

— | | —

La inconstitucionalidad *por* omisión legislativa

— | | —



La inconstitucionalidad *por* omisión legislativa

León Javier Martínez Sánchez



**CONOCER
PARA DECIDIR**
EN APOYO A LA
INVESTIGACIÓN
ACADÉMICA

Miguel Ángel
Porrua

MÉXICO • 2007

La H. CÁMARA DE DIPUTADOS, LX LEGISLATURA,
participa en la coedición de esta obra al
incorporarla a su serie CONOCER PARA DECIDIR

Coeditores de la presente edición
H. CÁMARA DE DIPUTADOS, LX LEGISLATURA
MIGUEL ÁNGEL PORRÚA, librero-editor

Primera edición, septiembre de 2007

© 2007
LEÓN JAVIER MARTÍNEZ SÁNCHEZ

© 2007
Por características tipográficas y de diseño editorial
MIGUEL ÁNGEL PORRÚA, librero-editor

Derechos reservados conforme a la ley
ISBN 978-970-701-978-2

Queda prohibida la reproducción parcial o total, directa o indirecta
del contenido de la presente obra, sin contar previamente con la
autorización expresa y por escrito de los editores, en términos de lo
así previsto por la Ley Federal del Derecho de Autor y, en su caso,
por los tratados internacionales aplicables.

IMPRESO EN MÉXICO



PRINTED IN MEXICO

www.maporrúa.com.mx

Amargura 4, San Ángel, Álvaro Obregón, 01000 México, D.F.

Introducción

En México cada vez adquieren mayor presencia los medios de control constitucional como instrumentos de tutela y garantía a través del ejercicio de la acción judicial. Esta afirmación hubiera causado extrañeza en nuestro país hace unos cuantos años, cuando existía una hegemonía política indiscutible y que hacía impensable temas de disputa entre los poderes de la Unión o entre los estados miembros de la Federación que no fueran eventualmente resueltos políticamente por el Presidente de la República.

El amparo, ese medio extraordinario de defensa mexicano, tan complejo y de difícil acceso para la mayoría, era acaso el único medio jurídico de control constitucional que los particulares podían emplear para hacer valer sus derechos ante las arbitrariedades de alguna autoridad. Así, desde su primera aparición en el derecho positivo local mexicano que daría inicio en Yucatán en 1840 y después se incorporó en toda la nación a través del Acta de Reformas de 1847 y se ratificó definitivamente en 1857 en la Constitución Federal, ha venido evolucionando a partir de influencias nacionales y extranjeras para ser ahora una institución jurídica que ha merecido el reconocimiento de propios y extraños.

Esa hegemonía a la que se hace referencia, produjo que durante muchos años un solo partido político, el PRI, mantuviera el control sobre la totalidad de los puestos de elección popular en todo el territorio nacional. Paulatinamente, los cuadros dirigentes del propio partido, dentro del cual se incluye

por supuesto al propio Presidente de la República, advirtieron la necesidad de permitir el acceso a voces disidentes, primero en las asambleas legislativas y luego a municipios y estados. Esta determinación por supuesto que no fue una concesión graciosa del partido en el poder; fue consecuencia y reflejo de una acción de supervivencia que evitaría a mediano plazo una convulsión social.

Recordemos que para la elección presidencial de 1976, un solo partido político postuló candidato: José López Portillo, quien a la postre fuera electo Presidente de la República pero que fue severamente cuestionado por la ausencia de oportunidades de participación política para otras voces. A partir de esa polémica elección, se acentuó la reforma política que permitió años más tarde el acceso de otras agrupaciones políticas a puestos de elección popular.

Alonso Lujambio apunta, por citar un ejemplo, que ahora el PRI es un partido más que se ha ido transformando desde 1988 y de manera más dinámica desde 1994, año a partir del cual las elecciones son más limpias, disputadas y transparentes. Así, en 1988 no más de 3 por ciento de la población vivía en municipios gobernados por partidos distintos al PRI; en 1990 la cifra llegó a 10.45 por ciento; en 1992 a 14.4 por ciento; en 1995 al 24.3 por ciento; en 1996 a 37.5 por ciento; y en 1997 a 44.42 por ciento.⁴ Habría que agregar que esta dinámica alcanzó a la propia Presidencia de la República en el año 2000, año en el que el PRI perdió la elección presidencial con una coalición integrada por los partidos Acción Nacional y Verde Ecologista de México en la que obtuvo el triunfo con 42.52 por ciento de la votación total, contra 36.11 por ciento del PRI, su más cercano competidor.²

A partir de esta explicación, no es casual encontrar que a la par que se produjeron reformas políticas, se realizaron

⁴Alonso Lujambio, *Adiós a la excepcionalidad. Régimen Presidencial y gobierno dividido*, En www.bibliojuridica.org/libros/1/349.17.pdf pp. 1 y 2.

²http://www.ife.org.mx/documentos/RESELEC/esta2000/comp_test/reportes/centrales/Presidente.html

también reformas legales que apuntaron hacia un mayor control de la constitucionalidad que evitara la aparición de eventuales conflictos entre gobiernos divididos, pues ahora ya es común encontrar municipios gobernados por partidos distintos al del gobernador y en donde el partido de éste no tiene la mayoría en la legislatura local, lo que se repite en el plano federal.

El Poder Judicial federal se ha venido transformando también paulatinamente hasta convertirse ahora, materialmente, en un Tribunal Constitucional de modelo austriaco o concentrado. De esta forma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido reservando su competencia para resolver cuestiones en donde se disputa la constitucionalidad de actos emanados de las autoridades a través, básicamente, de las controversias constitucionales y las acciones abstractas de inconstitucionalidad.

Este control concentrado o austriaco será explicado en el capítulo 1 del presente trabajo, en donde se tratará en primer lugar el origen del control difuso de la Constitución a través del estudio de la *judicial review* (revisión judicial) a partir del análisis de la famosa sentencia del juez Marshall al resolver el caso de Marbury contra Madison en 1803 en Estados Unidos de América. Más adelante, se analizará el modelo diseñado por el ilustre Hans Kelsen y la polémica que tuvo con Carl Schmit sobre este tema.

Veremos en el mismo capítulo que el control constitucional tiene por objeto dirimir en el orden jurídico los conflictos que por la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales surjan entre las autoridades constituidas o afecten a los gobernados, así como la aparición de una nueva disciplina jurídica, el derecho procesal constitucional, impulsada en nuestro país por el gran científico mexicano, el profesor Héctor Fix Zamudio.

En el capítulo 2 se abordará de lleno el tema que sustenta el presente ensayo. La inconstitucionalidad por omisión legislativa. ¿La falta de legislación puede ser materia de una acción

judicial? Esta pregunta trata de contestarse al desarrollar este capítulo, partiendo del supuesto de que en los estados democráticos contemporáneos deben existir mecanismos de tutela para la defensa de los derechos fundamentales, de tal suerte que, tal y como se verá en ese capítulo, no todos los derechos deben ser acreedores a tal defensa, sino, coincidiendo con Ferrajoli, aquellos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.³

Ahora bien, ¿resulta válido forzar al ente facultado para emitir una norma? Bajo el principio de división de poderes en el que según el diseño de Montesquieu el poder debe tener un sistema de frenos y contrapesos para que el poder limite al poder, se entiende que los tres poderes clásicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) tienen igual peso y valor, de tal manera que existe una relación respetuosa que permite al Estado ejercer plenamente las funciones generalmente consensuadas en donde el Legislativo legisla, el Ejecutivo ejecuta y el Judicial resuelve las controversias que son sometidas bajo su tutela. En este ejemplo clásico, de ejercicio republicano y democrático, precisamente es esta división de poderes la que evita que el poder se acumule y se cometan arbitrariedades en contra del pueblo. Si el Legislativo, representante del pueblo, en pleno ejercicio de sus facultades legales decide por mayoría que no es conveniente legislar en determinada materia, aun cuando sin esa norma no es posible ejercer un derecho fundamental, ¿se puede forzar de alguna forma a la emisión de esa norma? La respuesta no es sencilla, de ahí que el tema aquí planteado apenas empieza a ser esbozado por la doctrina y aun cuando existen ya previsiones legales sobre el mismo,

³Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, España, Editorial Trotta, 2004, pp. 49-56.

tanto en México como en el extranjero; como bien advierte el maestro Héctor Fix Zamudio, debemos ser cautos en cuanto a su regulación jurídica.

El capítulo 3 de este trabajo aborda cómo se resuelve el problema de la inconstitucionalidad por omisión legislativa en el derecho comparado. A partir de la consulta directa a la fuente de la previsión legal en los casos que existe esta figura jurídica; esto es, la norma fundamental, presentamos el análisis de Yugoslavia, Portugal, Brasil, Venezuela, Costa Rica, Argentina, Alemania, Austria, España, Italia, Colombia y República Dominicana.

En el capítulo 4 presentamos cuáles son los estados de la República en México que establecen esta figura como un medio de control constitucional, destacando el papel que han desempeñado estos líderes del constitucionalismo local en un gran esfuerzo por construir nuevos modelos jurídicos de tutela constitucional y, paradigmáticamente, sin necesidad de esperar a que sea la Federación la que tome la iniciativa. Al final de ese mismo capítulo se presenta también un cuadro comparativo que estimo hará más sencillo el análisis de lo que han realizado hasta ahora Chiapas, Tlaxcala, Veracruz, Coahuila y Quintana Roo.

El capítulo 5 contiene un breve catálogo de lo que considero son omisiones legislativas que afectan directamente el ejercicio de derechos fundamentales en México y que ameritan la reflexión sobre la necesidad de colocar una acción de tutela en las propias constituciones, tanto en las locales, como en la federal, lo que da pauta para afirmar que habrá mucho que escribir todavía sobre el tema central del presente trabajo y que por ahora esto representa apenas un modesto esfuerzo para contribuir al debate y al análisis acucioso, mientras tanto, apuntaremos que a nuestro juicio sólo procede la acción por omisión legislativa en el caso de que la norma suprema de que se trate contemple un derecho para los gobernados y remita su ejercicio a una ley secundaria.

Como quiera que sea, ante la falta de actuación del órgano legislador, estimo que lo que en todo caso debe asegurarse es, como bien dice Gomes Canotilho, una vía de publicidad crítica y procesal contra la Constitución no cumplida.⁴

⁴José Joaquín Gomes Canotilho, "¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, núm. 43, trad. de Francisco Camaño, Madrid, enero-abril de 1995, p. 15.

Capítulo 1

La supremacía constitucional

EL CONTROL CONSTITUCIONAL

La supremacía constitucional en los regímenes democráticos contemporáneos es un concepto aceptado generalmente y representa un valor intrínseco que da idea de fortaleza y garantía de seguridad jurídica al estado de derecho; no obstante, el concepto como tal resulta ser de reciente cuño, pues data de apenas iniciado el siglo XIX.

Es a partir de las ideas de liberales, entre ellas, las de John Locke⁵ que empiezan a gestarse los derechos de los súbditos ante el rey en las monarquías para delimitar la actuación del soberano que concentraba el poder absoluto en detrimento de la población. Los derechos naturales empiezan a oponerse al derecho divino que ejercía el soberano y se gesta el reclamo de derechos tales como respeto a la vida, a la propiedad privada y a la libre manifestación de ideas, entre otros; esto en oposición a la autoridad de quienes alegaban a su favor descender de los dioses para ejercer un poder sin restricción alguna.

Más adelante, en los siglos XVI, XVII y XVIII, surgen las ideas revolucionarias de pensadores como Rousseau, Montesquieu, Voltaire y Maquiavelo, que habrían de desarrollar conceptos totalmente innovadores para el mundo de la Edad Media y

⁵Raymond G. Gettel, *Historia de las ideas políticas*, t. 1, trad. de Teodoro González García, México, Editora Nacional, 1979, pp. 364 y ss.

apuntan precisamente a acotar el poder de los soberanos encontrando en el pueblo el origen y justificación para la designación de los gobernantes. Ya no sería el poder heredado y proveniente de los dioses, perpetuo y absoluto, el que habría de gobernar sobre los hombres, sino el pueblo, a través de sus representantes el que habría de decidir sobre su destino. Surgen conceptos tales como Estado, soberanía, representación política, división de poderes y democracia; este último ya no con la concepción clásica aristotélica, sino ajustado a los nuevos pensamientos de libertad y rompimiento del *statu quo* imperante en la época.

La tesis central de Montesquieu, que sostiene que un gobierno debe tener frenos y contrapesos para que el poder controle al poder, es básica para la construcción de un nuevo modelo constitucional que aun ahora con carencias e imperfecciones, ha sido piedra angular para el sostenimiento de la mayoría de las naciones contemporáneas. De igual forma, el contrato social concebido por Rousseau, que refiere que los hombres fíctamente celebran un acuerdo de voluntades para ceder su derecho a gobernar a través de representantes, resultan ahora instituciones jurídicas con peso propio, reconocidas, aceptadas y valoradas, sobre todo por el mundo occidental.

La construcción de los nuevos modelos constitucionales que habría de romper con la inercia de más de 10 siglos que duró la Edad Media, habría de derivar en monarquías constitucionales o en repúblicas democráticas y más recientemente, gracias al paradigma estadounidense, en sistemas presidencialistas federales. Visto en retrospectiva, en comparación con el régimen monárquico absolutista que imperó en casi toda Europa, los regímenes constitucionales del mundo contemporáneo resultan ser unos adolescentes pues su existencia data de poco más de tres siglos.

No resulta extraño, entonces, que estos nuevos modelos, insertos en la globalización, en la comunicación casi instantá-

nea a través de los medios electrónicos, en la evolución lenta pero constante de los llamados países emergentes y, por ende de sus pueblos, y en los avances de la ciencia y la tecnología, se reclamen modelos de Estado cada vez más evolucionados que permitan una participación efectiva de los habitantes en la *res publica* y sobre todo de controles constitucionales que hagan posible una defensa jurisdiccional de derechos ante eventuales abusos del poder.

Este control constitucional, inmerso en la cultura de la legalidad, debe ser un medio político, más que jurídico, al que debe aspirarse para beneficio de los pueblos. Parafraseando a Lassalle, un documento escrito en el que descansa una Constitución formal no debe ser la base para la integración de un modelo constitucional. Más bien, si llegase el caso de que desapareciera toda Constitución escrita, habría la seguridad de que el pueblo y sus gobernantes dictarían su nueva Constitución, reflejando precisamente ese modelo constitucional que han construido.

