acreditación de un interés jurídico específico.

A diferencia de los demás estados que se analizarán, Tlaxcala establece a nivel constitucional, los lineamientos procesales a seguir en el trámite de la acción, además es de resaltar que en ningún momento se establece un término o plazo para hacer valer dicha acción contra la omisión legislativa.

Así pues, el procedimiento a seguir una vez ejercida la acción es el siguiente: 1) Una vez que se haya admitido la demanda se ordenará correr traslado a la autoridad señalada como responsable, así como al Director del Periódico Oficial del Gobierno del Estado, para que rindan informes con justificación sobre la supuesta omisión; 2) Posteriormente, se ordena que tenga verificativo una audiencia de pruebas y alegatos e inmediatamente después se

dictará la resolución correspondiente, la cual deberá ser aprobada, cuando menos, por diez magistrados de un quórum mínimo de doce, para que la declaración tenga efectos generales; pero, en caso de que no se alcance tal mayoría la acción se desestimará, y se tendrá como infundada la acción; 3) Las resoluciones dictadas por el Pleno en este tipo de asuntos, son irrecurribles y deberán de ser publicadas en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado, y un extracto de las mismas se publicará en los periódicos de mayor circulación en el Estado.

Ahora bien, en caso de verificarse la inconstitucionalidad de la omisión legislativa y que ésta devenga inconstitucional, se concederá a la autoridad omisa un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica de que se trate, y el incumplimiento de la sentencia será motivo de responsabilidad.

Cabe señalar que el Estado de Tlaxcala cuenta con legislación reglamentaria al respecto, que es la Ley de Control Constitucional del Estado de Tlaxcala,[11] cuyo Título Tercero, denominado *Particularidades de los medios de control constitucional*, *Capítulo IV,* regula en los artículos 83 al 88 a la acción contra la omisión legislativa; por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Tlaxcala,[12] en su artículo 25 señala las atribuciones del Pleno del Tribunal Superior de Justicia, dentro de las cuales se contempla la resolución de las acciones contra la omisión legislativa.

Se considera que la Constitución de Tlaxcala sienta contundentes bases sobre la omisión legislativa y su inconstitucionalidad, ya que dispone que dicha omisión puede ser producto de la inactividad de los principales generadores de normas, por no decir los únicos, como lo son el Congreso, el Gobernador, los Ayuntamientos y los Consejos Municipales, y por ello es que se utiliza el adjetivo de *legislativa,* es decir como una función del estado, no como una identificación

[11] Publicada el 30 de noviembre de 2001.
[12] Publicada en el Núm. Extraordinario del *Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala,* el día jueves 10 de enero de 2002.

del órgano omiso; y, aunado a que se legitima procesalmente a los individuos para la promoción de esta acción, con lo que se da a la dicha acción un toque popular.

4.1.3. Chiapas

A finales del año 2002,[13] la Constitución del Estado de Chiapas fue reformada, sobre todo en los aspectos relacionados con el Poder Judicial y los mecanismos de protección de la misma. En esa reforma introdujo figuras como la del Consejo de la Judicatura y la carrera judicial, pero lo más significativo fue que instituyó una serie de garantías constitucionales tales como la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, la acción por omisión legislativa y la cuestión de inconstitucionalidad.

Así pues, el artículo 64 de la Constitución Política del Estado de Chiapas, define a la *justicia de control constitucional como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de esta Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional;* en el mismo artículo establece que el objeto de ese control es *dirimir de manera definitiva e inatacable los conflictos constitucionales que surjan dentro del ámbito interior del Estado, conforme a este artículo, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 103, 105 y 107, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

Según el artículo 57 de la Constitución Chiapaneca, el Tribunal Superior de Justicia de Chiapas se integra por: *I. El Tribunal Constitucional. II. Las salas regionales colegiadas. III. Los juzgados de primera instancia. IV. Los juzgados y salas especializadas en justicia para adolescentes. V. Los juzgados de paz y conciliación. VI. Los juzgados de paz y conciliación indígena. VII. Los juzgados municipales. VIII. El Centro Estatal de Justicia Alternativa. IX. El Instituto de Defensoría Social*.

Así pues, el artículo 63, fracción III de la Constitución de Chiapas establece que el Tribunal Constitucional tiene, entre otras atribuciones, la de *conocer de las*

[13] Mediante Decreto de reforma publicado el 6 de Noviembre de 2002 en el *Periódico Oficial de Chiapas*.

controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, acciones por omisión legislativa y de las cuestiones de inconstitucionalidad; centrándonos en la tercera atribución.

Para dar cumplimiento a esa atribución, *la de conocer acciones por omisión legislativa,* según el artículo 64, fracción III, de ese mismo ordenamiento, el Tribunal Constitucional *conocerá y resolverá de las acciones por omisión legislativa cuando se considere que el Congreso del Estado no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución.* Esta reglamentación pareciera que va más encaminada al control del proceso legislativo que a la corrección de la omisión legislativa, pero aun así lo que se busca finalmente es el retraso en el proceso legislativo.

Los legitimados para promover la acción por omisión legislativa son: a) El Gobernador del Estado; b) Cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso del Estado; c) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos; y, d) Cuando menos el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.

Actualmente, Chiapas cuenta con una Ley del Control Constitucional[14], la cual reglamenta esta acción y en su parte considerativa establece que:

> *... el objetivo primordial de la acción por omisión legislativa es la de garantizar que el poder legislativo como ente público del estado cumpla con su deber de dotar a la comunidad de la cual emana las leyes y disposiciones legales que permitan la armónica convivencia de los miembros de esta. La acción por omisión legislativa tiene por objeto también evitar que el legislador ejerza su poder en contravía del sistema axiológico de la constitución o de los derechos fundamentales de cada uno de los habitantes del territorio. De esta forma surge la necesidad no solo de controlar la constitucionalidad de sus actos sino también de garantizar que la comunidad sufra algún perjuicio por parte del legislador al actuar al margen del derecho constitucional y en violación del mandato claro del constituyente.*

De lo anterior, se puede advertir que la preocupación del reformador chiapaneco lo era el evitar los abusos por parte del poder legislativo, no sólo en cuanto a su acción, sino también su omisión.

[14] Publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Chiapas* el día jueves 25 de octubre del año 2002.

Ahora bien, respecto a su procedencia, el artículo 97 de la Ley del Control Constitucional del Estado de Chiapas, señala que *procede la acción por omisión legislativa, cuando el congreso no resuelva alguna iniciativa de ley o decreto en los términos que establezca la legislación respectiva y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución Política Local*.

Retomando a Carlos Báez Silva, afirma que el ejercicio de la acción presupone: 1) La existencia de una iniciativa de Ley debidamente presentada; 2) La violación de los plazos del procedimiento legislativo establecidos en la Ley Orgánica y Reglamento Interno del Congreso de Chiapas, lo que genera que, 3) El Congreso no resuelve sobre la iniciativa, ya sea porque no se inició el trámite interno, o bien que la comisión responsable de conocer que la misma no haya presentado el dictamen al Pleno del Congreso, o que el Pleno del Congreso no ha abordado la aprobación del dictamen que le presentó la comisión respectiva, o bien el Pleno pudo haber aprobado el dictamen o iniciativa en lo general, pero no en lo particular;[15] en resumen, que la iniciativa de ley esté *congelada en el Congreso*.

Siguiendo a Báez Silva, señala que

> *la omisión o retraso del procedimiento legislativo es una violación directa de la legalidad (que rige el procedimiento legislativo) y sólo después se llega a configurar la infracción constitucional; tal como está redactado el ordenamiento citado, la acción por omisión procede cuando no se resuelve sobre una iniciativa legislativa y tal retraso puede generar una violación constitucional. Esto desvirtúa la naturaleza de la inconstitucionalidad por omisión legislativa puesto que se utiliza este instrumento para vigilar del cumplimiento del debido proceso.* [16]

Esta reglamentación puede ser criticada en el sentido de que pretende controlar el proceso legislativo más que la corrección de la omisión legislativa que es la que en realidad obstaculiza que la Constitución despliegue sus efectos, y a diferencia de los casos antes expuestos, está de manifiesto la coacción al

[15] Báez Silva, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México,* México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, p. 103.
[16] *Idem.*

legislador para evitar la excesiva tardanza en la discusión y aprobación de las iniciativas presentadas.

Ahora bien, según el artículo 98 de la citada Ley de Control Constitucional, se estipula que:

> *El plazo para iniciar la acción por omisión legislativa se sujetara a lo siguiente: Si transcurridos treinta días naturales, posteriores a la presentación de la iniciativa o decreto materia de la omisión, el Poder Legislativo no resolviere. A partir del día siguiente al vencimiento de dicho plazo, se contara con treinta días naturales para ejercitar la acción. Dichos plazos correrán, con independencia de que el congreso se encuentre en período ordinario de sesiones o en receso.*

Es decir, que el Congreso tiene 30 días naturales contados a partir de la presentación de la iniciativa de Ley o Decreto para resolver al respecto; y, si vencido ese término no lo hiciere, los legitimados cuentan a su vez con 30 días para iniciar la acción por omisión legislativa.

Como se puede apreciar, se ve claro que el objetivo de la acción por omisión legislativa en Chiapas consiste en evitar que las iniciativas legislativas permanezcan indefinidamente en los archivos del Congreso. Y para abonar a esta idea, al crearse la Ley de Control Constitucional antes mencionada, en su parte considerativa, se expone lo siguiente:

> *… la acción por omisión legislativa es un mecanismo o medio de control constitucional que tiene por objeto garantizar la constitucionalidad de los actos legislativos ya que al poder legislativo le corresponde la obligación de hacer las leyes, definir el marco jurídico de la acción de gobierno. Emergiendo de esta manera el principio de legalidad al cual debe estar sometido la administración pública, los entes y órganos de un estado, es importante resaltar que el poder de impulsión que tiene el legislador consiste en concretar las soluciones a las necesidades y problemas de la comunidad; son las leyes las que impulsan la vida un estado de derecho pues, como se sabe, ellas conforman un mandato de acción para los gobernantes y de acatamiento para estos y los gobernados…*

Por lo que respecta a las partes en el proceso de la acción por omisión legislativa, el artículo 100 de la Ley de Control Constitucional señala que son parte en el proceso: 1) Actores: a) El Gobernador del Estado, b) Una tercera parte de los miembros del Congreso; y c) Una tercera parte de los Ayuntamientos de los Municipios que integran el Estado; 2) Demandados: a) El Congreso del Estado; y

b) Alguna de las Comisiones del propio Congreso; y 3) Terceros interesados: a) El Gobernador del Estado; b) Una tercera parte de los miembros el Congreso; y c) El Procurador General de Justicia del Estado.