No obstante esta apreciación personal, debe decirse que la doctrina ha denominado control constitucional a los medios jurídicos a través de los cuales se asegura la observancia estricta de la Constitución ante la posible arbitrariedad de los gobernantes. Otros autores la denominan jurisdicción constitucional, aunque por la propia interpretación literal, se asocia de inmediato con un procedimiento contencioso que elimina automáticamente aquellos controles que no lo son. En este punto coincidimos con el maestro Héctor Fix Zamudio quien ha definido, hablando del caso mexicano, que los nuestros son medios de control constitucional, tal y como se verá en el siguiente capítulo.

El constitucionalista peruano Domingo García Belaunde apunta que de hecho el control constitucional inició a principios del siglo XVII, cuando el célebre juez Edward Coke, en el caso del doctor Thomas Bonham (1610) afirmó que el derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del rey, sentan-

do así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Este pensamiento, dice, fue ampliamente conocido por los abogados de las colonias inglesas de ultramar que desarrollaron y utilizaron con amplitud y si bien es discutible que Coke haya creado el control constitucional de las leyes, sí le dio sus elementos básicos y suministró a las colonias un sólido sustento jurídico para crear con posterioridad las bases del derecho constitucional norteamericano.

El propio Belaunde señala que el atisbo temprano del juez Coke quedaría en el olvido en la Gran Bretaña, como lo confirma la práctica judicial inglesa durante siglos, la que se esmeró en reafirmar las prerrogativas del Parlamento, actitud que ha permanecido hasta hace muy poco, cuando la Gran Bretaña consideró su ingreso a la Unión Europea y tuvo que revisar su vieja teoría de la soberanía del Parlamento.⁶ La inexistencia de una Constitución escrita en la Gran Bretaña encuentra sentido precisamente por las amplias prerrogativas de las que ha gozado hasta ahora el Parlamento británico, quien demuestra así su prevalencia sobre un monarca que reina pero no gobierna, llegándose a decir incluso que lo único que no puede hacer dicho Parlamento es convertir a un hombre en mujer, de tal suerte que no se le puede sujetar a una camisa de fuerza como lo podría ser la rigidez de una Constitución escrita.

El control constitucional, sigue diciendo García Belaunde, o la *judicial review* está presente en las colonias británicas en América y da sustento a la lucha que mantienen con la Corona; sin embargo, no es aceptada en la Convención de Filadelfia de 1787 que fue la que sancionó la actual Constitución norteamericana. Este tipo de control, constituye el control difuso de la Constitución.

⁶Domingo García Belaunde, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 4a. ed., Lima, Perú, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), 2003, p. 27.

LA SENTENCIA DE MARSHALL AL RESOLVER EL CASO MADISON *VS.* MARBURY

La sentencia que resolvió el caso de Madison *vs.* Marbury en Estados Unidos de América en 1803 ha sido un parteaguas en el derecho constitucional contemporáneo por sus conceptos sobre supremacía de la Constitución y control constitucional. Por su importancia, se presenta enseguida un breve resumen de los antecedentes del caso, así como la manera en la que se resolvió el litigio y las consideraciones que realizó el entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, John Marshall, para emitir su famoso fallo y que son plenamente vigentes hoy en día.

El primer presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos fue John Jay, quien desempeñó el cargo de 1789 a 1795. Como se recordará, Jay fue uno de los autores de los artículos periodísticos conocidos con el nombre de *El Federalista*⁷ que tuvieron como propósito difundir los beneficios de la nueva Constitución e incluso se ha mencionado que constituyen materialmente la exposición de motivos de dicha norma.⁸

A la renuncia de Jay, quien prefirió presentarse a las elecciones para gobernador de Nueva York, George Washington designó a John Rutledge, quien desempeñaría el cargo únicamente seis meses. Washington nominaría entonces a Oliver Ellsworth, quien se desempeñaría como presidente de la Suprema Corte de 1796 a 1800, año en el que, desempeñando una comisión diplomática en Francia y víctima de enfermedades, renunció al cargo.

Washington había sido electo para un tercer periodo, pero decide renunciar en 1797, considerando que la perpetuación de un mandatario en el poder sería perjudicial para el régimen constitucional de libertades, instaurando así un principio sólo roto por Franklin D. Roosevelt.

⁷Madison, Jay y Hamilton escribieron 85, 5 y 29 artículos, respectivamente.

⁸http://es.wikipedia.org/wiki/Presidente_de_los_Estados_Unidos

John Adams, quien había sido vicepresidente con Washington, asume el cargo de Presidente de Estados Unidos en 1797, por lo que a la renuncia de Ellsworth en 1800 nombra como presidente de la Corte a John Marshall, quien se había desempeñado hasta entonces como secretario de Estado. Ratificado el nombramiento por el Senado en enero de 1801, llega un momento en el que Marshall desempeña durante un mes simultáneamente los dos cargos: presidente de la Suprema Corte y secretario de Estado. A Adams, integrante del Partido Federalista, lo sustituiría Thomas Jefferson, integrante del Partido Demócrata Republicano (antifederalista) el 4 de marzo de 1801, por lo que antes de dejar el cargo, Adams nombra a 42 jueces de paz para servir por un periodo de cinco años en el Distrito Judicial de Columbia y Alejandría.

El Senado hizo las correspondientes ratificaciones el 3 de marzo de 1801; es decir, un día antes de la toma de posesión del nuevo Presidente, por lo que Marshall, quien todavía se desempeñaba como secretario de Estado, debía certificar los nombramientos y hacérselos llegar a los interesados; no obstante, no alcanzó a entregar la totalidad.⁹ En cuanto a las razones que tuvo Marshall para no entregar estos nombramientos, éstas van desde el descuido o negligencia hasta las que dicen que tenía antipatía por los fallidos jueces y miembros del Partido Federalista, antagónico al Partido Demócrata Republicano de cuyas filas egresaría el nuevo presidente Jefferson.¹⁰

Jefferson designa a James Madison secretario de Estado, quien asumido el cargo se niega a certificar y entregar los nombramientos pendientes. En 1802, el Senado decide modi-

⁹De hecho, de los 42 nombramientos de jueces de paz, Marshall dejó de entregar cuatro de ellos; los de William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hoee y William Harper, de tal forma que demandaron los cuatro, figurando Marbury como el primer coactor, por lo que su apellido aparece en primera instancia.

¹⁰Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en Estados Unidos lo podemos encontrar en David Cienfuegos Salgado (comp.), *Marbury contra Madison. Una decisión histórica para la Justicia constitucional*, México, Editora Laguna, El Colegio de Guerrero, A.C., 2005, pp. 106-110.

ficar la Ley sobre Circuitos Judiciales y elimina las plazas de los jueces designados por Adams.

William Marbury era uno de los jueces que habiendo sido nombrado por el presidente Adams y ratificado por el Senado no se le había entregado el nombramiento correspondiente, por lo que demanda a Madison en su calidad de secretario de Estado reclamando como prestación la entrega de su nombramiento de juez. Funda su acción en una orden de *mandamus*.⁴⁴

La cuestión se complica para el recién nombrado presidente de la Corte John Marshall y hasta podría pensarse que debió haberse excusado de conocer del asunto por un conflicto de intereses ya que la acción no se hubiera iniciado si en su calidad de secretario de Estado le hubiera hecho llegar a Marbury y a los otros peticionarios el nombramiento correspondiente. Lejos de ello, Marshall asume su responsabilidad y entra al estudio del asunto.

La situación no era nada sencilla. Marshall era un distinguido integrante del Partido Federalista; Marbury y compañía eran también integrantes del mismo partido a quienes Jefferson quiso arropar ante la pérdida de espacios políticos al haber perdido las elecciones ante el Partido Demócrata Republicano. Se podía pensar que al ser correligionarios, la resolución que se dictara obligaría a su contrincante político a cumplir con la prestación, pero lo más importante es que evidenciaría

⁴⁴El *writ of mandamus* consiste en un remedio judicial a través del cual una Corte superior ordena a un tribunal inferior o a una autoridad administrativa con el fin de que cumplan con lo establecido en la Constitución. El *writ of mandamus* es la contraparte del *injunction*; es decir, en lugar de buscar la suspensión de un acto estimula a que la autoridad realice una acción. Si bien esta figura jurídica anglosajona tiene algunas características similares al amparo, nunca se podría afirmar como equivalente a éste, puesto que no se trata de un juicio por sí mismo ni versa sólo sobre la salvaguarda de los derechos constitucionales. Debido a esto es necesario observar otras figuras del derecho común que sólo en su conjunto llegan a plantear una protección integral ante actos de autoridad. Para completar la protección mencionada se adhieren al *injunction* los llamados *extraordinary legal remedies*: *mandamus*, *certiorari* y *certification of questions*, *quo warranto*, *prohibition* y *habeas corpus*.

su sujeción al Poder Judicial. No obstante, tal y como lo refiere Clemente Valdés, quedaba también la posibilidad de que resolviendo a favor de Marbury, Madison se abstuviera de cumplir con el mandato, como de hecho ya había ignorado el requerimiento de la Corte cuando le preguntó sobre las razones que había tenido para negarse a entregar los nombramientos de jueces faltantes, lo que entonces evidenciaría una impotencia judicial.¹²

Una cuestión trascendente es también que de acuerdo con el proceso previsto para promover el *writ of mandamus*, éste presupone que la Corte resolvía como Tribunal de alzada, lo que llevaría a pensar que podía alegar incompetencia, no entrar al fondo del asunto y, en términos de nuestro sistema jurídico, sobreseer el asunto, lo que hubiera dado pauta para que un juez inferior sí conociera del asunto y volviera en todo caso otra vez al conocimiento de la Corte. Si bien Clemente Valdés refiere que Marshall no era abogado y que sus escasos conocimientos jurídicos se reducían a un curso de escasos dos meses impartido por George Wythe en William y Mary College en 1780,¹³ lo cierto es que tenía una gran sagacidad política y práctica, lo que lo llevó a ocupar el cargo de Chief of Justice durante más de tres décadas, sentando toda una tradición de prestigio para la Corte Judicial norteamericana pues sus sentencias provocaron los precedentes de la interpretación constitucional que han trascendido sus fronteras.¹⁴

La demanda fue presentada por Marbury y otros en diciembre de 1801 y la resolución se emitió el 24 de febrero de

¹²Clemente Valdés, "Marbury vs. Madison...", p. 15.

¹³*Ibidem*, p. 112.

¹⁴Baste para ello el ejemplo de la resolución dictada en *McCulloch vs Maryland* en 1819, en la cual resuelve el conflicto entre la Federación y un estado cuando éste intentó gravar al Banco Central a través de su sucursal en Maryland la expedición de billetes, ya que se alegaba que la facultad de expedir papel moneda no era exclusiva de la Federación. Al negarse a pagar impuestos el cajero J. McCulloch fue demandado y condenado, por lo que acudiendo en apelación a la Corte, ésta resolvió interpretando el artículo I sección 8, número 18 de la Constitución que la única facultada era la Federación, desarrollando la teoría de los poderes implícitos.

1803, cuando ya de hecho las plazas de jueces que estaban en disputa habían sido desaparecidas; es decir, la Corte se tardó más de un año en resolver, lo que resulta hasta cierto punto explicable por la complejidad de la determinación. ¿Cómo resolvió Marshall y los jueces asociados? No le dio la razón a nadie, se declaró al final incompetente pero no dio espacio para abrir la posibilidad de que los actores recurrieran a un juez inferior que de acuerdo con sus razonamientos sí era competente, pero lo más importante de todo y de ahí surge la trascendencia histórica de esta sentencia, son los argumentos que sostuvo para desarrollar la teoría de la supremacía constitucional; nada ni nadie por arriba de la Constitución.

Veamos: en su sentencia la Corte se hace tres preguntas:

1. ¿Tiene el solicitante derecho al nombramiento que demanda?
2. Si lo tiene, y ese derecho ha sido violado, ¿le confieren las leyes del Estado un remedio?
3. Si otorgan ese remedio, ¿se trata de un mandamiento que corresponda a este Tribunal emitir?

La primera pregunta la contesta afirmativamente la Corte cuando señala:

...Por tanto, el señor. Marbury fue designado, toda vez que el Presidente firmó su nombramiento y el Secretario de Estado lo selló; y como la ley que crea el cargo dio al empleado el derecho de ejercerlo por cinco años de forma independiente al Ejecutivo, el nombramiento es irrevocable y confiere al funcionario designado derechos legítimos que están protegidos por las leyes de su Estado. La retención de su nombramiento es, por consiguiente, un acto que el Tribunal considera no respaldado por la ley, sino lesivo de derechos legítimos adquiridos.

A la segunda pregunta también la contesta la Corte afirmativamente ya que, entre otras cosas, dice que "...El gobierno

de los Estados Unidos ha sido enfáticamente llamado un gobierno de leyes y no de hombres. Tal gobierno, ciertamente, dejaría de merecer ese alto calificativo si las leyes no brindaran los modos de reparar la violación de un derecho legítimamente adquirido.”

Cuando todo pareciera que la Corte daría la razón a *Marbury*, empieza a realizar argumentaciones tendientes a señalar que simplemente carece de jurisdicción cuando señala que:

La ley que establece los tribunales de justicia de los Estados Unidos autoriza al tribunal supremo a expedir mandamientos en los casos comprendidos en los principios y costumbres del derecho a cualquier tribunal o persona que ocupen un cargo bajo la autoridad de los Estados Unidos. Siendo el secretario de Estado un funcionario bajo la autoridad del gobierno de los Estados Unidos, se encuentra precisamente comprendido en las previsiones de la ley citada; y si esta Corte no está autorizada a emitir una orden de ejecución a tal funcionario, sólo puede ser porque la ley es inconstitucional y, por ende, absolutamente incapaz de conferir la autoridad de asignar las obligaciones que sus palabras parecen conferir y asignar.

Más adelante concluye que:

Por tanto, la autoridad otorgada al tribunal supremo por la ley de organización judicial de Los Estados Unidos para dictar mandatos a funcionarios públicos, no parece hallarse respaldada por la Constitución, y se hace necesario preguntarse si puede ejercerse una competencia así conferida... Entre tales alternativas no hay medio posible. O la Constitución es una ley superior y suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Legislativo le plazca.... Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? o, en otras palabras, no siendo ley, ¿constituye una norma operativa como lo sería una ley

válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grande para insistir en él... cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables al mismo caso, de modo que el Tribunal debe decidirlo ya conforme a la ley, desechando la Constitución, ya conforme a la Constitución desechando la ley, el Tribunal debe determinar cuál de las normas en conflicto es aplicable al caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia... De tal modo, la terminología particular de la Constitución de los Estados Unidos confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda Constitución escrita, de que la ley contraria a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento. Por ello, se rechaza la petición del demandante. Cúmplase.⁴⁵

Estas últimas argumentaciones fueron la base para que nacieran las teorías de control difuso (*judicial review*) y supremacía constitucional. No obstante, debe observarse que Marshall parte de una falsa premisa: se arroga facultades de las cuales carece la Corte, dado que si su argumentación la centra hacia que si no está prevista en la Constitución la facultad, no puede ejercerla; luego entonces, no podría ejercer tampoco la de órgano interpretador de la Constitución. Debe observarse al respecto que en ninguno de los artículos de la Constitución norteamericana en esa época, ni aun ahora con todas sus enmiendas, faculta a la Corte para interpretar la Constitución.

La sentencia se emitió, como ya se indicó, en 1803; sin embargo no es vuelta a utilizar la argumentación sino hasta 1819 en el Caso *McCulloch vs Maryland* que ya ha merecido comentario aparte en este mismo trabajo.⁴⁶ La reacción de Jefferson ante esta resolución fue de molestia, ya que señaló

⁴⁵ Tomado de "La sentencia *Marbury versus Madison*" (versión en español), en *Marbury contra Madison*, *op. cit.*, pp. 176-203.

⁴⁶ Véase nota 14.

que la Corte había convertido en objeto de cera a la Constitución y por tanto le podían dar la forma que ellos quisieran.

Las argumentaciones de Marshall son lenguaje común hoy en día en el mundo jurídico; sin embargo, en su época fueron totalmente innovadoras y como tal deben ser todavía reconocidas, por lo que aun ahora merecen su estudio y debate.

LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

La *judicial review* que se originó como institución jurídica en la sentencia de *Marbury vs. Madison* no es otra cosa que lo que se conoce hoy en día como el control difuso de la Constitución; es decir, la facultad de cualquier juez para determinar cuál es el derecho aplicable, incluyendo por supuesto la constitucionalidad de las leyes.

Este modelo norteamericano, a pesar de que fue conocido en Europa, no despertó mayor interés, sino hasta la década de 1920. Esto tiene su explicación de acuerdo con García Belaunde⁴⁷ por que en Europa lo que existían eran monarquías, no repúblicas, en donde lo que prevalecía era el poder de carácter absoluto. Más aún, los jueces eran mal vistos porque privilegiaban a los poderosos e incluso en algunos lugares los puestos de juez se vendían. Esto fue narrado por el propio Montesquieu en su obra *Del espíritu de las leyes*.⁴⁸

La doctrina alemana se planteó el problema al final de la Primera Guerra Mundial (1914-1918), coincidiendo con la caída del Imperio austro-húngaro y el nacimiento de nuevos países. Gracias a la gran influencia del maestro de la Escuela de Viena, Hans Kelsen, habría de crearse en octubre de 1920

⁴⁷ García Belaunde, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

⁴⁸ Carlos Luis de Secondant, barón de la Brède y de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Editorial Porrúa, Colección Sepan cuantos..., 1980, libro VI, pp. 50-57.

en Austria el primer Tribunal Constitucional para efectos de control constitucional, del cual incluso el propio maestro fue su integrante. En febrero de ese mismo año, la había concebido también la recién creada Checoslovaquia, aun cuando la doctrina le da el mérito a la austriaca por la consolidación del sistema de control constitucional, de ahí que a este sistema concentrado de constitucionalidad se le conozca como modelo austriaco o kelseniano.

Más adelante, España, en 1931, crearía su Tribunal Constitucional y aun cuando fue algo novedoso, no despertó seguimientos inmediatos. El modelo austriaco funcionó hasta 1933 en que fue eliminado. El checoslovaco sólo emitió una sentencia y fue también eliminado en 1938. El español, como consecuencia de la guerra civil, quedó eliminado en 1936. Después de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), el único que resurgió fue el austriaco, que retomó su Constitución de 1920 y desde entonces está en funciones.

España retomó el modelo en su nueva Constitución de 1978, que funciona hasta ahora normalmente. Las repúblicas checa y eslovaca, tras el derrumbe de la URSS, retomaron el Tribunal Constitucional y funcionan con él desde 1992.

Este Tribunal Constitucional concebido por Kelsen tendría como propósito justamente defender a la Constitución ante cualquier violación, dejando en manos de especialistas las resoluciones para cada caso concreto. Se trataba de un modelo concentrado, que a diferencia del control difuso planteado por primera vez por Marshall, haría posible la defensa jurisdiccional de la Constitución.

Kelsen esgrimió en 1925 su teoría del control concentrado en su obra *Allgemeine Staatslehre (Teoría general del Estado)*, en donde señalaba que:

La aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación, únicamente puede hallarse efectivamente garantizada si un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional y de anularla cuando –de

acuerdo con la opinión de ese órgano— sea “inconstitucional”. Puede existir un órgano especial establecido para este fin, por ejemplo, un Tribunal especial, el llamado “Tribunal Constitucional”; o bien el control de la constitucionalidad de las leyes, la llamada “revisión judicial”, puede encomendarse a los tribunales ordinarios y, especialmente, a la Suprema Corte. El órgano revisor puede estar facultado para abolir completamente la ley “inconstitucional”, de manera que no pueda ser ya aplicada por ningún otro órgano. Si un tribunal ordinario es competente para verificar la inconstitucionalidad de una ley, únicamente puede estar facultado para negarse a aplicarla en el caso concreto, si considera que es inconstitucional, en tanto que otros órganos permanecen obligados a aplicar el precepto. Mientras una ley no ha sido nulificada, es “constitucional” y no “inconstitucional”, en el sentido de ser contraria a la Constitución.¹⁹

Más adelante, en 1928 en su obra *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, Kelsen²⁰ vuelve a bordar sobre el tema y señala:

La cuestión de saber si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un tribunal se encuentra por tanto fuera de discusión. Su independencia frente al Parlamento como frente al gobierno es un postulado evidente; puesto que son, precisamente, el Parlamento y el gobierno, los que deben estar, en tanto que órganos participantes del procedimiento legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional.²¹

¹⁹Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, Textos Universitarios, 1958 (3a., reimp. 1983), pp. 186-187.

²⁰ Publicada originalmente en francés en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, año xxxv, t. 45.

²¹ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos, núm. 5 2004, p. 56. También disponible en Internet en la siguiente página electrónica: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.hm?1=31>

En 1931, en respuesta a Kelsen, otro gran jurista alemán, Carl Schmitt, sostendría en su obra *El protector de la Constitución Der Hüter der Verfassung* que la defensa de la Constitución debería estar en el Presidente del Reich en uso de las facultades extraordinarias que le otorgaba el artículo 48 de la Constitución alemana de 1919, ya que permitir que un órgano judicial, especializado o no controlara la Constitución, sería tanto como permitir que se judicializara la política.

Kelsen escribiría en réplica en 1931 su obra *Wer soll der Hüter der Verfassung sein (¿Quién debe ser el protector de la Constitución?)*, reiterando que debía existir un órgano especializado protector de los derechos humanos, haciendo referencia precisamente al tribunal concebido por él mismo en Austria, destacando que las sentencias que emitiera este tribunal especializado tendría efectos *erga omnes*, lo que lo convertía materialmente en un legislador negativo.²²

Más allá de la disputa ideológica de dos de los más grandes juristas del mundo contemporáneo, debe destacarse que el modelo kelseniano ha permeado hasta nuestros días, de tal forma que España, Francia, Alemania, Italia, Austria, Portugal, Bélgica, Turquía, Albania, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Macedonia, Moldavia, Polonia, Rumania, Yugoslavia, Rusia y Ucrania, cuentan con un tribunal de este tipo.²³ En el caso de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido evolucionando hacia ese propósito y aun cuando todavía tiene competencia para resolver sobre asuntos que no son propiamente constitucionales, sus facultades se han encaminado

²² Héctor Fix Zamudio, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Ed. Porrúa-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 5-6.

²³ Héctor Fix-Zamudio, "Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales", en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (coords.), *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 202-204.

hacia ese fin, por lo que no sería remoto pensar que a mediano plazo se convirtiera en un Alto Tribunal Constitucional, *per se* o a través de una sala especializada.

Hoy en día, México presenta una serie de defensas constitucionales en contra de actos o leyes consideradas contrarias a la Constitución, defensas que el maestro Fix-Zamudio ha clasificado de la siguiente manera: 1. el juicio político (art. 110); 2. la responsabilidad patrimonial del Estado directa y objetiva (art. 113); 3. las controversias constitucionales (art. 105, fracción I); 4. la acción abstracta de inconstitucionalidad (art. 105, fracción II); 5. el proceso de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (art. 97, párrafos segundo y tercero); 6. el juicio de amparo (arts. 103 y 107); 7. el juicio para protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos (art. 99, fracción V); 8. el juicio de revisión constitucional electoral (art. 99, fracción IV) y 9. los organismos no jurisdiccionales autónomos protectores de los derechos humanos (art. 102, apartado B).²⁴

A esta clasificación, tal vez debiera agregarse otra que aun cuando sólo tienen un tratamiento local, se trata de otros medios de defensa constitucionales: los amparos locales regulados por Veracruz y Tlaxcala, de los cuales se hablará en el capítulo 4 y la inconstitucionalidad por omisión legislativa que precisamente se aborda en el presente trabajo.

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El concepto de derecho procesal constitucional es realmente nuevo. Atiende a una nueva rama del derecho que poco a poco se ha ido ganando un propio espacio en el conocimiento científico. Comprende *grosso modo*, el examen de las garantías constitucionales, las normas para su ejercicio y las instituciones ante quienes se promueven.

²⁴ Héctor Fix-Zamudio, *Estudio de la defensa de la Constitución...*, pp. 177-349.

Hemos visto ya que a partir del nacimiento de la *judicial review* en el derecho norteamericano en 1803, surgió una institución jurídica que se plantea la necesidad de dejar de aplicar una ley cuando se le considere inconstitucional, lo que se traduce en un mecanismo de defensa de la Constitución y en consecuencia, de tutela de derechos de los gobernados. De esta forma, se puede afirmar que desde inicios del siglo XIX se inicia el estudio jurisdiccional del derecho procesal constitucional.

Nos dice el maestro Fix que es común que para hacer referencia a los medios de defensa constitucionales se empleen los conceptos de defensa, control, justicia, jurisdicción y garantías, todos ellos con el calificativo de constitucionales; sin embargo, ninguno comprende la trilogía que estima, coincidiendo con García Belaunde, debe de comprender esta rama del derecho, a saber: el estudio de a) la jurisdicción constitucional; b) los procesos constitucionales, y c) los órganos constitucionales.

Un factor determinante que ha retenido el reconocimiento del derecho procesal constitucional como una rama autónoma del derecho lo ha sido la separación que ha existido entre los estudiosos del derecho constitucional y del derecho procesal, la cual, por cierto, ha venido a menos a partir de las coincidencias que han encontrado al examinar los instrumentos de tutela en defensa de la Constitución.

El propio maestro Fix-Zamudio nos proporciona un concepto de *derecho procesal constitucional* en los siguientes términos:

aquella (disciplina) que examina las instituciones, los organismos y los procedimientos que tienen como finalidad la solución de controversias constitucionales en sentido estricto [y lo distingue del] derecho constitucional procesal [en cuanto que éste] examina las diversas categorías procesales que se han incorporado, cada vez con mayor detalle, a las constituciones contemporáneas ²⁵

²⁵ *Ibidem*, pp. 78 y 409.

que más que un juego de palabras, constituye una división académica para el estudio de cada una de ellas.

Hans Kelsen fue quien sin emplear nunca el término derecho procesal constitucional sentó las bases para el estudio de esta nueva disciplina a partir de sus estudios sobre la jurisdicción constitucional, ya que aun y cuando él no era un procesalista, sí tuvo la preocupación para disertar sobre instrumentos de tutela constitucional. Prueba de ello es el análisis de las obras del ilustre maestro de la Escuela de Viena a las que se hace referencia en este mismo trabajo.

Por otro lado, sin lugar a dudas, el maestro Héctor Fix-Zamudio ha sido uno de los más destacados juristas que ha impulsado esta nueva rama del derecho en los últimos años. Baste para ello saber que su tesis de licenciatura en 1956 tuvo como título *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana* el cual ya contenía un capítulo sobre esta nueva rama del derecho. Ese mismo año publicó ya su primer ensayo denominado *Las aportaciones de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional*. A partir de entonces, la producción del maestro ha sido continua e incansable y su doctrina empieza ya a rendir frutos.²⁶

Eduardo Ferrer Mac-Gregor sostiene sin lugar a dudas que Fix Zamudio fue el iniciador del estudio sistemático del derecho procesal constitucional, teniendo en cuenta los avances de la ciencia procesal moderna. Este estudio científico permitió distinguir las teorías que lo consideraban un recurso, interdicto, como una institución netamente política, como un proceso autónomo de impugnación, como instrumento de control constitucional, como una institución mixta o como un

²⁶ Diego Valadés, al presentar el libro del maestro Fix Zamudio al que ya se ha hecho mención, hace referencia además a la indiscutible aportación e influencia que ha tenido en el mundo contemporáneo. Hace mención también a la influencia que tuvo en él su maestro Niceto Alcalá Zamora, quien generó las primeras preocupaciones académicas sobre esta rama del derecho, prueba de ello lo es la doctrina que se ha producido en los últimos años en Brasil, Colombia, Costa Rica, Nicaragua, Perú, Alemania y Argentina.

cuasiproceso, concluyendo que se trata de un genuino y auténtico proceso jurisdiccional, apoyándose en las teorías publicistas, que se inician bajo la concepción del proceso como relación jurídica.²⁷

La importancia que hoy en día ha adquirido el derecho procesal constitucional radica en que es a través de la efectividad que se logre de las disposiciones de carácter fundamental como se logrará el respeto a los derechos fundamentales. Coincidiendo para ello con el concepto de derechos fundamentales que propone Ferrajoli:

Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstos.²⁸

Como se ha visto, la aparición del estudio sobre el derecho procesal constitucional inició con la obra de Kelsen y se acentuó con la polémica entre éste y Carl Schmitt sobre quién debería vigilar la tutela de la Constitución y por ende, la limitación al poder. Partiendo de ello, Fix hace una clasificación de dos categorías: a) protección de la Constitución y b) garantías constitucionales. A la primera agrega todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y hasta de técnica jurídica incorporados a los textos fundamentales con la finalidad de limitar al poder y lograr el mantenimiento de la división de

²⁷ Eduardo Ferrer MacGregor Poissot, "Aportaciones de Héctor Fix Zamudio al derecho procesal constitucional", en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Mexicana, núm. 99 2002, p. 194.