Respeto a los requisitos que debe contener la demanda por la que se ejercita la acción de omisión legislativa son:[17]

I. Los nombres y firmas de los promoventes;
II. Los Órganos Legislativos o Ejecutivo que hubieran remitido la iniciativa de ley o decreto omitido;
III. Las normas generales impugnadas;
IV. Los preceptos constitucionales que se estimen violados.

Ahora bien, respecto al trámite de esta acción, se señala que consiste básicamente en la presentación de la demanda y en su caso su admisión por parte del Magistrado instructor de la Sala Superior, se corre traslado a la Mesa Directiva del Congreso del Estado a fin de que rinda el informe respectivo, posteriormente, hay un periodo de alegatos y finalmente se dicta la sentencia por el Pleno de la Sala.

La resolución que emita la Sala Superior del Supremo Tribunal de Justicia del Poder Judicial del Estado, que decrete la existencia de la omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el *Periódico Oficial del Estado*; y, en dicha resolución se determinara un plazo que comprenda dos periodos ordinarios de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva sobre la iniciativa de ley o decreto de que se trate la omisión.[18]

[17] Artículo 99 de la Ley de Control Constitucional para el Estado de Chiapas.
[18] Artículo 110 de la Ley de Control Constitucional del Estado de Chiapas.

4.1.4. Quintana Roo

Mediante Decreto de reformas publicado en el *Periódico Oficial de Quintana Roo* el día 24 de octubre de 2003, la Constitución Política de ese Estado sufrió una gran reforma, en la que primordialmente se restructuró al Poder Judicial y se incluyó la figura del *control constitucional,* la cual se encuentra debidamente justificada en el artículo 104 de la propia Constitución y establece:

> *Artículo 104.- El control constitucional se erige dentro del régimen interior del Estado, como un medio para mantener la eficacia y vigencia de esta Constitución; tiene por objeto dirimir de manera definitiva e inatacable en el orden jurídico estatal, los conflictos que por la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, surjan en el ámbito interior del Estado entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo o entre uno de ellos y los municipios que conforman el Estado, o entre dos o más Municipios, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 76 fracción VII, 103, 105, 107 y último párrafo de la fracción II del 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

Respecto a la jurisdicción constitucional está dividida en dos órganos, tal y como lo establecen los artículos 103 y 105 de la Constitución de esta Entidad,

> *Artículo 103.- Corresponde al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, el Ejercicio de las siguientes atribuciones: I… II... III...IV…V...VI… VII… VIII.- Resolver las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad local y las acciones por omisión legislativa, en términos de los artículos 104 y 105 de esta Constitución y conforme al procedimiento que establezca la Ley respectiva… … Artículo 105.- Para el cumplimiento de las atribuciones señaladas en la fracción VIII del Artículo 103 de esta Constitución, el Tribunal Superior de Justicia contará con una Sala Constitucional y Administrativa, integrada por un Magistrado numerario, que tendrá competencia para substanciar y formular, en los términos de la Ley respectiva, los correspondientes proyectos de resolución definitiva que se someterán al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, en los siguientes medios de control: I… II… III.- De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que la Legislatura del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna Ley o decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, siempre y cuando sean interpuestas por: A).- El Gobernador del Estado; o B).- Un Ayuntamiento del Estado. La resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia que decrete el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la Ley o decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el período ordinario que curse o el inmediato siguiente de la Legislatura del Estado; pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite. La Sala Constitucional y Administrativa, de oficio o a petición de parte, también conocerá de las contradicciones de tesis que se contengan en las resoluciones de las demás salas, debiendo presentar el proyecto al Pleno del Tribunal para los efectos de la fracción IX del Artículo 103 de esta Constitución. La Ley establecerá los términos en los que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia emita jurisprudencia, sobre la interpretación de*

leyes, decretos y reglamentos locales, así como los requisitos para su interrupción y modificación.

Así pues se tiene que la tramitación de la acción por omisión legislativa y la elaboración del proyecto de resolución corresponde a la Sala Constitucional y Administrativa, pero la resolución la emite el Pleno del Tribunal Superior de Justicia.

La Constitución del Estado de Quintana Roo, la concibe: *cuando se considere que la Legislatura del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna Ley o decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución.*[19]

De lo anterior se puede advertir que la figura estudiada busca cerciorarse de que el Congreso del Estado de Quintana Roo cumpla en tiempo y forma con todas y cada una de las etapas del proceso legislativo y que no demore o ignore por tiempos excesivos las iniciativas que ante él se presentan. Pero aunado a este objetivo, como los señala Rangel Hernández[20], el mérito, en esta materia de la legislación quintanarroense radica en el párrafo segundo del artículo 96 de la Ley Reglamentaria de los artículos 104 y 105 de la *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo*[21] que indica: *… se entenderá que afecta al debido cumplimiento del texto fundamental, cuando por el propio mandato constitucional el Congreso del Estado esté obligado a expedir alguna ley o decreto y éste no lo haga; o que expidiendo la ley o decreto lo haga de forma deficiente que no regule adecuadamente el precepto constitucional.* Ese mérito se debe a que la Ley Reglamentaria se arriesgó atinadamente y dio un enfoque acorde con la verdadera naturaleza de lo que es la inconstitucionalidad por omisión legislativa, ya que si bien se impone la obligación al legislador de expedir cierto decreto o ley

[19] Artículo 105, fracción III, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo.
[20] Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit,* nota 9, p.p. 217-218.
[21] Publicada mediante el *Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo*, el día jueves 15 de diciembre del año 2005.

(omisión absoluta o total), lo haga de forma adecuada y eficiente (omisión relativa o parcial).

Todo lo anterior, identifica a la institución de mérito con la típica acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, no obstante, es de dudarse si los preceptos jurídicos, tanto el constitucional como el reglamentario realmente coinciden con la intensión original del constituyente, o si por el contrario está dando una reconducción a la acción en su sentido original; es por ello que para evitar dudas y problemas interpretativos, hubiera sido conveniente que lo plasmado en la Ley Reglamentaria se hubiera establecido a nivel constitucional.

Otro aspecto importante a destacar en lo establecido por la legislación estatal quintanarroense es que puntualiza varios elementos constitutivos de la acción por omisión legislativa, tal como es la violación constitucional por la inactividad del legislador, el mandato a legislar y la ausencia parcial o total de la norma en cuestión.

La acción de la que aquí se habla únicamente se limita al legislador local; y, además cuenta con una legitimación restringida, ya que dicha acción sólo puede promoverla el Ejecutivo Local o un ayuntamiento del Estado; no existe plazo para ejercitarla y su objeto de control es la Constitución Local.

El proceso da inicio con la presentación de la demanda, la cual, en caso de ser oscura o irregular deberá ser aclarada, previo líbelo de prevención del Magistrado de Sala Constitucional y Administrativa; cabe destacar que si el Magistrado lo considera pertinente y el asunto lo amerita correrá traslado al Procurador General de Justicia del Estado.

Posteriormente, el Magistrado de Sala solicitará al Director del Periódico Oficial del Estado que informe si existe la publicación o no de la ley que se considera se ha omitido expedir por parte del Congreso del Estado. Al recibir dicho informe y de no existir publicación alguna, el Magistrado de Sala dará vista a la mesa directiva del Congreso, para que éste rinda un informe que contenga las razones y fundamentos por los cuales ha omitido expedir la ley que por mandato

de la constitución del Estado está obligado a expedir, en los periodos de receso del Congreso dicho informe debe ser rendido por la mesa directiva de la Diputación Permanente.

En caso de que existiera una iniciativa de ley o decreto que desarrolle el mandato constitucional y que hubiese sido turnada a la comisión correspondiente, relacionada con la iniciativa, se dará vista a ésta para que rinda por separado el informe con justificación respectivo.

Después de presentados los informes referidos o habiendo transcurrido el plazo para su presentación, el Magistrado de Sala pondrá los autos a la vista de las partes a fin de que formulen alegatos. Al igual que en la mayoría de las entidades, el Magistrado de Sala hasta antes de dictar sentencia, podrá solicitar todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto. Finalmente, el Magistrado de Sala propondrá al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, el proyecto de sentencia para la resolución definitiva del asunto planteado. Dicha resolución surtirá sus efectos a partir de su publicación en el *Periódico Oficial de Gobierno del Estado*. En dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la Ley o decreto de que se trate la omisión el cual será a más tardar en el periodo ordinario que curse o el inmediato siguiente. El incumplimiento de la sentencia acarrea la destitución y el fincamiento de responsabilidad penal, o en su caso la posibilidad de fincar responsabilidad política.[22]

[22] Báez Silva, Carlos, op. cit, nota 15, p. 139.

4.1.5. Coahuila

En marzo de 2001 se adicionó en la Constitución Política el Estado de Coahuila de Zaragoza, en su Título Quinto, el Capítulo IV dedicado a la "Justicia Constitucional Local",[23] debido a que en ese momento sólo contemplaba a las controversias constitucionales locales y a las acciones de inconstitucionalidad, ya que será hasta posterior reforma en el 2005 cuando se positiviza la acción por omisión legislativa.[24]

En este modelo de control constitucional implementado por esta entidad, se adoptó el control difuso,[25] tal y como lo establece el tercer párrafo del artículo 158, que a la letra dice:

> *Cuando la Autoridad Jurisdiccional considere en su resolución que una norma, es contraria a esta Constitución, con base en lo establecido por el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deberá declarar de oficio su inaplicabilidad para el caso concreto. En este supuesto, el Tribunal Superior de Justicia podrá revisar la resolución en los términos que disponga la ley.*[26]

[23] Decreto publicado en el *Periódico Oficial* el 20 de marzo de 2001.
[24] Decreto publicado en el *Periódico Oficial* el 21 de junio de 2005.
[25] Como se ha mencionado, se trata de un sistema de control constitucional creado en Estados Unidos a partir de la sentencia dictada en 1803 en el célebre caso "Marbury vs. Madison", éste faculta a toda autoridad judicial de cualquier rango o circunscripción territorial a analizar la constitucionalidad de las normas que se adecuen al caso concreto de que está conociendo y en caso de que éstas sean contrarias a la constitución federal debe desaplicarlas.
[26] En concreto sobre la entidad, la exposición de motivos de la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado, en lo conducente dice: *Surge así en el texto de la Constitución del Estado y ahora en este Ley Reglamentaria, un control de constitucionalidad prejudicial, indirecto y concreto a través del cual la Constitución y Ley llaman a la jurisdicción ordinaria local, formal o material, a colaborar con la justicia constitucional interna. Así en un litigio que enfrenten dos partes, ante un tribunal judicial o administrativo, en cuya resolución haya de aplicarse una norma que el juzgador estime inconstitucional, dará prioridad a la inaplicabilidad de dicha norma, expresando con claridad los motivos por los que la estima contraria a la Constitución y la medida en que la decisión de fondo depende de la validez de la disposición general cuestionada. Empero, como el Tribunal Superior de Justicia del Estado, es la suprema autoridad en orden a la interpretación de la Constitución Local, la determinación de inconstitucionalidad asumida por los tribunales de instancia debe ser revisada de oficio por la Alzada. Es así como el Tribunal Superior de Justicia del Estado, ejerce un control de constitucionalidad que puede clasificarse como concreto, porque en el origen del proceso constitucional existe una controversia en la que la disposición general aplicable es contraria a la Constitución. La centralización en este tipo de control, permite el establecimiento de criterios uniformes en orden a la constitucionalidad de leyes en materia civil, penal o administrativa."* Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit,* nota 9, p. 220.