²⁸ Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 19.

poderes; entre ellos, la renovación periódica de los gobernantes, la no reelección, la supremacía constitucional y el procedimiento estricto de reforma constitucional. A la segunda, los instrumentos procesales establecidos generalmente en la Constitución que tienen como finalidad reintegrar el orden constitucional cuando éste ha sido violentado. Justamente el derecho procesal constitucional atiende al estudio de las garantías constitucionales.

Capítulo 2

La inconstitucionalidad por omisión legislativa

A partir del surgimiento de los sistemas constitucionales contemporáneos y más propiamente, de la aparición de constituciones escritas que regulaban la organización estatal, se puede afirmar que cuando la actuación gubernamental no se ceñía a las prescripciones de la norma fundamental, se estaba en presencia de actuaciones inconstitucionales; es decir, que estaban alejadas de los parámetros prescritos por el órgano constituyente que representaba el pueblo en ejercicio de su soberanía.

Más aún, se puede hablar de que pueden existir acciones anticonstitucionales cuando la actividad del ente gubernamental no sólo se separa de la norma fundamental, sino que atenta contra el espíritu que la creó, oponiendo una actuación diametralmente opuesta, como lo podría ser por ejemplo la creación en una república federal de una Cámara de Notables en el Poder Legislativo con características de selección de tipo hereditaria y perpetua y no de elección democrática popular sin limitación y renovable periódicamente. Aun cuando el segundo supuesto es más hipotético que real, vale la pena presentar la distinción con el fin de distinguir uno y otro supuesto.

La norma fundamental es entonces un marco de referencia sobre el cual debe desenvolverse el órgano estatal a través de sus representantes. Para el caso mexicano, es clásica la división que se realiza de la Constitución para su estudio. Una parte dogmática que generalmente está contenida en el

apartado de garantías individuales (es decir en los primeros 29 artículos) y otra parte denominada orgánica en los artículos restantes en donde se describe la manera en la que está conformado el Estado en su acepción también clásica de población, territorio y gobierno. La misma Constitución representa un límite de actuación de la autoridad, no puede ni debe hacer nada ésta que no esté prescrito en ese ordenamiento legal. No puede ni debe hacer nada para lo que no se encuentre expresamente facultada según lo prescribe tácitamente el artículo 16 constitucional, a diferencia del pueblo a quien tácitamente se le permite hacer o dejar de hacer todo aquello que la ley no prohíba. La norma constitucional es luego entonces, por sí misma, un medio de control constitucional.

Nuestra Constitución cuenta además con una serie de postulados que representan aspiraciones programáticas o bien que derivan en trabajo a desarrollar por el legislador ordinario con el propósito de hacer efectivos los derechos apostados en la ley fundamental. Ejemplo de lo primero lo es la disposición contenida en el artículo 123 que prescribe que: “toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley”. Evidentemente que no es a través de una ley o decreto que se pueden crear trabajos para todos los que lo necesiten, pero sí es una aspiración legítima y deseable que el Estado debe de procurar un ambiente favorable para ello.

En cuanto al segundo supuesto, el ejemplo ya clásico es el contenido en el cuarto párrafo del artículo 21 constitucional que señala expresamente: “Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.” Esta disposición fue introducida en nuestra Constitución el 31 de diciembre de 1994; sin embargo, hasta esta fecha no se ha emitido la ley específica a que se hace referencia.

Dicho sea de paso, vale la pena mencionar que esta reforma constitucional se produjo a una iniciativa del Presidente de la República Ernesto Zedillo, quien habría de vivir muy de cerca el asesinato del entonces candidato presidencial priísta Luis Donaldo Colosio el 24 de marzo de 1994 y la actuación deficiente del órgano investigador del delito, la Procuraduría General de la República, para esclarecer el caso ante la opinión pública. Ante la impotencia de no hacer nada ante la eventual decisión del Ministerio Público que detenta el monopolio de la acción penal para mandar al archivo o reserva una averiguación previa, se pensó que debería de haber un mecanismo legal para obligar al Ministerio Público a revisar una mala determinación.

¿Esta inactividad legislativa puede ser considerada inconstitucional? Ese es precisamente el planteamiento del presente trabajo. La inconstitucionalidad por omisión legislativa.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como hemos visto, no todas las prescripciones constitucionales deben ser consideradas como una tarea a desarrollar en el futuro por el legislador ordinario, pues considerarlo de esa manera sería utópico e inviable. Pensemos que se garantizara en la Constitución que toda persona tiene derecho a ser feliz. La simple idea nos lleva inmediatamente a pensar en el problema que significaría, ¿qué es ser feliz? Para unos podría ser tal vez tener empleo, atención médica, vivienda digna, acceso a la educación; es decir, los satisfactores que se podrían considerar más comunes, pero también podría haber quien teniendo todo eso o tal vez nada, dijera que para él ser feliz es tener a alguien viviendo a su lado. ¿Cómo podría el Estado proporcionarle esa felicidad? Prácticamente es imposible.

Por el contrario, hay ordenamientos en la norma fundamental que deben ser desarrollados por la asamblea de legis-

ladores y sin los cuales no pueden hacerse efectivos los derechos fundamentales contenidos en la propia Constitución; ahora bien, ¿cuándo se está realmente en presencia de una inconstitucionalidad por la falta de emisión de esa norma secundaria?

La inconstitucionalidad por omisión es un tema recientemente acuñado por la doctrina, pero que ya ha empezado a traducirse en instituciones jurídico-positivas y en la posibilidad de mover el aparato judicial para procurar el cumplimiento de las prestaciones reclamadas por los enjuiciantes. De la teoría se pasó al mundo real y existen países y provincias, como en el caso de México, en el que el constitucionalismo debe ya de ofrecer modelos eficientes en caso de que sean éstos posibles.

El concepto no ha tenido aceptación unánime en la doctrina. Miguel Carbonell coordinó la publicación de tres valiosos ensayos con lo más reciente sobre el tema en la obra denominada *En busca de las normas ausentes*. En ellos se recogen también las voces disidentes de esta nueva figura jurídica, entre otros a Carlos Ruiz Miguel.²⁹

El propio maestro Héctor Fix-Zamudio se muestra reuente a aceptar esta figura jurídica cuando dice:

...presenta numerosas dificultades tanto técnicas como de aplicación, ya que ha funcionado en varios ordenamientos contemporáneos, pero sin perfiles precisos, como lo ha puesto de relieve la doctrina más reciente, y que puede conducir, si no se pondera de manera suficiente, a contradicciones difíciles de superar ...consideramos que este desarrollo [se refiere al desarrollo en el constitucionalismo estatal mexicano] debe ser meditado y ponderado cuidadosamente por los organismos legislati-

²⁹José Julio Fernández Rodríguez, "Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión", en Miguel Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003, p. 17.

vos locales, ya que se trata de instrumentos novedosos que deben ser examinados de acuerdo con la experiencia de los que ya se han implantado y según los planteamientos de la doctrina y la jurisprudencia en esta materia.³⁰

No podía ser para menos, el tema es uno de los que más llaman la atención si se inscribe en el contexto del derecho procesal constitucional porque por sí mismo desborda y plantea una posibilidad de enfrentar judicialmente al mismísimo Poder Legislativo. No obstante, precisamente por lo novedoso y reciente, puede decirse que aún está en construcción, por lo que es un tema apasionante que amerita precisamente estudio y reflexión pero también enfrentamiento para conducirlo a buen puerto sin que éste llegue a naufragar.

Resulta válido pensar en primer término que siendo el Poder Legislativo quien representa los intereses del pueblo, aquél es quien decide qué, cómo y cuándo legisla, sin más restricción que la que el propio constituyente estableció en la norma fundamental. Poniendo como ejemplo el caso mexicano, el Congreso de la Unión es quien tiene facultades para legislar en el ámbito federal, por disposición expresa de los artículos 73 y 124 constitucionales, reservando a los estados las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución a la Federación.

Por el principio de división de poderes, el Poder Legislativo no está sujeto a órdenes de nadie. Sus integrantes, diputados y senadores, son representantes populares y por el principio de representación popular, son irresponsables política y jurídicamente ante sus electores, de tal manera que no deberían de estar obligados a legislar sobre determinada materia si es que la mayoría no lo encuentra viable. Se podrá decir que ante una mala actuación del legislador durante su periodo, el castigo más grande que le puede ser infringido es

³⁰Héctor Fix-Zamudio, *Estudio de la defensa de la Constitución...*, pp. 395 y 409.

el del voto, de tal manera que los electores no lo beneficiarían de nueva cuenta con su aprobación para un nuevo desempeño legislativo; no obstante lo real es que durante su mandato nada pueden hacer legalmente sus electores para obligarlos a legislar.

Esta amplitud de facultades para legislar o no sobre determinada materia por parte de los representantes, encuentra su máximo grado de expresión en la Gran Bretaña, en donde incluso no existe una Constitución escrita que obligue a los legisladores a producir normas dentro de ese marco de referencia. El Parlamento británico, se dice, puede hacer prácticamente todo, menos convertir a un hombre en una mujer.

No obstante, hay veces en el que el silencio del legislador puede derivar en consecuencias graves para los gobernados que inciden directamente en el pleno goce de las libertades que el Estado debe de respetar (o garantizar, de acuerdo con la corriente *ius positivista*). Ese es precisamente el grave problema que se ha tenido para delimitar esta naciente institución jurídica y establecer mecanismos para hacer efectivo el derecho de los gobernados haciendo valer a través de este instrumento, un medio de control constitucional.

Para acercarnos al problema, nos referiremos a las diferentes acepciones que ha encontrado José Julio Fernández Rodríguez, catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela sobre la inconstitucionalidad por omisión, para encontrar qué sí es y qué no inconstitucionalidad por omisión, haciendo una breve referencia sobre el concepto que brinda por cada una de ellas y al final expondremos nuestro punto de vista al respecto.

1. *Omisión legislativa simple*. Ausencia de norma que todavía no puede reputarse inconstitucional porque todavía no ha transcurrido un periodo largo de espera.

2. *Omisión de normación*. Ausencia de norma secundaria pero que no está referida a la norma constitucional.

3. *La idea de la “laguna”*. Ausencia de regulación en un supuesto de hecho que es merecedor de ser disciplinado jurídicamente.³¹

4. *Inactividad de la administración*. También conocida como el silencio administrativo. Se refiere a la falta de actuación del Poder Ejecutivo en el ámbito del derecho administrativo.³²

5. *Los conflictos negativos de competencia*. Se refiere a la falta de asunción de competencia por alguno de los órganos del gobierno, rechazando asumir una función alegando que le corresponde a otro órgano del gobierno.

6. *Inejecución de leyes inexistentes*. Se refiere a la falta de ejecución por parte del Ejecutivo de una ley. Aun cuando reconoce el propio autor que se está en presencia en todo caso de una ilegalidad por omisión y es una figura diferente al derecho constitucional.

7. *El no desarrollo del derecho supranacional*. Se refiere a la falta de adecuación al derecho interno de lo convenido en los tratados internacionales.

8. *El no cumplimiento de principios constitucionales*. La falta de observancia de preceptos constitucionales que no requieren de una norma secundaria para su positivización.

9. *Omisión aplicativa*. Actitud de los poderes públicos que rehúsan aplicar cierta normativa constitucional a pesar de que se dan las condiciones necesarias para ello y que esa normativa es de aplicación preceptiva.

10. *El no cumplimiento de la genérica necesidad de actuación de los poderes constituidos*. Pasividad de la actividad que deben

³¹No puede dejar de comentarse que en el caso mexicano, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14 constitucional, esta ausencia de norma es suplida en los juicios del orden civil por los principios generales de derecho con el fin de que los jueces puedan dictar sus resoluciones.

³²Aun cuando el autor concluye en la falta de utilidad para efecto de construcción del concepto, estimo, coincidiendo con Miguel Carbonell, que en el caso mexicano precisamente el silencio administrativo puede causar el efecto de inconstitucionalidad por omisión cuando el Presidente de la República no provee en la esfera administrativa a la estricta observancia de la ley (art. 89, fracción I de la Constitución).

llevar a cabo los poderes públicos para llevar a cabo el proyecto constitucional en la realidad.

11. *Anomia constitucional.* Es la ausencia de alguno de los contenidos que materialmente debe tener un texto constitucional.

12. *Omisión de acto político.* *Contrario sensu*, la decisión del Ejecutivo dada a su arbitrio, pero que no resulta fiscalizable judicialmente.

13. *Omisión de la legislación básica en el Estado autonómico.* Ausencia de desarrollo normativo en las comunidades autónomas de materias distintas a las de regulación jurídica básica hecha en la Constitución.³³

De las aproximaciones hechas por el autor, concluye que sólo una de ellas, la de falta de desarrollo de derecho supranacional, puede ser considerada como inconstitucionalidad por omisión. Esto se explica dado que los tratados internacionales obligan a los estados firmantes a su cumplimiento y forman parte del derecho nacional a partir de su aceptación. En el caso mexicano, estos tratados tienen incluso el mismo nivel jerárquico que la propia Constitución; es decir, están en un nivel jerárquico superior a las leyes federales.³⁴ Apreciando el caso de México, la inactividad de la administración debe ser calificada también como causa de posible inconstitucionalidad por omisión, tal y como ya se ha explicado, debido a las facultades legislativas del Presidente de la República.

El concepto que ofrece Fernández Rodríguez sobre inconstitucionalidad por omisión es el de "la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesiva-

³³ Se refiere el autor al caso de España, en donde tanto en la Constitución como en los Estatutos de Autonomía se regula una serie de materias básicas y se deja a las comunidades el desarrollo normativo de otras que autónomamente quieran regular.

³⁴TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."

mente largo, de aquéllas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que impide su eficaz aplicación". Volveremos sobre este concepto al finalizar el presente capítulo para nuestra argumentación crítica.³⁵

Este concepto es a nuestro juicio limitado por las siguientes razones: se refiere únicamente a omisiones del Poder Legislativo y no define qué debe entenderse por tiempo excesivamente largo. Sí, en cambio, refiere y esto es lo importante, después de haber hecho una disgregación sobre lo que no era inconstitucionalidad por omisión, qué es la falta de desarrollo de normas constitucionales que impiden su eficaz aplicación.