La inconstitucionalidad por omisión legislativa, regula una doble vertiente:

a. *La regulación constitucional y en ejercicio del control concentrado.*
b. *Con regulación legal y en ejercicio del control difuso.*

4.1.5.1. La regulación constitucional y en ejercicio del control concentrado

A nivel constitucional se encuentra cierta regulación en materia de omisión legislativa, no obstante que la mala técnica legislativa jurídica se hace presente. Dicha omisión legislativa no tiene una reglamentación propia e independiente, sino que se encuentra inmensa dentro de la acción abstracta de inconstitucionalidad. Por lo que ve a la competencia, la misma recae en el Pleno del Tribunal Superior de Justicia en su carácter de Tribunal Constitucional Local, quien es el encargado de resolver en forma definitiva y sin recurso alguno todos los conflictos constitucionales.[27]

El artículo 158 de la Constitucional Local, en su fracción II, prevé las acciones de inconstitucionalidad local, *que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma o acuerdo de carácter general y esta Constitución;* aun y cuando parezca contradictorio en su número 3 inciso f) determina que las mismas proceden en contra de *la omisión normativa, consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria.*

Ahora bien, dada que la anterior regulación se aprecia vaga e imprecisa, es necesario auxiliarse de la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza[28].

Siguiendo lo anterior, tenemos que el artículo 6 de dicha Ley Constitucional Local menciona que el objeto de las acciones de inconstitucionalidad local *es plantear la posible contradicción entre una norma o la falta de la misma la Constitución del Estado en base al principio de supremacía constitucional local y*

[27] Ibidem, p. 221.
[28] Publicada en su *Periódico Oficial* el 12 de julio de 2005.

por vía de consecuencia, declarar su validez o invalidez, o en su caso, declarar la inconstitucionalidad por omisión.

Posteriormente, el artículo 8 señala que en estas acciones puede plantearse la omisión normativa. Por su parte, el artículo 71 fracción V prescribe que existe inconstitucionalidad por omisión legislativa *cuando la Constitución del Estado resulta incumplida por falta de las disposiciones de carácter general necesarias para hacer aplicables sus preceptos.*

Por último, la parte *in fine* del artículo 88 determina que *cuando el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado verifique la existencia de inconstitucionalidad por omisión, lo comunicará al órgano competente para que en un plazo razonable, dicte las disposiciones legislativas necesarias que permitan se aplique el precepto de la Constitución falto de reglamentación, pero en todo caso expedirá los principios, bases y reglas normativas a regular conforme a su fallo.*

Aún y cuando no se establece un plazo para ejercitar la acción abstracta de inconstitucionalidad en contra de la omisión normativa, en primer término se presentará la demanda ante el Tribunal Superior de Justicia del Estado, cuyo Presidente designará a un Magistrado instructor, el cual procederá a la revisión; y, en su caso, desechamiento, prevención o admisión de la misma; en caso de ser admitida se dará vista a los órganos del Estado o del Municipio, que hubieren faltado sobre la emisión de la norma respectiva otorgándoles un plazo de quince días para que procedan a rendir un informe, en el que manifiesten lo que a su derecho convenga, posteriormente se darán cinco días para formular alegatos, luego el Magistrado emitirá un proyecto de sentencia que someterá a consideración del Pleno para que éste dicte la sentencia definitiva. [29]

[29] Respecto a la Justicia Constitucional en Coahuila, es de consultarse Froto Madariaga, Germán, *La justicia Constitucional en Coahuila,* en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y González Oropeza, Manuel, *La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas,* México, Porrúa, 2006,

4.1.5.2. Con regulación legal y en ejercicio del control difuso

El artículo 65 de la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza dispone que *en el ejercicio de este control difuso, los jueces también podrán analizar la inconstitucionalidad por omisión cuando la falta de norma requiera ser colmada o resuelta para garantizar la tutela judicial efectiva.*

Dado que este principio no tiene sustento constitucional, sino reglamentario, se puede poner en duda la validez de este instituto.

De la lectura del anterior numeral en forma aislada, se puede suponer que si cualquier juez, sin importar su competencia o jerarquía, al estudiar los casos sujetos a su jurisdicción, se encuentra con una omisión legislativa inconstitucional que no permita su resolución, puede analizar la misma, pero no queda claro cuál será el efecto o consecuencia de esto; una sería que dictarán sentencias atípicas e incluso llegar al extremo de hacer la cobertura del orden jurídico con todos los riesgos que esto implica.

A pesar de que presenta esta figura varios inconvenientes y podría generar ciertos riesgos, es un acierto que la inconstitucionalidad por omisión legislativa, dada su relevancia sea detectada y analizada vía control difuso, siempre y cuando se regule expresamente que su resolución corresponde en forma concreta al Pleno del Tribunal Superior de Justicia.

4.1.6. Guerrero

A la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos de la entidad, se le debe el proyecto de reforma integral a la Constitución Local del Estado de Guerrero,[30] en el cual se propone la creación de una Corte Constitucional independiente al Poder

[30] Al respecto, véase: Cienfuegos Salgado, David; Garza Grimaldo, José Gilberto y González Oropeza, Manuel, *Proyecto de Reforma Integral de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero,* en Cienfuegos Salgado, David y Morales Carrasco, Ricardo (Coords.), *Propuestas para un nuevo constitucionalismo local. Ideas y proyectos de Constitución para las entidades federativas mexicanas,* México, El Colegio de Guerrero, 2006, pp. 91-136.

Judicial, misma que contaría, entre otras atribuciones, la de sustanciar y resolver las acciones por omisión legislativa:

> *Conocerá de las acciones por omisión legislativa o reglamentaria, cuando se considere que el Congreso o cualquier órgano del poder público estatal o municipal, con facultades para legislar o reglamentar, no ha aprobado alguna ley, decreto o reglamento, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución. Cualquier ciudadano o servidor público podrá interponer esta acción. En la resolución que se dicte se determinará un plazo que comprenda dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión; en el caso de cualquier otro órgano del poder público o de los municipios, el plazo para dictar la norma respectiva será de tres meses. Dicha resolución surtirá sus efectos a partir de su publicación en el periódico oficial. Si transcurrido el plazo no se atendiera la resolución, la Corte Constitucional dictará las bases a que deberán sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley, decreto o reglamento, y se procederá a la revocación del mandato de la legislatura o autoridad omisa.*

Este tipo de proyecto consiste en la implementación de una acción específica para el tratamiento de la omisión legislativa inconstitucional, la cual se trataría de una figura amplia, puesto que procede en contra de la omisión imputable al Poder Ejecutivo, Legislativo Local, así como de las Autoridades Municipales, en lo que ve a las facultades reglamentarias; también es de observarse que goza de una legitimación activa plena, al tratarse de una acción popular; que la solución que prevé para el caso de constatarse la omisión legislativa vulneradora de la Constitución Local consiste en otorgar un plazo para que la autoridad omisa emita la normatividad respectiva y para el caso de incumplimiento de la sentencia correspondiente, la Corte Constitucional estará facultada para emitir las bases con las que se actuará temporalmente en lo que la emisión respectiva sucede; además es de destacarse la imposición de sanciones fuertes a la autoridad omisa, como es la revocación de su mandato.

4.1.7. Tabasco

Con fecha 12 de febrero del año 2007, se presentó ante la Mesa Directiva del Congreso del Estado de Tabasco, una iniciativa de reformas constitucionales, que incluye la creación de una Sala Constitucional del Estado de Tabasco, como un

organismo constitucional autónomo e independiente del Poder Judicial, que se encargue de la defensa de los Derechos Fundamentales.

Posteriormente, el 26 de febrero del año 2007, se presentó otra iniciativa que serviría para regular la figura citada en el párrafo anterior y la cual consiste en la creación de la Ley de Control y Defensa de la Constitución Política del Estado de Tabasco, en la que se propone que la Sala Constitucional tenga competencia para conocer de las Controversias Constitucionales Locales, las Acciones de Inconstitucionalidad Locales, los Juicios de Derechos Humanos Fundamentales del Estado de Tabasco, y las Acciones por Omisión Legislativa, las cuales podrán ser formuladas por los ciudadanos que vean afectados sus derechos fundamentales por dichas omisiones legislativas, así como por los magistrados o jueces del estado, cuando tengan duda sobre dichas omisiones legislativas a nivel local en materia de derechos humanos, el Titular de la Comisión de Derechos Humanos del Estado, y en materia electoral, el Consejero Presidente del Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Tabasco.[31]

Al respecto el artículo 67 de la iniciativa de la Ley de Control y Defensa de la Constitución Política del Estado de Tabasco establece: *Procede el juicio de acción por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna Ley o Decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco. Se entenderá que afecta al debido cumplimiento del texto fundamental, cuando por el propio mandato constitucional el Congreso del Estado, esté obligado a expedir alguna ley o decreto y éste no lo haga; o que expidiendo la ley o decreto lo haga de forma deficiente que no regule adecuadamente el precepto constitucional.*

Siguiendo lo establecido en dicha iniciativa, el artículo 78 señala que: *La resolución que emita el Pleno de la Sala Constitucional, que decrete la existencia de la omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el*

[31] Rangel Hernández, Laura Maribel, *op. cit,* nota 9, p. 229.

Periódico Oficial del Gobierno del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la Ley o decreto de que se trata la omisión, que será a más tardar en el periodo ordinario que curse o el inmediato siguiente el Congreso del Estado; pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite.

4.2. Breves comentarios sobre la Inconstitucionalidad por omisión legislativa en diversos países

El cuanto al campo del Derecho Comparado hay que afirmar que no sólo se enmarca dentro de los criterios propios de la investigación jurídica, sino que, además, posee unas especificidades que le otorgan el carácter de disciplina independiente, aunque, eso sí, sin rebasar los límites de la Ciencia del Derecho. Al respecto Pizzorusso señala por una parte que *el método empleado por los estudiosos comparatistas es exclusivamente el métodos jurídico, por lo cual desde este punto de vista ninguna diferencia existe entre la obra de los cultores del Derecho Comparado y la de los cultores de las otra disciplinas jurídicas, mientras que existe una correspondiente distinción entre sus obras y la de los filósofos, sociólogos, antropólogos, etnólogos y politólogos;*[32] y, por otra parte, indica que *se distingue de cualquier disciplina jurídica por el hecho de asumir como propio objeto de estudio una pluralidad de ordenamientos jurídicos que actualmente operan.*[33]

García Pelayo llegó a afirmar que la misión del Derecho Constitucional Comparado es el estudio teórico de las normas jurídico- constitucionales positivas de varios Estados, preocupándose de destacar las singularidades y los contrastes entre ellos o entre grupo de ellos.[34]

[32] Pizzorusso, Alessandro, *Curso de Derecho Comparado*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 79.
[33] Ibidem, p. 80.
[34] García Pelayo y Alonso Manuel, *Obras Completas,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 249-250.

4.2.1. Portugal (Previsión constitucional)

El ordenamiento de este país supone uno de los de mayor relevancia en el campo del instituto que aquí se estudia; y no es sólo por su consagración en el derecho positivo, sino también por su evolución, tanto por una labor jurisprudencial como una destacada producción doctrinal. Al respecto, Jorge Miranda y José Joaquím Gomes Canotilho deben ser considerados como dos de los más relevantes especialistas en la materia.[35]

La regulación original de la Carta Magna de 1976, preveía un complejo sistema de control de naturaleza política al estar dominado por el Consejo de la Revolución, a su vez asesorado por un órgano jurídico que era la Comisión Constitucional, el cual era considerado como un órgano de naturaleza consultiva que puede considerarse como el precedente al actual Tribunal Constitucional.

Uno de los principales juristas que ha elogiado a esta figura es el mexicano Fix-Zamudio.[36] A partir de 1982, el control de la constitucionalidad de las normas responde a un esquema mixto.[37] Por un lado, todos los órganos judiciales pueden pronunciarse acerca de la inadecuación de una norma a la Constitución y por el otro, existe un Tribunal Constitucional independiente.

La principal función de dicho Tribunal Constitucional es el control de la constitucionalidad, bajo el cual se encuentra una fiscalización preventiva de la constitucionalidad de las normas, un control abstracto sucesivo, uno concreto y la omisión inconstitucional.

En el texto inicial de la Constitución de 1976, según indica José Julio Fernández Rodríguez, se está en presencia de un control de carácter político que

[35] Respecto al profesor de Lisboa Jorge Miranda, comenzó sus estudios sobre el tema aún antes de la recepción positiva del mismo en la Constitución de 1976. De esta forma, en los años sesenta refiriéndose al Estado Social y a las normas programáticas estimaba que el problema de la inconstitucionalidad por omisión era uno de los principales y específicos de este tipo de normas.

[36] Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales,* Madrid, UNAM-Civitas, 1982, p. 206.

[37] Nunes de Almeida, Luis, *El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones,* REP, núm. 60-61, abril-septiembre, 1988, p. 859.

orbitaba en torno del Consejo de Revolución (*Conselho da Revolucao),* el cual era un órgano colegiado cuya función consistía en la de llevar a cabo el asesoramiento del Presidente de la República y mostrarse como garante de la observancia constitucional, al otorgarle competencia para adoptar las medidas necesarias en el cumplimiento de las normas constitucionales, pudiendo al efecto formular recomendaciones.[38]

El complemento del proceder del Consejo se hallaba en la denominada Comisión Constitucional, que era un órgano técnico jurídico que emitía de forma obligatoria *sugerencias* dirigidas a dicho Consejo, en los que daba su opinión acerca de la existencia de una omisión inconstitucional. Este órgano poseía carácter meramente consultivo y por lo tanto sus sugerencias podían ser rechazadas. Para Miranda, existen dos momentos ligados: el primero, un juicio sobre la inconstitucionalidad que efectúa el Consejo de la Revolución precedido del parecer de la Comisión Constitucional, basado en criterios jurídicos; y el segundo, un juicio sobre la emisión de la recomendación, de carácter declarativo, dirigida a los órganos legislativos y con esencia política.

Ahora bien, como la recomendación que emitía el Consejo de la Revolución era simplemente declarativa, exenta de coactividad, ya que no sustituía a la Asamblea de la República, se decía que la operatividad práctica del instituto fue puesta entredicho; al respecto, Gomes Canotilho aduce una serie de razones que justificarían esta carencia de operatividad: *la ausencia de un defensor de la Constitución, con poderes suficientes, la inexistencia de iniciativa de los ciudadanos e n la materia, la ausencia de fundamentos de una acción administrativa de defensa contra las omisiones legislativas, y la insuficiencia del instrumento típico del Estado de Derecho.*[39]

[38] Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El Caso Español,* Madrid, Civitas S.A., 1998, p. 249.
[39] Gomes Canotilho, José Joaquim, Constitución dirigente y vinculación del legislador, Coímbra, Coímbra Editora, 1982, p. 327.

Al pasar de los años, la importante revisión constitucional de 1982, apunta a que la omisión inconstitucional gira en torno a la inaplicación de los artículos no directamente exigibles de la Carta Magna por la ausencia de la legislación que les dote de aplicabilidad. Por lo tanto, sólo son jurídicamente relevantes en el ordenamiento portugués las omisiones de medidas legislativas, excluyendo el control de inconstitucionalidad por omisión a los actos no legislativos, principalmente a los actos políticos.[40] La carencia de legislación opera con causa; y, su consecuencia, es la inaplicación y la ineficacia e ineficiencia de concretas normas de la Ley Fundamental, concretamente aquellas que necesitan de manera indefectible la actividad legislativa al no ser exigibles de forma directa.

Siguiendo a Jorge Miranda, en su *Manual de Derecho Constitucional*, es plausible la necesidad de concreción en la norma vulnerada dado que, de otra forma, sería difícil que operase el principio de seguridad jurídica y la indefinición fomentaría la preeminencia de los elementos extrajurídicos. En este caso, el intérprete será el que determine qué normas constitucionales no son exigibles por sí mismas, respecto a las cuales se podrá dar la omisión, y qué normas sí lo son.

El carácter de inexigibilidad no priva a estos preceptos de su carácter constitucional ni de su cualidad de verdaderas normas jurídicas. De la misma manera, será el intérprete el que opere casuísticamente para establecer la suficiencia o insuficiencia de determinada regulación legal que se trate de dotar de exigibilidad a una norma constitucional, puesto que la emanación de una ley en sentido formal no tiene por qué suponer la concesión automática de efectividad a un precepto de la norma básica. Aunque, por otro lado, semejante efectividad sólo vendrá dada por ley en sentido formal, no siendo posible una norma de nivel inferior.[41]

[40] Nunes de Almeida, Luis, op. cit, nota 37, p. 867.
[41] Véase: Miranda, Jorge, *Manual de Derecho Constitucional*, Coímbra, Coímbra Editora, 1993, Vol. II, pp. 519-520.

Así pues, la omisión inconstitucional se presenta en el ordenamiento jurídico portugués como un control de naturaleza *a posteriori,* sin ostentar un principio de carácter preventivo, ni mucho menos sustitutivo.

Finalmente, es dable hacer mención a que según José Julio Fernández Rodríguez, siguiendo a Jorge Miranda, son cuatro las diferencias entre la legislación lusa de 1976 y la revisión constitucional de 1982:[42]

- Mientras que en 1976 el órgano controlador actuaba de oficio, en 1982 la iniciativa corresponde a otros órganos diferentes a aquél que realiza el control (Presidente de la República, Ombudsman o Proveedor de Justicia y al Presidente de la correspondiente asamblea legislativa regional).
- En la redacción original decidía el Consejo de la Revolución previo parecer de la Comisión Constitucional, por el contrario, en la iniciativa de 1982, decide por sí sólo el Tribunal Constitucional.
- En 1976, se preveía una recomendación a los órganos legislativos, en cambio en 1982, *se pone de conocimiento* al órgano legislativo la omisión legal.
- En 1976 la emisión de la recomendación por parte del Consejo de la Revolución era potestativa de éste; en 1982 *la puesta en conocimiento*, una vez declarada la omisión, es obligatoria.

Se considera que como en tantas otras ocasiones, da la impresión de que los condicionamientos políticos le han ganado la partida a los mecanismos jurídicos.

[42] Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit, nota 38, p. 259.

4.2.2. Yugoslavia (Previsión constitucional)

Le corresponde la primera instauración en el terreno positivo constitucional de este tipo de inconstitucionalidad. Concretamente, será la ya derogada Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia de 21 de febrero de 1974, en su artículo 377, la que recoja el instituto, y que señalaba:

> *Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución necesarias de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, dará del hecho conocimiento a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia.*

El anterior precepto asume un concepto de inconstitucionalidad por omisión que gira en torno a la falta de desarrollo que imposibilita la ejecución de las disposiciones de la Carta Suprema; a esta idea, se añade la carencia de ejecución de leyes federales y de prescripciones federales y actos generales.[43] De esta forma, se hace presente la inactividad responsable en que recaen los órganos competentes para la ejecución de las normas aludidas. Así, el Tribunal Constitucional efectuaba una doble labor: en primer lugar constataba tal omisión, y después, informaba al órgano legislativo. La regulación terminaba ahí por lo que había que entender que solamente se estaba en presencia de una recomendación sin coacción jurídica, quedando la inacción del legislativo en el terreno meramente político, aún y cuando esto se encontraba matizado por el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal y los de las Repúblicas y de las Providencias autónomas podían presentar a los órganos legislativos competentes propuestas de elaboración o modificación de leyes o tomar otras medidas que persiguieran la garantía de la constitucionalidad o de la legalidad. Además, podían abrir *ex officio* el proceso de control de la constitucionalidad.