Por su parte, los constitucionalistas peruanos Édgar Carpio Marcos y Gerardo Eto Cruz también se han ocupado del tema.³⁶ Para ellos, se produce la inconstitucionalidad por omisión *cuando el órgano legislativo incumple con el desarrollo de determinadas cláusulas constitucionales a fin de tornarlas operativas*. De igual forma abordan lo que para ellos deben ser los presupuestos de la inconstitucionalidad por omisión. Estos presupuestos son: a) que el no cumplimiento o desarrollo de la constitución derive de la violación de una norma específica; b) que dicha norma constitucional no sea exigible en sí misma, sino de naturaleza estrictamente programática; y c) que en las circunstancias concretas de la producción legislativa, falten las medidas necesarias para tornar exigibles y operativas dichas normas.

De nueva cuenta, este concepto hace referencia únicamente a una inactividad del Poder Legislativo, lo que es razonable para quien no conoce el caso mexicano por las razones que ya hemos expuesto con anterioridad.³⁷ Se observa coinci-

³⁵ José Julio Fernández Rodríguez, "Aproximación al concepto ...", *op. cit.*

³⁶ Édgar Carpio Marcos y Gerardo Eto Cruz, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S.C. (Fundap), Colección Constitucionalismo y Derecho Público, 2004, pp. 34 y 35.

³⁷ Véase nota 30.

dencia por cuanto hace a la identificación. Por otro lado, hay coincidencia con Fernández Rodríguez cuando afirman que hay inconstitucionalidad cuando se incumplen determinadas normas constitucionales.

Por otro lado, Víctor Bazán, al bordar sobre el tema, invoca a Luigi Ferrajoli y señala que éste invoca dos principios garantistas para hacer efectivos los derechos fundamentales: el primero es el de legalidad que sostiene que para que las prestaciones que satisfacen los derechos sociales sean impuestas como obligaciones a los poderes públicos y no abandonadas al arbitrio administrativo, es necesario que legislativamente se prevean sus presupuestos vinculantes y se identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos. El segundo principio es el jurisdiccional e indica que las lesiones de los derechos fundamentales deben ser justiciables; es decir, se pueda accionar por su ejercicio en juicio y aun cuando no postula un concepto sobre la institución jurídica que venimos estudiando, es destacable su aportación sobre la idea de que los preceptos constitucionales deben ser aplicables y exigibles jurídicamente, en tanto receptores de normatividad jurídica.³⁸

Creo que en la construcción del concepto y del propio modelo no debemos limitarnos a definir cuál es el tiempo que debe transcurrir de ausencia legislativa, ya que cualquier término que se piense será motivo de cuestionamiento. A manera de ejemplo, traemos a colación la sugerencia de Édgar Carpio y Gerardo Eto, para quienes el término prudente es el de la duración de una legislatura.³⁹

Me parece más bien que a partir de la entrada en vigencia de la norma constitucional, estamos en presencia automática de la inconstitucionalidad por omisión legislativa y en todo caso será cada accionante quien a través del ejercicio jurisdiccional

³⁸ Víctor Bazán, "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado", Miguel Carbonell, *op. cit.*, pp. 94-99.

³⁹ Édgar Carpio Marcos y Gerardo Eto Cruz, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

y los tribunales en cada caso concreto, irán construyendo la jurisprudencia para acotar sobre la temporalidad.

Propongo el siguiente concepto de inconstitucionalidad por omisión legislativa: “Ausencia de norma que reglamente el ejercicio de un derecho fundamental previsto en las normas constitucionales que impide su pleno ejercicio”.

Bajo estas consideraciones, sugiero también el siguiente concepto de acción por inconstitucionalidad por omisión legislativa: “Medio de control constitucional por medio del cual se ejerce acción jurisdiccional para obtener del órgano facultado para ello la emisión de una norma que permita hacer efectivo algún derecho fundamental.”

TIPOLOGÍAS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Diversos autores, entre ellos Fernández Rodríguez y Víctor Bazán, coinciden en invocar a Wessel⁴⁰ como el precursor de una clasificación de inconstitucionalidades por omisión legislativa, misma que explicaremos a continuación:

Omisión absoluta o total. Ausencia total del desarrollo constitucional. En este caso, la ausencia es la falta de regulación de una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente.

Omisión relativa o parcial. Vulneración del principio de igualdad por olvido de ciertos grupos en la legislación. Aquí nos encontramos con que el legislador, al pretender impulsar el desarrollo constitucional, favorece aun cuando sea involuntariamente, a ciertos grupos sociales y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que son dispensadas a otros, quebrando el principio de igualdad.

⁴⁰W. Weissel fue un magistrado integrante del Tribunal Constitucional alemán que en un artículo publicado en 1952 denominado *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde*, sobre el recurso de amparo, acuñó la tipología que hasta ahora tiene plena vigencia.

Esta tipología ha sido empleada por diversos tribunales para resolver casos sometidos a su jurisdicción, como el caso del Tribunal Constitucional de España, como lo refiere Fernández Rodríguez.⁴¹ México es otro ejemplo en el que su más alto Tribunal, aun cuando no es legalmente un tribunal Constitucional, materialmente sí hace pronunciamientos sobre control de la constitucionalidad, como se ve a continuación con la siguiente jurisprudencia por contradicción de tesis en donde su ponente fue el joven ministro José Ramón Cossío Díaz, uno de los más innovadores integrantes de la Corte:

Omissiones Legislativas. Sus tipos. En atención al principio de división funcional de poderes, los órganos legislativos del Estado cuentan con facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio, y en su desarrollo pueden incurrir en diversos tipos de omisiones. Por un lado, puede darse una omisión absoluta cuando aquéllos simplemente no han ejercido su competencia de crear leyes ni han externado normativamente voluntad alguna para hacerlo; por otro lado, puede presentarse una omisión relativa cuando al haber ejercido su competencia, lo hacen de manera parcial o simplemente no la realizan integralmente, impidiendo el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes. Ahora bien, combinando ambos tipos de competencias o facultades –de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo–, y de omisiones –absolutas y relativas–, pueden presentarse las siguientes omisiones legislativas: a) Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; b) Relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; c) Absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así

⁴¹ José Julio Fernández Rodríguez, “Aproximación al concepto...”, *op. cit.*, p. 59.

se lo imponga; y, d) Relativas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente.

Clave: P/J., Núm.: 11/2006

Controversia constitucional 14/2005. Municipio de Centro del Estado de Tabasco. 3 de octubre de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza.

El Tribunal Pleno, el tres de enero en curso, aprobó, con el número 11/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a tres de enero de dos mil seis.

Nota: La ejecutoria relativa a la controversia constitucional 14/2005, aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXII, diciembre de 2005, página 2301.

Materia: Constitucional

Tipo: Controversia Constitucional

De igual forma, por su importancia, se transcriben a continuación diversos criterios en donde se hacen distintos pronunciamientos sobre la omisión legislativa.

Facultad o competencia obligatoria a cargo de los congresos estatales. Su omisión absoluta genera una violación directa a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículos primero y segundo transitorios de la reforma constitucional de mil novecientos ochenta y siete). La reforma constitucional de mil novecientos ochenta y siete a los artículos 17 y 116, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tuvo como objetivo primordial el fortalecimiento de la independencia y autonomía de los Poderes Judiciales de los Estados de la República. Para lograr lo anterior, en los artículos primero y segundo transitorios de dicha reforma el Poder Reformador de la Constitución impuso la obligación, por mandato constitucional, a todos los Estados de la República, de

adecuar sus Constituciones y leyes locales a las disposiciones establecidas en la Constitución Federal, a más tardar el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho. En este tenor, todos los Estados de la República contaban con una facultad o competencia de ejercicio obligatorio a cargo de los órganos legislativos estatales, ya que mediante la citada reforma constitucional, se les otorgó un mandato de ejercicio expreso, es decir, una obligación de realizar determinada conducta –la adecuación de sus Constituciones y leyes secundarias–, con la finalidad de lograr un correcto desarrollo de sus funciones. Cabe señalar que en este tipo de facultades o competencias los órganos legislativos locales no tienen opción de decidir si lo hacen o no, pues existe una obligación expresa en ese sentido. Por tanto, el hecho de que los indicados órganos no cumplan con ese mandato en el término de un año, computado a partir de la vigencia del Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y siete, constituye una omisión legislativa absoluta, que genera una violación constitucional directa.

Clave: P/J., Núm.: 13/2006

Controversia constitucional 4/2005. Poder Judicial del Estado de Tlaxcala. 13 de octubre de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el tres de enero en curso, aprobó, con el número 13/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a tres de enero de dos mil seis.

Nota: La ejecutoria relativa a la controversia constitucional 4/2005, aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXII, diciembre de 2005, página 1583.

Materia: Constitucional

Tipo: Controversia constitucional

Congreso del Estado de Tlaxcala. El incumplimiento del mandato constitucional expreso impuesto por el poder reformador de la Constitución federal en los artículos primero y segundo transitorios de la reforma constitucional de mil novecientos ochenta y siete a los

artículos 17 y 116, configura una omisión legislativa absoluta. El artículo segundo transitorio del Decreto por el que se reforman, entre otros, los artículos 17 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de marzo de 1987, impuso a las Legislaturas de los Estados la obligación de adecuar sus Constituciones y leyes locales a las disposiciones establecidas en aquélla a más tardar el 18 de marzo de 1988. En ese sentido, el Congreso del Estado de Tlaxcala tenía la obligación de adecuar su Constitución y sus leyes locales a las mencionadas disposiciones; sin embargo, de la revisión tanto de la Constitución Local como de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la Ley Orgánica del Poder Legislativo y del Reglamento Interior del Congreso, todos del Estado de Tlaxcala, así como de las reformas que desde 1987 se han realizado a dichos ordenamientos, se advierte que el Congreso del Estado incumplió con el mandato referido, ya que al 18 de marzo de 1988, fecha límite para haberlo hecho, no había adecuado su normatividad a la Constitución Federal, por lo que incurrió en una omisión legislativa de carácter absoluto en el desempeño de una facultad o competencia de ejercicio obligatorio, lo que generó una violación directa a la Constitución Federal que aún subsiste, ya que del análisis aludido se aprecia que el Congreso Local no ha subsanado dicha omisión.

Clave: P/J., Núm.: 14/2006

Controversia constitucional 4/2005. Poder Judicial del Estado de Tlaxcala. 13 de octubre de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el tres de enero en curso, aprobó, con el número 14/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a tres de enero de dos mil seis.

Nota: La ejecutoria relativa a la controversia constitucional 4/2005, aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXII, diciembre de 2005, página 1583.

Materia: Constitucional

Tipo: Controversia Constitucional

¿INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN U OMISIÓN LEGISLATIVA?

El tema de este trabajo es el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales y no tanto la simple omisión legislativa, que es la ausencia de norma pero que no necesariamente conlleva el impedimento de hacer efectivo un precepto constitucional referido a los derechos fundamentales.

Ahora bien, ¿qué debemos de entender por derechos fundamentales? La doctrina contemporánea distingue ya los derechos humanos de primera, segunda, tercera y hasta cuarta generación. En la primera están comprendidos todos aquéllos inherentes a las libertades del hombre, primarios, sin los cuales no es posible la convivencia armónica y se refieren, por ejemplo, al derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libertad religiosa, a la libre manifestación de ideas, a la igualdad ante la ley y a la seguridad física. La segunda hace alusión a derechos sociales, tales como derecho al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación, a la vivienda; La tercera se refiere al derecho a la paz, al derecho a un medio ambiente sano, a la información y a la comunicación. En la cuarta generación, aún en construcción, podría estar comprendido el derecho a los sistemas informáticos.

Debido a ello, y atendiendo a que no todos los preceptos constitucionales deben significar la obligación del Estado para hacer efectivos los derechos ahí contenidos, hablando de constituciones programáticas como la mexicana, podemos concluir que sólo los derechos fundamentales identificados como de la primera generación son los que deben ser susceptibles de ser reclamados por su ejercicio vía inconstitucionalidad por omisión.

Ahora bien, ¿quién debe calificar esa inconstitucionalidad por omisión? Me parece que debe ser un tribunal a través de un control difuso o concentrado de la Constitución que podrá, vía acción e instrucción, dictar una resolución que tenga imperio judicial.

Una vez declarada la inconstitucionalidad por omisión, ¿debe contener la orden al órgano competente, dentro del Poder Legislativo o Ejecutivo, para que legisle o debe emitir la norma ausente el propio tribunal?

Sobre esta materia, tal y como se verá más adelante, los estados han asumido posiciones diferentes. Lo cierto es que, tal y como bien lo advierte el maestro Fix, debe tenerse sumo cuidado con esta figura jurídica, toda vez que aun se encuentra en construcción.

Adelantándome a las conclusiones finales, puedo señalar que en mi opinión, el Tribunal no debe emitir la norma, pues sería tanto como desvirtuar el principio de división de poderes, que mal que bien, ha funcionado hasta ahora. A cambio, el tribunal podría resolver el caso concreto, nunca con efectos *erga omnes*, empleando los principios generales del derecho y conminando respetuosamente al Poder Legislativo para que emitiera a la brevedad la norma solicitada.

¿CÓMO PLANTEAR LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN MÉXICO?

En México, resulta claro que el mejor ejemplo sobre inconstitucionalidad por omisión legislativa que podemos encontrar es la ausencia de la ley a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional, que ya se ha mencionado en el cuerpo del presente trabajo. Pues bien, ¿qué debe hacer un ofendido ante la determinación de no ejercicio de la acción penal o desistimiento por parte del Ministerio Público si es que la norma no existe?

Veamos primero si esta ausencia de norma se enmarca dentro de los parámetros sostenidos en el cuerpo del presente trabajo para que sea considerada una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Partiendo de mi concepto, desmenuzaremos su integración y veremos si se ajusta dicha ausencia al tipo:

<i>Ausencia de norma</i>	<i>Si</i>
Que reglamente el ejercicio de un derecho fundamental	Sí, toda vez que se considera el derecho a la seguridad y a la intimidad como derechos fundamentales
Previsto en las normas constitucionales	Si
Que impide su pleno ejercicio.	Si

Al existir plena coincidencia con los requisitos planteados, podemos afirmar que la ausencia señalada es por tanto una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

¿Cómo se ha resuelto en la práctica esta falta de normatividad? y, ¿qué han hecho los agraviados ante una indebida determinación del Ministerio Público?