Finalmente, cabe destacar que los acontecimientos históricos darán lugar a la desaparición de esta República Federal, que será sustituida por varios estados, alguno todavía, hasta la fecha, intentando formarse. La continuidad del anterior

[43] Ibidem, p. 246.

Estado yugoslavo quizá habrá que predicarse en Serbia y Montenegro, cuya Constitución de 27 de abril de 1992 puso fin a la vigencia del texto de 1974, de ya dudosa aplicación y efectividad real desde el comienzo de las rupturas y el conflicto bélico.[44]

4.2.3. Brasil (Previsión constitucional federal y estadual)

Hay un importantísimo auge de los estudios de Derecho Constitucional que se han experimentado en dicho país. Este crecimiento se dio a partir del año de 1988 cuando se aprobó una nueva Constitución, un texto que ha tratado de incorporar novedosos mecanismos que permiten situarla, entre las más avanzadas del mundo; el problema aquí es que al momento de poner en práctica el contenido constitucional, carece de eficiencia y eficacia, por lo que, como cuestiona Martin Kriele, *¿No se basa también la validez del Derecho en su eficiencia?*[45]

Tras un largo periodo de gobierno monárquico, en el cual se encuentra una cierta estabilidad política, se produce el advenimiento del régimen republicano que trae consigo la estructuración federal del país. La agitación irá en aumento llegando el ejército a la asunción del poder en 1964. Más tarde y tras veinte años de autoritarismo, con la masiva participación en la elección directa del presidente de la República, posibilitó la apertura del periodo de elaboración del actual texto fundamental; así pues, el 15 de noviembre de 1986 tiene lugar elecciones constituyentes de las que nace una Asamblea que elaborará el actual texto constitucional. [46]

[44] *Idem*.
[45] Kriele, Martín, *Introducción a la Teoría del Estado,* Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 17.
[46] Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit, nota 38, p. 275.

La Constitución de la República Federativa de Brasil de fecha 5 de octubre de 1988, es según Afonso Da Silva, *un texto moderno, con innovaciones de relevante importancia para el constitucionalismo brasileño.*[47]

Siguiendo a Da Silva, la forma de Estado que prevé es la federal y la forma de gobierno la república presidencialista. Los principios que vertebran esta Carta Magna, al margen del federal y republicano, son el de la división de poderes, el del Estado Democrático de Derecho y el democrático; asimismo, se encuentra una parte dedicada a los derechos fundamentales, la cual posee un peso grande en la estructura de la Constitución.[48]

Se han producido dos grandes grupos de reformas de la Ley Fundamental. El primero, basado en las facultades de enmienda; y el segundo, en cuanto al control de la constitucionalidad, atendiendo a que el sistema presenta elementos propios del método difuso y concentrado. De esta forma cualquier tribunal puede decidir el tema de la constitucionalidad, por vía de excepción, es decir, previa argumentación del demandado en su defensa, con lo que se imposibilita el control de oficio y se instaura la presunción de constitucionalidad. No obstante, la declaración de inconstitucionalidad sólo puede ser tomada por el voto de la mayoría absoluta de los integrantes del tribunal o de su órgano especial. La decisión puede ser llevada al Supremo Tribunal Federal a través del recurso extraordinario. Además, se prevé una acción directa de inconstitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal, al cual le compete la *guardia de la Constitución.*[49] Al margen de lo anterior, el Supremo Tribunal Federal también recoge la figura de la inconstitucionalidad por omisión, figura que ha sufrido la influencia del ordenamiento portugués.

Da Cunha Ferraz, tras indicar la trascendencia y la elevada dificultad que la cuestión plantea, recoge la misión de los poderes constituidos de desarrollar la

[47] Silva, José Afonso Da, *El sistema constitucional de Brasil,* en Fernández Segado, García Belaunde y Hernández Valle (coord.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos,* Madrid, Dykinson, 1992, p. 133.
[48] Idem.
[49] Silva, José Afonso Da, *Curso de Derecho Constitucional Positivo,* 8ª ed., Sao Paulo, Malheiros, 1992, p. 82.

Constitución, y, en caso contrario, el incumplimiento de un deber constitucional. La concepción de Da Cunha Ferraz es amplia dado que el ámbito del instituto no se limita a la inercia del legislador, aunque ésta sea la más difícil de controlar, sobre todo por lo que respecta a la ineficacia del control. Así las cosas, la inercia es inconstitucional si cualquiera de los órganos designados por la Ley Fundamental para la práctica de actos de toda naturaleza deja de practicarlos.[50]

Finalmente, el texto constitucional de 1988 recoge la figura de la inconstitucionalidad por omisión. Los preceptos relacionados con la figura se encuentran en la sección dedicada al Supremo Tribunal Federal, dentro del capítulo del Poder Judicial, y éste a su vez enmarcado en el titulo correspondiente a la organización de los Poderes.

Es importante señalar que esta figura es presentada en la Constitución de Brasil en un tono imperativo, bajo la cual se regula la obligación real y efectiva que sujeta a los órganos pertinentes para llevar a cabo las medidas que aseguren la eficacia de los preceptos constitucionales.

Dicho instituto sirve para tutelar, en principio, cualquier norma constitucional carente de eficacia y en la que el Supremo Tribunal Federal, órgano superior del Poder Judicial, y a la vez, guardián de la Constitución, no sustituye a órgano encargado de dar eficacia a la Norma Básica, sea de naturaleza legislativa, administrativa o, incluso, de cualquier otro tipo.[51]

La legitimación activa para interponer la acción de inconstitucionalidad por omisión, es amplia y pertenece al Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de los Diputados, la Mesa de una Asamblea Legislativa, el Gobernador de un Estado, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, un partido político con

[50] Cunha Ferraz, Anna Cándida Da, *Inconstitucionalidad por omisión: una propuesta para la Constitución,* Revista de Información Legislativa, núm. 89, enero-marzo, 1986, p. 49.
[51] Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit, nota 38, p. 281.

representación en el Congreso, y una confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional. [52]

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad por omisión, son básicamente dos: a) El primero, en los casos en los que la inactividad no sea de órgano administrativo, el Supremo Tribunal Federal simplemente pone en conocimiento del órgano que debería haber actuado el hecho de que su inacción vulnera la Ley Fundamental con el objeto de que tal órgano lleve a cabo la actividad pertinente. Asimismo, existe un mecanismo de indemnización de la parte lesionada por la omisión legislativa; y b) El segundo, es en los que la omisión es predicable de un órgano de carácter administrativo. Aquí el Tribunal también da a conocer esa situación transgresora del Texto Básico, pero se habla de un pazo de treinta días para que tome medidas necesarias para acabar con esa vulneración.[53]

Ante los anteriores efectos, se puede afirmar que la decisión del Tribunal se presenta como declarativa, ya que hay ausencia de ulteriores precisiones y mecanismos garantizadores que coaccionen al cumplimiento de dicha decisión. No obstante, es necesario mencionar que existe una responsabilidad civil por parte de los titulares de los órganos omisores.[54]

No se puede dejar de lado la figura de *El mandato de injunção,* cuya denominación fue sugerida por el senador Virgilio Távora, y es considerada la figura con más importancia y novedosa que contiene la actual Constitución brasileña, presentando unas destacadas potencialidades en la defensa de los derechos fundamentales, lo cual, para muchos juristas es considerada la pieza básica de todo Estado Democrático de Derecho. [55]

Para José Julio Fernández Rodríguez es *la acción que busca obtener una orden judicial que garantice, en el caso concreto, el ejercicio de los derechos y*

[52] Ibidem, p. 285.
[53] Ídem.
[54] Ibídem, p. 286.
[55] Ibidem, p. 288.

libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía inviables por la ausencia de normativa.[56]

Así pues pareciere que la norma constitucional que recoja tales derechos, libertades y prerrogativas no puede ser inmediatamente aplicable ya que la idea aquí no es la de la ineficacia, como ocurre en la inconstitucionalidad por omisión, sino la de la inexigibilidad o inviabilidad; por lo tanto, el contenido de la decisión que resuelve a este mandato siempre será el de otorgar el derecho reclamado en el supuesto concreto definiéndose las condiciones para esa satisfacción directa del derecho.

Desde la óptica que interesa, este mecanismo se presenta como un control de la inconstitucionalidad por omisión realizado de forma concreta y no de manera abstracta como en el caso anterior. Este instituto es considerado autónomo, en lo cual se basa el Supremo Tribunal Federal para rechazar la posibilidad de que un juez convierta este mandato en acción directa de inconstitucionalidad por omisión, al no existir la figura de la fungibilidad de acciones.[57]

La legitimación activa es tan amplia que puede extenderse a todo aquel brasileño o extranjero residente en Brasil, sean personas naturales o jurídicas, al que la falta de desarrollo de un precepto le imposibilita ejercitar un derecho o libertad constitucional.

Respecto al sujeto pasivo, apunta Othon Sidou que *por regla general el sujeto pasivo en el mandado de injunção es un órgano de autoridad, puesto que compete normalmente al poder público hacer posible el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales.*[58] Sigue argumentado el autor que:

> *habrá ocasiones que el poder público pueda delegar atribuciones cuyo ejercicio incide en el disfrute de derechos, libertades o privilegios constitucionales, con lo que se entendería el posible campo de la legitimación pasiva, porque no sólo los agentes importantes de las personas jurídicas a las que se atribuye el ejercicio de atribuciones de poder público poseen dominio en el cumplimiento de los derechos*

[56] Ibidem, p. 292.
[57] Ídem.
[58] Othon Sidou, J. M., *Las nuevas figuras del Derecho procesal constitucional brasileño: mandato de injunção y habeas data,* México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 70, enero-abril 1991, p. 176.

> *constitucionalmente consagrados, ya que al respecto puede mencionarse la limitación de los derechos de propiedad en el sistema financiero nacional. Con este sencillo ejemplo puede suponerse que la empresa privada también puede ser objeto del mandato de injunção.*[59]

Finalmente, tienen competencia para su conocimiento el Supremo Tribunal Federal, el Superior Tribunal de Justicia y los órganos pertinentes de la jurisdicción militar, electoral, laboral y federal, siendo la competencia del Superior Tribunal de Justicia de forma residual con relación a las demás.

4.2.4. Argentina (Previsión jurisprudencial y constitucional estatal)

La Constitución de fecha 3 de junio de 1988 de la provincia de Río Negro, recoge la omisión inconstitucional, correspondiendo al Superior Tribunal de Justicia la competencia para conocer de las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma de la cual se deriva un deber concreto a cargo del Estado provincial o de los municipios de la provincia. Asimismo dicha Constitución recoge la operatividad directa de los derechos y garantías enumerados explícita o implícitamente en la Carta de la provincia.

Bidart Campos señala que *cuando un Estado provincia o un municipio omite una norma y esa omisión supone el incumplimiento de un deber concreto, es posible presentar la correspondiente demanda ante el Supremo Tribunal, para lo cual está legitimado todo el que resultara perjudicado en un derecho personal o colectivo por semejante inercia.*[60]

En el supuesto de que sea posible, el Tribunal, declarada la omisión, integrará el orden normativo para el caso concreto, sin que esa integración tenga otra virtualidad más allá de las fronteras de ese caso. En caso de no poder llevar a cabo tal integración, procederá una indemnización a favor de la persona que ha resuelto perjudicada por la inactividad pública. Se considera, que aunque esta

[59] Ibidem, p. 178.
[60] Bidart Campos, Germán*, Las omisiones constitucionales en la novísima constitución de la Provincia de Río Negro,* Ediar, Buenos Aires, 1991.

figura puede ser criticable, en el sentido de que sólo proceda en sentido subsidiario, es digna de elogio al consagrar una fórmula derivada de los postulados del Estado de Derecho y de la Democracia, y que finalmente responde al principio de responsabilidad estatal.

4.2.5. Costa Rica

La legislación actualmente vigente en este país recoge la figura de la inconstitucionalidad por omisión gracias a las previsiones contenidas en Ley de Jurisdicción Constitucional.

El instituto, ostenta un carácter amplio al abarcar las omisiones legislativas y las administrativas. Respecto de las últimas, el control procede tanto de disposiciones generales como de actos administrativos y actuaciones materiales de la Administración. De este forma queda de manifiesto la confusión entre el silencio administrativo y de la ilegalidad por omisión. Cabe indicar que la acción de inconstitucionalidad por omisión sólo tendrá cabida si no resulta posible interponer el recurso de Hábeas Corpus o el de Amparo. Asimismo, este instituto no cuenta con una normativa especial para la legitimación, lo que acarrea bastantes problemas.

4.3. Propuestas en torno al Control de la Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en el Derecho Positivo Mexicano

Ha quedado demostrado la imperante necesidad de que se acepte el vicio de inconstitucionalidad por omisión legislativa y que a nivel federal se instituya una forma para su tratamiento, resolviendo con ello, los casos en los que el Legislador ordinario ha omitido dictar leyes de desarrollo constitucional, o que si las ha expedido, lo haya hecho de forma incompleta y por ende de manera deficiente, o bien cuando no se ha adecuado la legislación secundaria a una reforma constitucional o no se ha sancionado una nueva ley cuando la Constitución

Federal expresamente ordene su expedición. Por lo anterior, es necesario que existan varias reformas y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo que respecta al citado vicio de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Existen varias situaciones que se deben de tomar en cuenta: la primera, que durante el periodo en que las disposiciones generales no han sido dictadas, por lo general es cuando se ha requerido su aplicación, causando con ello a la sociedad y al individuo en sí una falta de certeza y seguridad jurídica; la segunda, el hecho de que no es suficiente el reconocer u otorgar derechos, independientemente de su generación, sino que desde el momento en que se otorgan, los mismos deben prever mecanismos para hacerlos efectivos.

Ahora bien, la necesidad de modificar la Constitución en el tema del vicio de la inconstitucionalidad por omisión deviene en la dificultad y oscuridad con que los órganos jurisdiccionales han resuelto temas de esta índole puestos para su resolución así como en la imperiosa necesidad de que un medio con control constitucional tenga sustento y origen en la Carta Magna.

Ahora bien, el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al momento de resolver las omisiones legislativas, ha sido coincidente y determinante en dos casos: al establecer la improcedencia del juicio de garantías respecto de ambos tipos de omisiones así como de la acción de inconstitucionalidad por cuanto a las omisiones absolutas; pero muy variable y mixto cuando se trata de la procedencia de las omisiones relativas, ya sea tanto en acciones de constitucionalidad como en controversias constitucionales; lo anterior es así puesto que por un lado la norma fundamental no establece una competencia expresa a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer y resolver de este tipo de vicios, así como el hecho de que los medios de control constitucional vigentes no fueron diseñados para atender y resolver la omisión legislativa, y por el otro cada Ministro de la Corte tiene una concepción individual y diferente sobre el tema. Por lo anterior, se concluye que es necesario un medio

eficaz, eficiente y con un diseño especial para el análisis de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, es decir, un proceso constitucional que generará certidumbre y seguridad jurídica y garantizará un acceso a la justicia constitucional.

Con la determinación de implementar un medio de control constitucional en el derecho positivo mexicano, el siguiente paso es decidir entre la alternativa de hacerlo en la propia Constitución o en el derecho secundario, es decir, en una ley ordinaria. Se considera que la primera alternativa es la más óptima ya que al tratarse de un medio de control constitucional resulta obvio que su fundamento y origen sea en la norma fundamental. Además de esta manera el medio de control ostentaría el mismo rango; asimismo, de acuerdo con el principio de supremacía constitucional y los criterios pronunciados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que ningún precepto de la Carta Magna autoriza que estos mecanismos sean instituidos en la ley ordinaria y por el legislador común, de ahí que este proceso debe quedar específicamente previsto en el Texto Fundamental, para su debida observancia y aplicación.[61] Asimismo, cabe indicar que la simple inclusión del proceso constitucional que atendería las inconstitucionalidades por omisión en la Carta Magna, implica el otorgamiento a las personas, por parte del Estado, de una garantía procesal.[62]

[61] Véase las siguientes jurisprudencias "Control de constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al principio de supremacía constitucional, los medios relativos deben establecerse en la propia Constitución federal y no es un ordenamiento inferior". Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000, Tesis P./J. 155/2000, p. 843; y "Control constitucional, el artículo 117, fracción v, de la Constitución Federal, no faculta al Congreso de la Unión para instituir un medio de esa naturaleza a través de una ley ordinaria, como la ley federal de competencia económica." Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* t. XIX, Marzo de 2004, Tesis P./J. 12/2004, p. 1164.

[62] Gozaíni al respecto señala: *Tanto las garantías individuales como sociales son definitivamente consagraciones fundamentales que obran en la más pura abstracción si no cuentan con un elemental sistema de puesta en marcha, o al menos, de la posibilidad de reclamo efectivo. Por tanto las garantías procesales son el reducto de la eficacia y resumen de toda la noción de garantía constitucional.* Gonzaíni, Osvaldo, *Los problemas de legitimación en los procesos constitucionales,* México, Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 4, p. 107.

Ahora bien, distinto a las opciones legislativas adoptadas por diferentes países e incluso algunos Estados de la República Mexicana, que absorban el control de las omisiones legislativas en la acción de inconstitucionalidad, es dable proponer lo siguiente:

- La implementación de una acción específica y directa de inconstitucionalidad por omisión legislativa.
- Del análisis realizado en el presente trabajo de investigación, tanto es su aspecto teórico como procesal, se concluye que el tema de la omisión legislativa no puede ni debe ser incluido dentro de alguno de los medios de control constitucional ya existente en la Carta Magna, por lo que se sugiere, en base a razones de técnica legislativa, que la acción de inconstitucionalidad por omisión se incluya en el artículo 105 Constitucional, en virtud de que dicho numeral es en el que se albergan los procesos constitucionales, que por sus características complementarían al nuevo mecanismo propuesto.
- Asimismo, y respetando el fortalecimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se considera que sea ese Alto Tribunal el que debería de tener competencia para conocer de esta acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, por conducto de su Pleno en atención a la naturaleza, complejidad y trascendencia del instrumento jurídico.
- De igual manera se considera importante que no sea un requisito el aspecto temporal, es decir, se opta por que no se establezca el tiempo para la configuración de la omisión legislativa inconstitucional, porque genera la problemática de dejar en arbitrio judicial la determinación prudencial del plazo que ha de considerarse como *excesivamente largo,* cuestión que podría dificultar la aplicación práctica.
- Por lo que ve a qué es lo que debe de proteger este medio de control propuesto, se responde que su manto protector deberá ser el de cubrir

cualquier inactividad legislativa que impida la efectivización de la Constitución Federal, siendo por tanto este su objeto de control.

- Respecto a los elementos de la violación constitucional, se sostiene, en primer término la conducta omisiva del legislador al no cumplir con los mandatos constitucionales; y, en segundo término las consecuencias que genera la propia omisión, que se traducen en situaciones contrarias a derecho.
- No se puede dejar de lado el mandato a legislar, el cual podrá ser expreso o tácito, y que se presenta solamente en las competencias de ejercicio obligatorio.
- Por lo que respecta a los tipos de omisión legislativa inconstitucional, se sugiere que la acción proceda cuando se trate de una falta de desarrollo de los preceptos constitucionales, o bien la falta de adecuación o armonización de la legislación secundaria con una nueva normatividad constitucional; en ambos casos, cuando la omisión provoque que la norma fundamental no pueda desplegar plenamente sus efectos y por tanto no se amplíe su procedencia para el control del proceso legislativo, por no ser compatible con su naturaleza.
- La acción de inconstitucionalidad se estima que debe ser una acción del tipo restringido, es decir, de que solamente proceda para el análisis y corrección de la inconstitucionalidad de la omisión legislativa causada por los cuerpos legislativos, dejando fuera de su alcance aquellas provenientes de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo.
- Aún y cuando es una materia muy extensa, se considera que la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa proceda también en contra de la omisión que pudiera presentarse en las leyes electorales. A juicio propio se cree que no hay razón ni jurídica, política o metodológica alguna que justifique la distinción entre el control de la inconstitucionalidad de las

normas electorales por actos positivos, como la causada por actos negativos.