Debido a que la instrucción del constituyente permanente al legislador ordinario se encuentra contenida dentro de los primeros 29 artículos constitucionales, los ofendidos acudieron al amparo para que fuera la autoridad federal la que obligara al Ministerio Público a revisar su determinación. Las resoluciones resultaron encontradas, de tal manera que en revisión, los Tribunales Colegiados de Circuito sentaron dos precedentes distintos, el primero indicando que el amparo no era procedente porque aún no se había desarrollado la ley reglamentaria correspondiente, y el segundo, indicando que precisamente por esa falta de desarrollo que el juicio de garantías sí era procedente. Se presentan a continuación ambos precedentes:

Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: X,
Agosto de 1999, Tesis: XII.1o.11 P, Página: 769, Materia: Penal,
Tesis aislada.

Ministerio Público, amparo contra su inactividad en la averiguación previa. Por reforma publicada el 31 de diciembre de 1994 en el *Diario Oficial de la Federación*, el artículo 24 constitucional fue adicionado con el párrafo siguiente: “Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.” Con lo cual las determinaciones ministeriales definitivas sobre el inejercicio de la acción penal, así como las que contienen su desistimiento, fueron elevadas a la categoría de rango constitucional y quedaron inmersas en el capítulo de garantías individuales. Lo anterior trae como consecuencia que si bien esas determinaciones del Ministerio Público fueron con anterioridad inimpugnables, actualmente ya dejaron de serlo, por disposición expresa de la ley; como también y por igual razón, éstas quedaron salvaguardadas constitucionalmente y tuteladas como una garantía individual en favor del gobernado. Ahora bien, puede suceder que el Ministerio Público se abstenga de pronunciarse respecto al ejercicio o inejercicio de la acción penal, con lo cual, habrá quienes sostengan que no se actualiza la hipótesis que se implementó en la reforma mencionada, trayendo como consecuencia que el amparo solicitado, contra dicha omisión fuera improcedente. Lo que no se considera atinado ya que una interpretación tan literal de esa reforma haría nugatorio el espíritu de la misma, la cual se logró después de apasionados debates doctrinales e intensos reclamos de la sociedad que clamaba por la posibilidad de que los afectados pudieran tener algún tipo de acción en contra de tales actos, y si ahora con las reformas se cristalizó tal expectativa, no sería correcto que no se aplicara en todos sus alcances; por ende, la abstención del Ministerio Público de pronunciarse definitivamente respecto al ejercicio o inejercicio de la acción penal, debe ser una

omisión reclamable por medio del juicio de amparo, pues qué caso tendría que se puedan impugnar las resoluciones de tal naturaleza, pero no se pueda exigir que éstas se dicten. Primer Tribunal Colegiado del décimo segundo circuito.

Amparo en revisión 254/98. Florencio Canizález Sánchez. 23 de octubre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Juan Martín Ramírez Ibarra. Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis número 35/99, pendiente de resolver en la Primera Sala.

Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: V, Abril de 1997, Tesis: VI.2o.83 K, Página: 246, Materia: Común

Nota: Esta tesis contendió en la contradicción 35/99-ps resuelta por la primera sala, de la que derivó la tesis 1a./j. 24/2001, que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XIII, mayo de 2001, página 142, con el rubro: "Jueces de distrito. Están facultados para apreciar si ha transcurrido un plazo razonable para que el Ministerio Público emita algún pronunciamiento respecto del ejercicio o no ejercicio de la acción penal y para, en su caso, imponerle uno para que dicte la resolución que corresponda como resultado de la averiguación previa."

Nota: Esta tesis contendió en la contradicción 35/99-ps resuelta por la primera sala, de la que derivó la tesis 1a./j. 16/2001, que aparece publicada en el *Semanario Judicial De La Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XIII, mayo de 2001, página 11, con el rubro: "Acción penal es procedente el juicio de amparo indirecto en contra de la abstención del Ministerio Público de pronunciarse sobre el ejercicio o no ejercicio de aquélla."

Amparo, improcedencia del, contra la falta de resolución del Ministerio Público en averiguación previa que determine el ejercicio o no de la acción penal. El juicio de garantías en que el acto reclamado se hace consistir en la omisión del Ministerio Público de resolver el ejercicio o no de la acción penal es improcedente, habida cuenta de que la abstención de tal determinación por el órgano minis-

terial, ningún perjuicio ocasiona al quejoso, en virtud de que por ahora no existe disposición legal secundaria que consagre en su favor, el interés jurídico para exigir que el representante social resuelva y determine las consecuencias jurídicas de las averiguaciones de los ilícitos que son de su conocimiento. Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito.

Amparo en revisión 98/97. Artemio Neri Mora. 5 de marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Ambas tesis contendieron y en contradicción de tesis se emitió la que se transcribe a continuación que resuelve procedente el amparo

Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo: XII, Octubre de 2000, Tesis: P./J. 114/2000, Página: 5, Materia: Constitucional, Penal Jurisprudencia.

Acción Penal. Es procedente el juicio de amparo, mientras no se establezca en ley la vía jurisdiccional de impugnación ordinaria, para reclamar las resoluciones sobre el no ejercicio o desistimiento de aquélla (Artículo 21, Párrafo Cuarto, de la Constitución Federal). De la reforma al citado precepto constitucional, que entró en vigor el 1o. de enero de 1995, y de los antecedentes legislativos que le dieron origen, se advierte el reconocimiento en favor del querellante, denunciante, víctima del delito o de los familiares de ésta o del legalmente interesado, del derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, coetáneo del derecho de exigir al Estado la persecución de los delitos, lo que se traduce en el nacimiento de una garantía individual, cuyo respeto no puede considerarse postergado o sujeto a la condición suspensiva de que el legislador ordinario, en los diferentes fueros, emita las disposiciones legales que reglamenten el instrumento para impugnar por la vía jurisdiccional ordinaria las determinaciones de mérito, puesto

que, en principio, ante la vigencia de la disposición constitucional relativa, la protección del derecho garantizado es inmediata, ya que, en tal hipótesis, no se requieren medios materiales o legales diferentes de los existentes para que la autoridad cumpla cabalmente y desde luego, con el mandato constitucional de investigar y perseguir los delitos, siendo obvio que dentro del sistema constitucional mexicano, el medio para controlar directamente el cumplimiento de esas funciones es el juicio de amparo. Por consiguiente, la ausencia de ordenamientos legales que precisen la vía jurisdiccional ordinaria para impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal que pueden ser violatorias de las garantías individuales del ofendido, no impide que tales determinaciones sean reclamadas de modo inmediato y en tanto se expidan las leyes ordinarias, a través del juicio de amparo, dado que al estar regulada la actuación relativa de la representación social por la propia Carta Magna, entre otros de sus preceptos, en los artículos 14 y 16, bien puede y debe examinarse esa actuación en el juicio de garantías, pues arribar a una postura que sobre el particular impida la procedencia de dicho juicio, sería tanto como desconocer la existencia de la mencionada garantía individual y el objetivo y principios que rigen al juicio de amparo, que de acuerdo con lo previsto en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es procedente contra leyes o actos de autoridad que violen garantías individuales. En estas condiciones, debe concluirse que si las determinaciones del aludido representante social sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal pueden implicar la violación de garantías individuales, aquéllas podrán impugnarse mediante el juicio de amparo indirecto, en términos de lo dispuesto en el artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo, por ser esta vía la que revisa la legalidad del proceso indagatorio de la comisión de ilícitos, además de que desatender la norma constitucional reformada implicaría la inobservancia de los artículos 133 y 136 de la Constitución Federal, siendo que el espíritu del Constituyente

Originario se orientó a la prevalencia de los principios de supremacía e inviolabilidad de la Ley Fundamental.

Contradicción de tesis 18/98-PL. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Cuarto Circuito. 5 de junio de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Hilario Sánchez Cortés. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 114/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil.

Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo: XIII, Mayo de 2004, Tesis: 1a./J. 24/2004, Página: 142, Materia: Penal Jurisprudencia.

Jueces de Distrito. Están facultados para apreciar si ha transcurrido un plazo razonable para que el Ministerio Público emita algún pronunciamiento respecto del ejercicio o no ejercicio de la acción penal y para, en su caso, imponerle uno para que dicte la resolución que corresponda como resultado de la averiguación previa. La circunstancia de que el juicio de amparo indirecto sea procedente en contra de la abstención del Ministerio Público de pronunciarse sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal, autoriza al juzgador de amparo a apreciar en cada caso concreto si ha transcurrido un plazo razonable para que la representación social dicte la resolución que conforme a derecho corresponda, con base en las manifestaciones del quejoso y las de la propia autoridad responsable en su informe con justificación, sin que ello implique otorgar al juzgador constitucional la facultad de estudiar el fondo de la denuncia o querrela planteada por el gobernado, sino únicamente la de imponer, en su caso, a dicha representación un plazo prudente para que dicte su resolución.

Contradicción de tesis 35/99. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y por el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. 17 de enero de 2004. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario:

Miguel Ángel Ramírez González. Tesis de jurisprudencia 24/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veinticinco de abril de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Humberto Román Palacios.

Esta falta de previsión legal fue resuelta medianamente en el Distrito Federal mediante la reforma a la fracción XIX del artículo 9o. del Código de Procedimientos Penales, efectuada el 17 de septiembre de 1999, de tal manera que el texto legal señala lo siguiente:

Art. 9o.– Los denunciantes, querellantes y las víctimas u ofendidos por la comisión de un delito tendrán derecho, en la averiguación previa o en el proceso, según corresponda:

....

Fracción XIX. A impugnar las determinaciones de no ejercicio de la acción penal.

En el plano federal, mediante reforma del 10 de enero de 1994 al artículo 133 del Código Federal de Procedimientos Penales se planteó resolver el problema. El texto legal indica lo siguiente:

Art. 133.– Cuando en vista de la averiguación previa el Agente del Ministerio Público a quien la Ley Reglamentaria del artículo 102 de la Constitución General de la República faculte para hacerlo, determinare que no es de ejercitarse la acción penal por los hechos que se hubieren denunciado como delitos, o por los que se hubiere presentado querrela, el denunciante, el querellante o el ofendido, podrán ocurrir al procurador General de la República dentro del término de quince días contados desde que se les haya hecho saber esa determinación, para que este funciona-

rio, oyendo el parecer de sus Agentes Auxiliares, decida en definitiva si debe o no ejercitarse acción penal.

Contra la resolución del Procurador no cabe recurso alguno, pero puede ser motivo de responsabilidad.

Caso similar se presenta en el estado de Baja California, en donde se reformó el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales en 1995 para asentar que en el caso de la determinación del Ministerio Público de no ejercicio de la acción penal o de desistimiento, el denunciante o querellante, pueden interponer el recurso de revisión ante el juez penal competente.

Esta solución práctica no ha atacado el problema sustancial, el de la inconstitucionalidad por omisión, que obedece a la falta de previsión constitucional para acudir a la vía jurisdiccional para hacer efectivo este derecho. De tal manera que estimamos que en tanto no se emita una norma secundaria que establezca reglas y procedimientos para impugnar tanto el desistimiento de la acción penal, como el no ejercicio de la acción penal, seguirá siendo letra muerta la previsión constitucional.

No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado a través de diversos criterios jurisprudenciales sobre la posibilidad de demandar la inconstitucionalidad por omisión legislativa con los instrumentos actuales que ofrece nuestro derecho positivo, negando tal posibilidad, tal y como se puede ver a continuación:

Leyes, amparo contra. Es improcedente aquel en que se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento legal a una reforma constitucional. Respecto de la omisión del legislador ordinario de dar cumplimiento al mandato constitucional de expedir determinada ley o de reformar la existente en armonía con las disposiciones fundamentales, es improcedente el juicio de garantías, de conformidad con lo dispuesto

en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con lo establecido en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la citada legislación ordinaria, en virtud de que, según el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, lo que impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, dado que no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, es decir, a legislar, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que es una regla de carácter general, abstracta y permanente, la que vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, lo que es inconcuso resultaría apartado del principio de relatividad enunciado.

Amparo en revisión 964/97. Alberto Santos de Hoyos. 24 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de noviembre en curso, aprobó, con el número CLXVIII/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Conceptos de violación y agravios expresados en el amparo directo en revisión. Son inoperantes cuando en ellos se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento a una reforma constitucional. Cuando en la demanda de amparo directo o en los agravios expresados en la revisión interpuesta en dicho juicio constitucional, se impugna la omisión de una legislatura, ya sea local o federal, de expedir determinada

codificación u ordenamiento, la imposibilidad jurídica de analizar tales cuestionamientos deriva de que conforme al principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, establecido en los artículos 107, fracción II, constitucional, y 76 de la Ley de Amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, lo que impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, dado que no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, esto es, a legislar, porque esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que, por definición, constituye una regla de carácter general, abstracta e impersonal, la que vincularía no sólo al recurrente y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, apartándose del enunciado principio.

Amparo directo en revisión 2632/98. Jorge Villalobos Torres. 24 de agosto de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: José Carlos Rodríguez Navarro.

Acción de inconstitucionalidad. Es improcedente contra la omisión del Congreso local de ajustar los ordenamientos legales orgánicos y secundarios de la entidad a las disposiciones de un Decreto por el que se modificó la Constitución estatal. Del análisis gramatical y teleológico de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se advierte la procedencia de la acción de inconstitucionalidad contra la omisión legislativa de ajustar los ordenamientos legales orgánicos y secundarios de una entidad federativa a las disposiciones de un Decreto por el que se modificó la Constitución Estatal, sino únicamente contra la posible contradicción entre la Constitución Federal y una norma general que haya sido promulgada y

publicada en el medio oficial correspondiente, dado que a través de este mecanismo constitucional la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma. Lo anterior se corrobora con la exposición de motivos de la iniciativa que dio origen a la reforma del citado precepto constitucional, de donde se advierte que la intención del Órgano Reformador de la Constitución Federal, al crear la acción de inconstitucionalidad, fue la de establecer una vía para que los entes legitimados, entre ellos los partidos políticos, pudieran plantear ante esta Suprema Corte la posible contradicción entre una norma general publicada en el medio oficial correspondiente y la Constitución Federal, características que no reviste la aludida omisión del Congreso Local, dado que no constituye una norma general y menos aún ha sido promulgada y publicada, por lo que resulta improcedente dicha vía constitucional.

Acción de inconstitucionalidad 7/2003. Partido de la Revolución Democrática. 4 de marzo de 2003. Mayoría de nueve votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Disidente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Martín Adolfo Santos Pérez.

Principio de división funcional de poderes. Sus características. El citado principio se desarrolla constitucionalmente mediante la atribución de competencias expresas conferidas a los órganos superiores del Estado; en ese sentido, el principio limita la actuación de las autoridades, lo que significa que todo aquello para lo que no están expresamente facultadas se encuentra prohibido y que sólo pueden realizar los actos que el ordenamiento jurídico prevé y, en particular, sobre las bases que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por otra parte, este sistema competencial puede ser de diferentes formas, pues existen: a) prohibiciones expresas que funcionan como excepciones o modalidades de ejercicio de otras competencias concedidas; b) competencias o facultades de ejercicio potestativo, en donde el órgano del Estado puede decidir si ejerce o no la atribución conferida; y, c) competencias o facultades de ejercicio obli-

gatorio, en las que el órgano del Estado al que le fueron constitucionalmente conferidas está obligado a ejercerlas.

Controversia constitucional 14/2005. Municipio de Centro del Estado de Tabasco. 3 de octubre de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza. El Tribunal Pleno, el tres de enero en curso, aprobó, con el número 9/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a tres de enero de dos mil seis.

Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo: XXIII, Febrero de 2006, Tesis: P/J. 10/2006, Página: 1528, Materia: Constitucional Jurisprudencia.

Órganos legislativos. Tipos de facultades o competencias derivadas del principio de división funcional de poderes. En atención al citado principio los órganos legislativos del Estado cuentan con facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio. Las primeras son aquellas en las que dichos órganos pueden decidir si las ejercen o no y el momento en que lo harán, de manera que esta competencia en sentido estricto no implica una obligación, sino la posibilidad establecida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales, es decir, los órganos legislativos cuentan con la potestad de decidir libremente si crean determinada norma jurídica y el momento en que lo harán. Por su parte, las segundas son aquellas a las que el orden jurídico adiciona un mandato de ejercicio expreso, es decir, una obligación de hacer 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 si no se realizan, el incumplimiento 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 expedirla o crearla, que puede encontrarse expresa o implícitamente en el texto de las propias normas constitucionales, o en el de sus disposiciones transitorias.

Controversia constitucional 14/2005. Municipio de Centro del Estado de Tabasco. 3 de octubre de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza. El Tribunal Pleno, el tres de enero en curso, aprobó, con el número 10/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a tres de enero de dos mil seis.

Capítulo 3

La omisión legislativa en el derecho comparado

YUGOSLAVIA

Distintos autores coinciden al señalar que la primera referencia en la legislación mundial sobre la omisión legislativa se puede encontrar en la Constitución de 1974 de la extinta República Socialista Federativa de Yugoslavia.⁴² En efecto, dicha Constitución prescribía en su artículo 377 lo siguiente:

Art. 377.– Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia constatare que un órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para la ejecución de las disposiciones de esta Constitución, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos federales, estando obligado a dictarlas, dará conocimiento de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia.⁴³

Este Tribunal de Garantías no era otra cosa que una especie de órgano de control constitucional encargado de vigilar su debido funcionamiento a fin de resolver conflictos. Nótese que la determinación del Tribunal de Garantías, en caso de

⁴²Víctor Bazán, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado”, en Miguel Carbonell *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, Instituto de investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 109, y César Astudillo, *op. cit.*, p. 85.

⁴³<http://www.ub.es/conflictos/conflictos/paises/yugoslavia/antiga/documents/constituciones/1974.htm>

considerar procedente la acción de omisión, consistía en dar conocimiento de ello a la asamblea; es decir, al órgano legislativo para que actuara en consecuencia, pero se abstenía de apercibirlo en caso de incumplimiento y menos aún, para legislar de *motu proprio*; no obstante, en la historia del constitucionalismo contemporáneo ha quedado registrada la aportación de Yugoslavia como la primera Constitución en incorporar la inconstitucionalidad por omisión.

Como se sabe, la antigua Yugoslavia ha desaparecido para dar paso a nuevas naciones integradas ahora por Bosnia y Herzegovina, Croacia, Macedonia, Montenegro y Serbia, cuyo futuro jurídico constitucional está, me parece, aún en construcción.⁴⁴

PORTUGAL

Enseguida, podemos decir que otro antecedente de la institución jurídica analizada la encontramos en Portugal. Así, encontramos que su Constitución de 1976, según refiere Víctor Bazán, “institucionalizó” la figura de la inconstitucionalidad por omisión, manteniéndola –y remozándola– en la primera revisión de la ley fundamental, operada en 1982, además, la norma sólo ha sufrido una leve modificación por la reforma producida en 1989.

El actual artículo 283 de la Constitución de Portugal establece:

Art. 283.– 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 las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales.

⁴⁴<http://es.wikipedia.org/yugoslavia>

En el supuesto de que el Tribunal Constitucional verificase la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente.

Como puede observarse, la acción está reservada al Presidente de la República y al Defensor del Pueblo y es el Tribunal Constitucional a quien se dirige, destacándose que debe verificarse la falta de emisión de medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales. Al igual que en el caso de Yugoslavia, el Tribunal Constitucional de Portugal, en caso de considerar procedente la acción, da aviso solamente al órgano legislativo correspondiente.

Refiere Víctor Bazán que en cuanto a los resultados prácticos de la figura, puede decirse que ha sido poco empleada, destacándose una resolución dictada en 1987, respecto de la enseñanza de la disciplina de religión y moral católicas en las escuelas públicas. Dijo el Tribunal Constitucional con relación a las omisiones constitucionales:

Diríase que el Estado no puede abstenerse, en lo tocante a las demás confesiones, de concederles un tratamiento afín, teniendo en cuenta, es cierto, las circunstancias propias de cada una de ellas (dimensión cuantitativa, espacio geográfico ocupado, divulgación entre la población escolar, etcétera) bajo pena de no respetar el principio de igualdad y, por vía omisiva, violar el texto constitucional.

Sigue diciendo Víctor Bazán que otros casos dignos de mención son los relativos a la defensa contra el tratamiento informático de datos personales (*habeas data*) que el tribunal tuvo por verificado el no cumplimiento de la Constitución por omisión de medida legislativa prevista en el núm. 4 de su artículo 35, necesaria para tornar exequible la garantía que consta en el núm. 2 del mismo artículo y el de delitos de responsabilidad de los titulares de los órganos públicos, ya que si bien se verificó una imposición constitucional en el artículo

120, apartado 3 de la Constitución, en tanto que establece que la ley determinará los delitos de responsabilidad de los titulares de los cargos públicos, así como las sanciones aplicables a estos efectos, que podrán incluir la destitución del cargo o la pérdida del mandato, también lo era que al haber sido ya dictada la ley respectiva, desestimó la existencia de omisión legislativa al respecto, así como la referida a las consultas directas a los ciudadanos en el ámbito local, establecidas en el artículo 243, apartado 3 que defiere en una ley futura la reglamentación de tales consultas, sólo que en este caso el Tribunal Constitucional estimó infundada la acción porque a esa fecha se encontraban varios proyectos de ley enderezados a diseñar dicha reglamentación. En este último caso, pareciera ser que la acción debió ser procedente puesto que al momento de iniciarla y aun cuando se resolvió, materialmente no existía la norma expresa, por tanto sí existía la omisión legislativa.

En 1997, sólo se solicitó al Tribunal Constitucional que se pronunciara en seis supuestos, de los cuales sólo en uno de ellos se consideró procedente la vía intentada, y aun cuando algunos sectores se han pronunciado por su desaparición, se ha mantenido para asegurar una vía de publicidad crítica y procesal contra la constitución no cumplida.⁴⁵

BRASIL

La Constitución de la República Federativa de Brasil establece en su artículo 103, lo siguiente:

20. Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma Constitucional, se co-

⁴⁵Víctor Bazán, *op. cit.*, p. 114. El autor invoca también en este apartado a Nunes de Almeida, Portugal. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual* y a José Joaquín Gomes Canotilho, "Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Desde un constitucionalismo moralmente reflexivo", *Revista Española de Derecho Constitucional*.

municará al Poder Competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días.

Tal y como está redactado el artículo, debe entenderse que las omisiones se refieren no sólo a las legislativas, sino a las del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, puesto que se refiere de manera genérica a las omisiones de medidas.

La acción la pueden ejercer, de acuerdo con lo previsto por el artículo 103 constitucional de la siguiente manera:

Art. 103. Puede interponer la Acción de inconstitucionalidad:

- I. El Presidente de la República;
- II. La Mesa del Senado Federal;
- III. La Mesa de la Cámara de los Diputados;
- IV. La Mesa de la Asamblea Legislativa;
- V. El Gobernador del Estado;
- VI. El Procurador General de la República;
- VII. El Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil;
- VIII. Los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional;
- IX. Las Confederaciones Sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.

Como se ve, la acción por omisión constitucional es una especie de acción de inconstitucionalidad y la pueden ejercer diversidad de órganos, incluyendo el Consejo Federal de la Orden de Abogados, los Partidos Políticos, las Confederaciones Sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.⁴⁶

Nótese que la consecuencia jurídica de la determinación favorable varía; si se trata de una omisión del Poder Legislativo simplemente se hace de su conocimiento para que tome las medidas necesarias, y tratándose de órganos administrativos,

⁴⁶<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/brazil>

para que lleve a cabo las medidas necesarias en un periodo de treinta días. En este punto Víctor Bazán señala que el hecho de que no exista previsión para responsabilizar al funcionario del Poder Legislativo que incumpla la orden judicial que declaró la inconstitucionalidad por omisión produce una esterilización del sentido y efecto de la resolución judicial y no resuelve los casos del silencio legislativo, por lo que juzga necesario fijar al legislador un plazo para que legisle y en caso contrario que el propio Tribunal Constitucional quede facultado para disponer normativamente de la materia a título provisional hasta que el legislador proceda a elaborar la norma faltante.⁴⁷

Como se sabe, Brasil es un Estado federal, de ahí que estados como Río Grande do Soul, San Pablo, Río de Janeiro y Santa Catarina ya contemplan la acción por inconstitucionalidad por omisión local.

VENEZUELA

El artículo 336, numeral 7, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que es atribución de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal 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 establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

Como se ve, el Tribunal Supremo de Justicia, a través de su Sala Constitucional es el órgano facultado para declarar las inconstitucionalidades por omisión; pero va más allá, pues

⁴⁷Víctor Bazán, *op. cit.*, pp. 127-129.

abarca también las legislaciones deficientes, en una clara coincidencia con la tipología de Weissel.

La disposición comprende no sólo las omisiones del Poder Legislativo nacional, incluye a cualquier omisión de cualquier poder municipal o estatal y va más allá cuando refiere que en caso de que, cumplido el plazo fijado por el Tribunal Constitucional no se emitiera la norma, se emitirán los lineamientos para su corrección.

COSTA RICA

La jurisdicción constitucional de Costa Rica, introducida por reforma del 17 de agosto de 1989 fue desarrollada por una ley secundaria promulgada el 11 de octubre del mismo año; en ella, se establece en el artículo 73 que es procedente la acción de inconstitucionalidad que se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: “art. 73.– Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.”

Se destaca que aun y cuando no existe la previsión de esta acción en la Constitución, sí existe una norma secundaria que la contempla y que está dirigida a cualquier omisión de autoridades públicas en general; es decir, a los tres poderes.

ARGENTINA

No existe en el orden nacional en Argentina alguna previsión legal sobre la inconstitucionalidad por omisión; sin embargo, dado el carácter federal de esa nación, existen estados en los que sí se contempla dicha acción, de tal manera que el artículo 207 de la Constitución de la Provincia de Río Negro se establece que es facultad del Superior Tribunal de Justicia Provincial conocer, entre otras, de:

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 al perjuicio indemnizable que se acredite.

Con la determinación del tribunal, en caso de ser procedente la acción, se fija un plazo para la omisión y en caso de que ésta no se subsane, se integra el orden normativo pero sólo para el caso concreto, nunca es *erga omnes* y en caso de no ser posible, fija el mismo tribunal un resarcimiento a cargo de la autoridad responsable, conforme al perjuicio acreditable.

Lo mismo acontece con la Constitución de la Provincia de Tucumán, cuyo texto constitucional prevé:

Art.134. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

- 1o. Declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, con el alcance general previsto en el art. 22 última parte.
- 2o. Entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, o un Departamento Ejecutivo contra el Concejo Deliberante, por demora en pronunciarse sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquellos hubieren presentado. El Tribunal, apreciando las circunstancias, fijará un plazo para que se expidan, vencido el cual sin que ello se hubiera producido, podrá autorizar al accionante para la directa promulgación, total o parcial, de la norma de que se tratare.

La acción está reservada al Ejecutivo y concede al Tribunal la fijación de un plazo para que se expida la norma ausente, vencido el cual, podrá autorizar al propio Ejecutivo, la directa promulgación de la misma.

Reseña Víctor Bazán, que contrariamente a la tradición jurídica argentina, el Tribunal Constitucional no había sido instalado hasta el año 2003.⁴⁸

ALEMANIA, AUSTRIA, ESPAÑA, ITALIA, COLOMBIA Y REPÚBLICA DOMINICANA

En ninguno de los países que se estudiarán a continuación hay previsión constitucional o legal en cuanto al tema de este trabajo; no obstante, ha sido a partir de resoluciones judiciales como se ha combatido la inconstitucionalidad por omisión, ya sea a través de sentencias interpretativas, aditivas o manipulativas, yendo de la apreciación de acciones de inconstitucionalidad por acción a apreciaciones de inconstitucionalidad por omisión. Refiere Jorge Miranda que algo semejante está empujando a ocurrir también en Estados Unidos, en donde cada vez más los tribunales han ejercido el poder de solicitar a los órganos legislativos que aprueben las leyes que consideran necesarias, declarando derechos constitucionales o fundamentales de los ciudadanos, esperando que las asambleas legislativas de los estados adopten las medidas destinadas a asegurar su ejercicio.⁴⁹

Para el caso de la República Federal Alemana, destacaremos la importancia de las resoluciones de los magistrados que integran el Tribunal Constitucional federal a partir de la mención indispensable precisamente de uno de sus integrantes, el magistrado Wessel, autor de la reconocida tipología de las omisiones y que ya ha sido materia de estudio en este trabajo. No es gratuito por ello que se dice que doctrinariamente es en Alemania en donde realmente se tuvo el desarrollo inicial de la figura de inconstitucionalidad por omisión.

⁴⁸*Ibidem*, p. 267.