- También se propone que la acción propuesta pueda tener una doble vertiente para adecuarla a las circunstancias particulares de la problemática que interesa resolverse; esta doble vertiente se trata de un lado, de un control abstracto cuya finalidad sea la regularidad del orden jurídico, del otro lado, de un control concreto que busque una protección colateral a los derechos humanos que se hayan visto afectados por la omisión.
- Por lo que ve a la acción abstracta es conveniente que proceda:
    - Cuando la Constitución se incumpla por omisión total o parcial, en el dictado de las medidas legislativas que sean necesarias para hacer efectivas las normas de la Constitución Federal, por lo que su presupuesto de procedencia debe ser la inactividad legislativa vulneradora de la Constitución ya que la ausencia normativa no permite el despliegue eficaz y eficiente de las normas constitucionales.
    - Dado que se trata de un control de tipo abstracto, que persigue la restauración y regularidad del orden jurídico federal transgredido por la actitud omisiva de legislador, no se requiere la existencia de un interés jurídico o legítimo para su ejercicio. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en torno a la acción prevista por el artículo 105 Constitucional vigente diciendo que: …*cabe aclarar que la acción de inconstitucionalidad es un medio impugnativo que se promueve en interés de la ley y no para salvaguardar derechos propios de quien lo ejerce; por eso es que para su procedencia basta su ejercicio por parte legitimada, sin necesidad de que se acredite interés jurídico alguno, pues en este*

procedimiento el control comprende la totalidad del texto constitucional…[63].

- Por lo que ve a los órganos sujetos a control, se propone que la acción abstracta proceda únicamente por omisiones imputables al Poder Legislativo ya sea Federal, del Distrito Federal y de los Estados de la República, en virtud de que todos pueden violentar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Se propone una legitimación semi-restringida, ya que se otorgaría solamente a entes del Poder Público como el Ejecutivo Federal, los Gobernadores de los Estados, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, los Municipios y los Jefes Delegacionales del Distrito Federal, así como a los organismos federal, estatales y del Distrito Federal protectores de los Derechos Humanos, en sus respectivos ámbitos de competencia así como el Procurador General de la República.
- Se sugiere que una vez que sea constatada la existencia de la omisión legislativa, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación proceda a hacer la declaratoria respectiva y consecuentemente ordene a la autoridad demandada que expida las disposiciones omitidas, estipulando el plazo en que esto deberá llevarse a cabo, y que se sugiere que no debe exceder de dos periodos ordinarios de sesiones.
- En el mismo tenor, se sugiere la posibilidad de que el Pleno de la Corte dicte los lineamientos generales que han de seguirse para subsanar provisionalmente la situación en cuestión, sin que esto

[63] Acción de Inconstitucionalidad núm. 22/2001. Además véase: "Acción de inconstitucionalidad. Las partes legitimadas para promoverla sólo están facultades para denunciar la posible contradicción entre una norma general y la propia Constitución". Núm. de Registro: 192,841. Jurisprudencia. Materia: Constitucional. Novena Época. Pleno. *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, Noviembre de 1999, Tesis: P/J. 129/99, p. 791.

implica o se entienda como la expedición de reglas abstractas y de aplicación general, ya que operarán sólo para el caso concreto y cesarán sus efectos en cuanto el órgano legislativo expida las disposiciones generales omitidas. Lo anterior no se trata de una invasión de esferas competenciales, ni de la superioridad de un poder respecto de otro, sino de una facultad concedida constitucionalmente en atención a la naturaleza de la violación constitucional, donde la finalidad que la inspira es evitar la transgresión a la norma fundamental y las repercusiones que generan las omisiones.

- Ahora bien, se considera conveniente que se establezca como requisito indispensable la aprobación del Pleno por una mayoría calificada de ocho votos, y que surta sus efectos a partir de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.
- Finalmente, para hacer efectivo lo relativo a la cobertura, sería necesario que una vez transcurrido el término concedido para subsanar la omisión legislativa sin que se haya dado cumplimiento a la sentencia, se promueva un incidente ante la propia Corte para estos efectos. Dicho incidente deberá de ser breve y se limitará a constatar el incumplimiento de la sentencia; posteriormente, se elaborará un proyecto en el que se establezcan los lineamientos básicos a dictarse y se someterá a la discusión del Pleno, el cual resolverá jurisprudencialmente, analizando la necesidad de subsanar la omisión legislativa y las consecuencias que al efecto se producirán; de igual manera, deberá ser aprobada con la mayoría calificada y será necesaria su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

- Por lo que ve a la acción concreta de inconstitucionalidad por omisión legislativa, ésta procederá:

- Cuando la Constitución se incumpla por omisión total o parcial, de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales que refieren o contienen derechos humanos.
- Es muy conveniente incluir la protección de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales suscritos por México y avalados por el Senado, en el entendido de que son parte de derecho interno aunque su fuente sea internacional y constituyen de igual manera ley suprema de la Unión.
- Para el ejercicio de esta acción se requeriría un interés legítimo, dado que se trata de una actitud omisa del legislador que afecta derechos humanos.
- Se sugiere que la legitimación sea a través de los organismos protectores de Derechos Humanos, es decir a través de lo que Gozaíni establece como una *representación adecuada.*[64]
- En esta acción se propone que proceda únicamente por omisiones imputables al Poder Legislativo ya sea federal, del Distrito Federal y las entidades federativas.
- Respecto a su solución se propone que una vez constatada la existencia de la omisión, el Pleno proceda a hacer la declaratoria respectiva y ordene a la autoridad demandada que expida las disposiciones omitidas, estipulando el plazo en que esto deberá llevarse a cabo, y que se sugiere que no debe exceder de dos periodos ordinarios de sesiones.
- Se sugiere la posibilidad de que el Pleno de la Corte dicte los lineamientos generales que han de seguirse para subsanar

[64] *… La representación adecuada atiende más a la cualidad de los hechos denunciados que a las personas que invocan la petición judicial… …Existen dos criterios básicos para controlar y admitir la representación adecuada, ellos son: 1) que la defensa sea idónea y se articule por medio de asistencia letrada; 2) que no aparezcan manifiestamente intereses contrapuestos dentro del grupo o sector…* Gonzaíni, Osvaldo, *Los problemas de legitimación en los procesos constitucionales, op. cit.* nota 2, pp. 155-156.

provisionalmente la situación en cuestión, y operarán sólo durante el lapso en que continúe la omisión cesando sus efectos en cuanto el órgano legislativo expida las disposiciones generales omitidas.

- Lo innovador sería que una sanción al eventual incumplimiento de la sentencia que conmine al cuerpo legislativo a la expedición de las disposiciones generales omitidas, se podría estipular un hecho generador de responsabilidad patrimonial del Estado, por conducto de sus órganos legislativos. De esta manera se aprovecharía que la legislación mexicana en materia de responsabilidad patrimonial del Estado ya contempla al Poder Legislativo como sujeto que puede generarla, sólo que no en cuanto a las omisiones, y lo que aquí operaría sería sólo la adición a los supuestos de procedencia.
- Esta propuesta es similar a lo establecido en la Constitución de Provincia de Río Negro en Argentina, donde se prevé un resarcimiento económico, además de la exención de la cuota judicial respectiva.

- Igualmente, se propone una cláusula de compulsión constitucional en el sentido de que toda la gama de derechos, garantías y principios consignados en la Constitución no pueden ser menoscabados y no debe de negarse su aplicación o satisfacción bajo el argumento de la falta de regulación en vía ordinaria que los concretice o individualice, ni tampoco podrá justificarse su violación en la ausencia legislativa.
- Finalmente, con la finalidad de hacer eficaces las anteriores propuestas en la implementación de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución Federal, se emitirían o se reformarían los siguientes cuerpos legales:
  - En caso de adoptarse la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa sería necesario llevar a cabo su regulación secundaria debido a que se trata de un proceso judicial que requiere de normas

procesales que permitan su ejercicio y correcta aplicación. Por tanto se considera conveniente la creación de una Ley Reglamentaria de la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa así como un Código Procesal Constitucional que albergue y unifique todos los procesos y procedimientos que conforman el sistema de justicia constitucional federal mexicano.

- Respecto a la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, sería necesario incluir una hipótesis de la procedencia de este tipo de responsabilidades, derivada de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Así mismo, es recomendable establecer la responsabilidad en que incurre el Poder Legislativo, derivada de la inconstitucionalidad por omisión legislativa; también, es recomendable establecer la formad de calcular los montos de las indemnizaciones; y finalmente, la forma en que ha de probarse la responsabilidad del Estado y las eximentes de la misma.

C o n c l u s i o n e s

Primera. Existe la necesidad de construir un sistema jurídico que dé eficaz respuesta a la compleja realidad de nuestro tiempo así como a la exigencia de la lógica del Derecho. Estas necesidades obligan a plantear nuevos retos, y uno de ellos es la inconstitucionalidad por omisión.

Segunda. La inconstitucionalidad por omisión es un instituto que permite y exige un adecuado tratamiento técnico-jurídico en el campo del Derecho Constitucional.

Tercera. La omisión se concibe como vulneradora de la Carta Magna, por la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación.

Cuarta. Las claves para la inconstitucionalidad para la omisión legislativa son tres: Las normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, el tiempo transcurrido sin que éste se produzca y la ausencia de verdadera eficacia del precepto de la Ley Fundamental.

Quinta. Un encargo del legislador es una norma constitucional de eficacia limitada que resulta de obligatorio y concreto desarrollo para que cobre eficacia plena.

Sexta. El legislador debe actuar sin gozar de libertad para exonerarse de ese dictado de normas de desarrollo; además la normativa que emita debe de cumplir los límites constitucionales tratando de maximizar el proyecto de la Ley Fundamental.

Séptima. Aunque hay distintas nomenclaturas, la doctrina ha señalado que la inconstitucionalidad por omisión legislativa presenta varias tipologías, atendiendo a su amplitud, su naturaleza, ya sea formal o material.

Octava. La inconstitucionalidad por omisión legislativa tiene una dimensión transnacional derivada de la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas, en este caso legislativas, que sean necesarias para el respeto y protección de los derechos humanos consignados en los tratados internacionales de esta materia y de los cuales sean parte.

Novena. Desde el punto de vista procesal, la inconstitucionalidad por omisión legislativa puede presentar una doble vertiente, la primera, como control abstracto, donde la única finalidad es la regularidad del orden jurídico; y la segunda, un control concreto que adicionalmente buscará una solución específica para el afectado por la omisión legislativa.

Décima. En el derecho comparado se pueden encontrar varias vías para el análisis de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. También, dicha experiencia comparada nacional e internacional ofrece varias alternativas de solución a la inconstitucionalidad por omisión legislativa, que nuevamente dependerán de si se tiene una previsión de derecho positivo o no.

Décima Primera. La legislación de la materia prevé una amplia gama de soluciones, que en grado ascendente van desde la simple declaración de la existencia de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, su notificación al órgano competente o alguno superior, la recomendación de que expida las normas omitidas, la emisión de directivas al legislador, la cobertura del orden jurídico por parte del órgano jurisdiccional e incluso la expedición provisional de la norma omitida, así como el establecimiento de sanciones pecuniarias resarcitorias por el

daño causado, la inclusión de la cláusula de compulsión constitucional que prescribe que la Constitución debe cumplirse aún ante la ausencia de leyes secundarias y la posible responsabilidad del cuerpo omiso cuando incumpla la sentencia respectiva.

Décima Segunda. Existen argumentos en favor y en contra de la adopción de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en un ordenamiento jurídico determinado, no obstante, se logran muchos beneficios con su implementación y ayuda a consolidar un estado constitucional democrático.

Décima Tercera. Se cree que la vía más conveniente para el análisis y corrección de la omisión legislativa vulneradora de la Constitución, es la acción de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, cuya inclusión al igual que la cláusula de compulsión constitucional se sugieren en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

B i b l i o g r a f í a

- AGUIAR DE LUQUE, Luis, "El tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", *Revista de Derecho Político,* Madrid, núm. 24, 1987, pp. 9-30.

- ASTUDILLO REYES, César, "Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa", en Gámiz Parral, Máximo, *et al.* (coords.), *Derecho Constitucional Estatal. Memorias del VI y VII Congresos Nacionales de Derecho Constitucional de los Estados*, México, UNAM, 2009, pp. 203-250.

- ---------- "La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México" en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión,* México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 297-380.

- ARIAS RAMOS, José, *Derecho Romano,* Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963.

- ARISTÓTELES, *La política,* Madrid, Alba, (Grandes Obras de la Literatura) 1996.

- ARTEAGA NAVA, Elisur, "La Constitución Local y su defensa. Elementos para una Teoría del Control de la Constitucionalidad", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional,* 3ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, pp. 203-225.

- BÁEZ SILVA, CARLOS, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México,* México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009.

- BAZÁN, Víctor, "Breves apuntes sobre la inconstitucionalidad por omisión", *Revista Jurídica Órgano Oficial del Colegio de Abogados de la Libertad. 75 años,* Perú, número 134, enero-julio de 1999, pp. 605-631.

- ----------"Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión", *Revista Derecho de Estado,* Universidad Externado de Colombia, núm. 20, julio-diciembre de 2007, pp. 121-144.

- BELTRÁN DE FELIPE Y GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

- BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa,* México, UNAM, 2003.

- ----------, "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", *Anuario Jurídico*, México, UNAM, núm. VI, 1979, pp. 9-18.

- ----------, *Las obligaciones en el derecho constitucional,* Buenos Aires, Ediar, 2010.

- ----------, *Las obligaciones en el derecho constitucional,* Buenos Aires, Ediar, 1987.

- ----------*, Las omisiones constitucionales en la novísima constitución de la Provincia de Río Negro,* Buenos Aires, Ediar, 1991.

- BULNES ALDUNATE, Luz, "La inconstitucionalidad por omisión", *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales,* Santiago de Chile, Año 4, núm. 1, 2006, pp. 251-264.

- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual,* 4ª ed., Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 2007.

- CAPITANT, Henri, *Vocabulario Jurídico,* Buenos Aires, Depalma, 1996.

- CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales,* 3ª ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel, "División de poderes", en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional,* 2º ed., México, Porrúa-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 607-608.

- CARRILLO FUENTES, Antonio, *La Justicia Federal y la Administración Pública,* 2º ed., México, Porrúa, 1973.

- CASAL, Jesús, "La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas" en Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional,* 3ª ed.*,* México, Porrúa, 2002, t. II, pp 33-82.

- CIENFUEGOS SALGADO, David, "La inconstitucionalidad por omisión legislativa en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (cood.) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho,* México, UNAM, Marcial Pons, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, t. VIII, pp. 157-231.

- CUNHA FERRAZ, Anna Cándida Da, *"*Inconstitucionalidad por omisión: una propuesta para la Constitución"*, Revista de Información Legislativa*, Osasco, núm. 89, enero-marzo, 1986, pp. 49-52.

- *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española,* 22ª ed. Madrid, Espasa Calpe, 2001, t. II.

- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José, "Las sentencias interpretativas o manipulativas y su utilización por el Tribunal Constitucional Peruano", en Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (cood.) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho,* México, UNAM, Marcial Pons, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, t. V. pp. 321-345.

- ETO Cruz, Gerardo, *La inconstitucionalidad por Omisión. Doctrina Constitucional,* Lima, Trujillo, 1992.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión" en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión,* México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 17-64.

- ----------, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El Caso Español,* Madrid, CIVITAS, 1998.

- ----------, "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español relativa a la inconstitucionalidad por omisión"*,* en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión,* Bogotá, Temis, 1997, pp. 123-152.

- ----------, "La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz-Llave en el Marco de la Teoría General de dicho Instituto", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.,* 3ª ed.,

México, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., t. I, 2002, pp. 3757-3773.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.,* 3ª ed., México, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., t. I, 2002, pp. 329-335.

- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días,* trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos,* México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1993.

- ----------, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales,* Madrid, UNAM-Civitas, 1982.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid, Civitas, 1982.

- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de Jurisprudencia Romana,* 2ª ed., Madrid, Dykinson, 1986.

- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Caracas, FMG-P, 2002.

- GARCÍA PELAYO, Alonso Manuel, *Obras Completas,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

- GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho,* 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo, 1955.

- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, Constitución dirigente y vinculación del legislador, Coímbra, Coímbra Editora, 1982.

- GÓMEZ PUENTE, Marco, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control,* Madrid, Mc Graw Hill, 1997.

- GONZAÍNI, Osvaldo, *Los problemas de legitimación en los procesos constitucionales,* México, Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 4.

- GUASTINI, Ricardo, *Sobre el concepto de constitución,* en *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2003.

- HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

- JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado,* trad. de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Albatros.

- KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado,* 3ª ed., trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1965.

- KRIELE, Martín, *Introducción a la Teoría del Estado,* Buenos Aires, Depalma, 1980.

- LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es la Constitución?,* Madrid, Cenit, 1931.

- LÓPEZ GUERRA, Luis, *Introducción al Derecho Constitucional,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

- MÁRQUEZ ROMERO, Raúl, *Constitución de la República Federativa de Brasil,* México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1875.

- MIRANDA, Jorge, *Manual de Derecho Constitucional*, Coímbra, Editora Coímbra, 1993, vol. II.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales", en *Jurisdicción Constitucional en Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000, realidades y perspectivas*, Bogotá, Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y de la Fundación Konrad Adenauer, 2001, pp. 369-382.

- NUNES DE ALMEIDA, Luis, *El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones,* REP, núm. 60-61, abril-septiembre 1988.

- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, "Tipología de nuestras sentencias constitucionales", Colombia, *Vniversitas*-Pontificia Universidad Javeriana, núm. 108, diciembre de 2004, pp. 571-602.

- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales,* Buenos Aires, Heliasta, 1992.

- OTHON SIDOU, J. M., "Las nuevas figuras del Derecho procesal constitucional brasileño: mandato de injunção y habeas data", México, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 70, enero-abril 1991, pp. 169-187.

- PÉREZ ROYO, Javier y CARRASCO DURÁN, Manuel, *Curso de Derecho Constitucional,* Madrid, Marcial Pons, 2007.

- ----------, Javier, "Inconstitucionalidad por omisión", *Enciclopedia Jurídica Básica,* Madrid, Civitas, 1995, vol. II.

- PIZZORUSSO, Alessandro, *Curso de Derecho Comparado*, Barcelona, Ariel, 1987.

- PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, M. "La jurisdicción", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado",* México, nueva serie, año XXV, núm. 73, enero-abril 1992, pp. 99-110.

- QUESADA AGUIRRE, Mario, "La omisión o inactividad de la Administración Pública como criterio de anormalidad y de Responsabilidad", *Revista el Foro, Colegio de Abogados,* año 2012, núm. 12, pp. 71-81.

- RANGEL HERNÁNDEZ, Laura Maribel, *Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa. Teoría General y su Control Jurisdiccional en México,* México, Porrúa-Instituto de Derecho Procesal Constitucional, 2009.

- *REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA*, Madrid, Espasa-Calpe, 2001.

- RUBIO LLORANTE, Francisco, "La Constitución como fuente del derecho", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos,* México, Porrúa-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp.155-176.

- RUBIO LLORANTE, Francisco, *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

- SAGÜÉS, María Sofía, "Garantías de Control de la Inconstitucionalidad por omisión", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.,* 3ª ed., México, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, t. III, 2002, pp. 2500-2537.

- SAGÜÉS, Nestor Pedro, *La Interpretación Judicial de la Constitución,* Buenos Aires, Depalma, 1998.

- ----------, *Teoría de la Constitución,* Buenos Aires, Astrea, 2001.

- ----------, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos,* Konrad Adenauer, ad-hoc, Buenos Aires, 2006.

- ----------, *Derecho Procesal Constitucional 1. Recurso extraordinario,* 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.

- ----------, "Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol,* Buenos Aires, núm. 58/59, 2007, pp. 253-284.

- ----------, "Las sentencias constitucionales exhortativas", *Estudios Constitucionales,* Santiago, año/vol. 4, núm. 002, noviembre de 2006, pp. 189-202.

- ----------, *Elementos de Derecho Constitucional,* 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. I.

- SCHMITT, Carl, *La teoría de la Constitución,* Madrid, Alianza, 2001.

- SILVA, José Afonso Da, *Aplicabilidad de las normas constitucionales,* trad. Nuria González Martín, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

- ----------, "El sistema constitucional de Brasil", en Fernández Segado, García Belaunde y Hernández Valle (coords.). *Los sistemas constitucionales iberoamericanos,* Madrid, Dykinson, 1992, pp. 111-133.

- ----------, *Curso de Derecho Constitucional Positivo,* 8ª ed., Sao Paulo, Malheiros, 1992.

- SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "División de Poderes", en Aragón Reyes, Manuel (dir.) y Aguado Renedo César (codir.), *Constitución, Estado Constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho,* Pamplona, t. I, 2011, pp. 174-213.

- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano,* 34ª ed., México, Porrúa*,* 2000.

- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, "La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional" en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes*. *Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión,* 2ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 49-73*.*

- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión,* Madrid, Mc-Graw Hill, 1997.

- ZAGREBELSKY, Gustavo, *¿Derecho Procesal Constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, Prólogo de Domingo García Belaunde, México, FUNDAP, 2004.