⁴⁹Jorge Miranda, *Manual di direito constitucional*, 3a. ed., Portugal, Coimbra, 1994, vol. II, p. 517, citado por Víctor Bazán, *op. cit.*

Al acudir nuevamente a Víctor Bazán, encontramos algunos casos destacados, dentro de los que se pueden mencionar el identificado con el número 26/1969 por medio del cual se pudo concretizar una norma constitucional para darle eficacia. Señala el artículo 6o., inciso 5o. de la ley fundamental, que para los hijos ilegítimos, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos; no obstante, habiendo transcurrido casi 20 años de la promulgación de la Constitución (23 de mayo de 1949) sin que se hubiera emitido la norma respectiva, el tribunal decidió, frente a un caso concreto que se sometió a su jurisdicción, que la norma constitucional era perfectamente aplicable con “fuerza derogatoria” de las disposiciones contrarias previstas en leyes ordinarias, ordenando al mismo tiempo al cuerpo legislativo a que procediera a dictar la norma establecida en el curso de 1969, resolución que fue acatada mediante una ley publicada el 19 de agosto de ese mismo año. A este respecto se ha dicho que en Alemania existe la conciencia de que todos los órganos constitucionales están vinculados a las decisiones del Tribunal Constitucional, no pudiendo dejar de cumplir, cuando están alertados de su omisión, el llamado principio de finalidad constitucional.⁵⁰

En el caso de Austria, el Tribunal Constitucional puede retrasar la entrada en vigor de una ley por considerar que adolece de inconstitucionalidad por omisión al dejar de regular alguna cuestión en particular, pudiéndose dar el caso de que se otorgue hasta un año para corregir la omisión, no obstante, con el propósito de no tener un vacío legal, la norma cuestionada sigue teniendo vigencia mientras tanto.

Esta medida posibilita al mismo Poder Legislativo la corrección de leyes incompletas o inacabadas que eventualmente por presiones políticas los legisladores deben aprobar o bien son el resultado de la falta de medición de las consecuencias y alcances de su promulgación.

⁵⁰Víctor Bazán, *op. cit.*, p. 170.

En España, el Tribunal Constitucional ha empleado recomendaciones al Poder Legislativo y ha declarado la inconstitucionalidad sin nulidad por vulneración al principio de igualdad, dictándose sentencias aditivas destacándose que en este caso lo que se dice es que suplen el incorrecto desarrollo legislativo del asunto que se sustancia ante el tribunal y que es precisamente esa omisión lo que posibilita y justifica el añadido que conformará la nueva norma. Otra variante que se ha dado a la solución de casos por omisión legislativa es la consistente en ampliar la vigencia de una norma a aquellos sectores de la población que no estaban originalmente considerados por el legislador.

En el caso de Italia, las resoluciones judiciales han encontrado la forma de resolver las lagunas legales a través de lo que se llama sentencias aditivas, en el marco de lo que se denomina la ilegitimidad constitucional de la previsión omitida de algo que debió de haber sido previsto por la ley, recayendo en una fórmula que reza: “se declara la inconstitucionalidad del artículo...en la parte en que no prevé (o no contiene, no comprende, o excluye).⁵⁴

En Colombia, la Corte Constitucional, a pesar de carecer de facultades expresas para conocer de acciones por inconstitucionalidad por omisión, ha desarrollado tesis, amparándose en otras facultades, tanto constitucionales como legales, para resolver los vacíos legislativos; así, en el caso de una demanda que reclamaba como prestación la omisión del Congreso al no haber cumplido con la obligación de reglamentar los artículos 87 y 88 que consagran las acciones de cumplimiento y las acciones populares, la Corte afirmó que existía omisión legislativa cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente; sin embargo, en el caso a estudio, concluyó que sólo podría tener competencia para el caso de omisiones relativas; es decir, por la protección aislada del legislador a ciertos grupos, excluyen-

⁵⁴*Ibidem*, p. 177.

do a otros, o cuando el legislador al tratar de regular o construir una institución omite una condición o ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, serían exigencias esenciales para armonizar con ella. En el caso comentado, la resolución final fue que no tenía competencia para avocarse al estudio de fondo, toda vez que al no haber actuación, no había acto que comparar ni acto sujeto a control, concluyendo que carece de facultades para conocer de omisiones absolutas (Tipología de Wessel). En esta sentencia, los propios magistrados refirieron que en otros asuntos habían hecho exhortaciones al Congreso a fin de que se avocara a legislar, en el entendido que tales recomendaciones no eran imposiciones, sino admoniciones para que dicho poder cumpliera la directiva constitucional.⁵²

En el caso de República Dominicana destacaremos un ejemplo que cita Víctor Bazán,⁵³ en donde la Suprema Corte suplió una omisión legislativa que coincide además con la tesis sostenida por José Julio Fernández Rodríguez⁵⁴ de no desarrollo del derecho supranacional.

El representante legal de Productos Avón, S.A., presentó una demanda ante la Corte mediante la cual interpuso recurso de amparo contra dos sentencias dictadas el 10 de septiembre y 14 de octubre de 1998 por un Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional. En él solicitaba: a) que la Suprema Corte declarara que el amparo es una institución del derecho dominicano, b) que la Corte trazara el procedimiento a seguir en materia de amparo, y c) que ordenara el sobreseimiento o suspensión de la demanda laboral en nulidad de desahucio, reintegro de trabajadores y reparación de daños y perjuicios incoada en contra de Productos Avón, S.A.

Debe aclararse que no existía entonces la figura del amparo en la República Dominicana, por lo que invocaron como fundamentos legales de su acción los artículos 25.1 y 80. de la

⁵²*Ibidem*, pp. 145-149.

⁵³*Ibidem*, pp. 164-167.

⁵⁴Véase página 36.

Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁵⁵ aprobada por el Congreso Nacional Dominicano por resolución número 739, promulgada el 25 de diciembre de 1977, toda vez que las sentencias cuestionadas lesionaban los derechos fundamentales de la empresa referidos al debido proceso de ley y derecho a una actuación apegada a la ley, así como el derecho a la jurisdicción.

La Corte estimó válida la acción y ante la ausencia de disposiciones legales que pusieran a cargo de determinado juez el conocimiento del recurso de amparo, juzgó evidente la necesidad de que la propia Corte determinara la competencia, señalando a los jueces de primera instancia para ello, considerando también conveniente la adopción de reglas mínimas para la instrucción. Sentenció, finalmente, que el recurso de amparo previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos es una institución de derecho positivo dominicano.

⁵⁵Artículo 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Capítulo 4

Los modelos locales de justicia constitucional en México referidos a la omisión legislativa

En México, la Federación ha sido ejemplo a seguir por las entidades federativas. Lo anterior encuentra una justificación jurídica por disposición expresa del artículo 41 constitucional, que señala que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión y por los estados, en los términos respectivamente establecidos por la Constitución federal y las particulares de los estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal. Lo anterior se complementa con la disposición del artículo 133 de la Carta Magna, que señala que los jueces se arregarán a la Constitución General, a pesar de las disposiciones en contrario que se puedan contener en las constituciones de los estados, leyes y tratados.

En virtud del pacto federal, los estados deben acatar las disposiciones de la Constitución General cuando ésta dispone el establecimiento de instituciones o figuras jurídicas en cada uno de ellos. Así, podemos mencionar como ejemplo, la disposición contenida en el artículo 102 Apartado B de la Constitución que ordena a las Legislaturas de los estados el establecimiento de organismos de protección de los derechos humanos, que al igual que el creado por la Federación, deberán conocer de quejas en contra de actos u omisiones de servidores públicos que violen precisamente derechos humanos.

Más allá de esa explicación legal, existen instituciones creadas por la Federación que sin cuestionar su justificación y valor jurídico y político, no existe obligación por parte de los estados por crearlas; no obstante, la inercia por emular al

gobierno federal sistemáticamente ha provocado que los estados terminen por establecer instituciones semejantes también en su localidad, tales son los casos del Instituto Federal Electoral y de la Auditoría Superior de la Federación, por lo que han terminado creando institutos electorales estatales y órganos superiores de fiscalización. Esta afirmación merece una breve explicación: no se cuestiona que el Instituto Federal Electoral, que es un organismo autónomo y ciudadano, sea quien organice, conduzca y califique las elecciones y se deje atrás el manejo gubernamental de las mismas. Ello garantiza con toda seguridad certeza y confianza en los ciudadanos en la elección de los gobernantes.⁵⁶

De igual forma, la Auditoría Superior de la Federación, órgano emanado de la Cámara de Diputados, es un medio eficaz para fiscalizar en forma posterior los ingresos y los egresos de fondos y recursos de la Federación. La participación del Poder Legislativo en la rendición de cuentas de los otros poderes hace efectivo el sistema de frenos y contrapesos de un sistema democrático. Ambas instituciones apuntalan nuestro sistema democrático y permiten generar confianza de los ciudadanos en que su decisión para elegir gobernantes será respetada y para que se vigilen los gastos a cargo del erario público federal a través de un órgano con autoridad y reconocimiento.

Si ambas instituciones son benéficas para nuestra vida democrática, no existe razón para cuestionar el establecimiento de órganos semejantes al interior de los estados. Lo que sí puede decirse es que es lamentable que sólo hasta que el gobierno federal toma la iniciativa para la creación de nuevas figuras democráticas es que los estados emulan esta actividad. Me parece que en este sentido debería de haber una mayor participación de los estados en la construcción de nue-

⁵⁶ Sobre este particular, Enrique Quiroz Acosta señala que precisamente la organización de las elecciones por un organismo ciudadano y autónomo es un elemento concurrente de los sistemas democráticos contemporáneos. Enrique Quiroz Acosta, *Teoría de la Constitución*, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 258.

vos modelos de estructuras democráticas, de tal suerte que fuera el gobierno federal el que se nutriera de las experiencias locales.⁵⁷

Existen, no obstante, recientes instituciones jurídicas creadas en los estados que fueron más allá de la simple traspolación de la ingeniería constitucional federal que diseñó medios de control, tales como las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad y son ahora claros modelos a seguir. Me refiero a los casos de Chiapas, Tlaxcala, Veracruz, Coahuila y Quintana Roo. Estos estados han creado la figura de la acción por omisión legislativa y que a pesar de que pueden existir algunas posibles deficiencias en su construcción, representan por sí mismas un gran avance en el sistema jurídico nacional.

Se presentan a continuación las actuales regulaciones constitucionales y legales de la acción por omisión legislativa de estos estados y algunas consideraciones antes del cuadro comparativo, en donde se analizan estos modelos que representan hoy por hoy un auténtico paradigma en el escenario jurídico del país.

CHIAPAS

El artículo 56 de la Constitución de Chiapas⁵⁸ establece los medios de control constitucionales locales: las controversias

⁵⁷ César Astudillo reflexiona sobre este particular y refiere que el artículo 41 de la Constitución tuvo una lectura equivocada ya que en lugar de concebirse como norma legitimadora de la imaginaria de las autoridades estatales, dentro del estrecho margen de libertad que se les atribuye, se tradujo en un dique promotor del inmovilismo ante cualquier intento de modificación o innovación en el constitucionalismo local pudiese vulnerar las estipulaciones del pacto federal. César Astudillo Reyes, *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004, p. 70.

⁵⁸ Dicho artículo se encuentra inscrito en el Título Sexto "Del Poder Judicial", Capítulo Cuarto "Del Control Constitucional". La reforma constitucional se produjo el 6 de noviembre de 2002.

constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisión legislativa (contenida esta última en la fracción III). Estos controles fueron introducidos en la reforma a la Constitución del 6 de noviembre de 2002.

Para una mejor comprensión de la acción de omisión legislativa en Chiapas, se transcribe a continuación el texto constitucional:

Art. 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 esta 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 de 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 de 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 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 resolu-

ción se determinará un plazo que comprenda dos periodos ordinarios de sesiones del congreso del Estado, para que éste resuelva.

La acción por omisión legislativa en Chiapas no puede por tanto ser promovida por cualquier persona, sino precisamente por el jefe del Ejecutivo local o bien por la tercera parte de los diputados locales.⁵⁹

El 27 de noviembre de 2002 fue publicada en el *Periódico Oficial del Estado* la Ley de Control Constitucional para el Estado de Chiapas, que tuvo como propósito establecer los mecanismos para hacer efectivos los medios de control constitucional recién aprobados por el constituyente permanente y dentro de los que se encuentran, como ya vimos, la acción por omisión legislativa.

Reproducimos a continuación los artículos 97 y 98 de dicha ley para su mejor apreciación:

Artículo 97.– 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.

En estas acciones se aplicará en todo aquello que no se encuentre previsto en este título, en lo conducente, las disposiciones contenidas en el título II de esta ley.

Con independencia de las causales de sobreseimiento a que alude el artículo 29 de la presente ley, procederá sobreseer, siempre que el Congreso del Estado resuelva la iniciativa o decreto de que se trate la omisión previamente a que se dicte sentencia definitiva en el asunto planteado.

Artículo 98.– El plazo para iniciar la acción por omisión legislativa se sujetará a lo siguiente:

⁵⁹La legislatura local, para 2006, está integrada por un total de 40 diputados; de tal forma que la tercera parte representa 14 diputados, o la tercera parte de los ayuntamientos, para 2006, Chiapas está conformado por 117 ayuntamientos, de tal manera que la tercera parte representa 39 ayuntamientos.

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 contará con treinta días naturales para ejercitar la acción.

Dichos plazos correrán, con independencia de que el Congreso se encuentre en periodo ordinario de sesiones o en receso.

TLAXCALA

La Constitución del Estado prevé, en su artículo 81,⁶⁰ como medios de control constitucional los juicios de competencia constitucional (controversias constitucionales en el plano federal), acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisión legislativa. Por cuanto hace a estas últimas, dicho numeral dispone lo siguiente:

Art. 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.

⁶⁰ Inserto en el Capítulo XI "Del Poder Judicial", del Título III "Del Poder Público". La reforma constitucional se produjo el 18 de mayo de 2001.

Al admitirse la demanda se ordenará correr traslado al responsable y al Director del Periódico Oficial del Estado para que rinda 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 excederá 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.⁶⁴

A diferencia de la Constitución chiapaneca, en Tlaxcala sí se permite la acción para los residentes del Estado y no se limita a integrantes de alguno de los otros poderes estatales, lo cual representa un gran avance para la protección a los derechos humanos. Nótese que de acuerdo con dicha disposición, cualquier residente puede intentar la acción; es decir, no es requisito ser oriundo del estado, por lo que de acuerdo con lo que dispone el artículo 24, fracción II de la misma Constitución tlaxcalteca, la residencia se adquiere con la vecindad de cuando menos cinco años.

No se puede dejar de señalar que esta Constitución prevé además una figura totalmente novedosa en el sistema jurídico mexicano: el amparo local. En efecto, dentro de los medios de control constitucional descritos en el ya invocado artículo 84, se prevé en la fracción I que el mismo pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado conocerá de los medios de defensa que hagan valer los particulares contra leyes o actos de autoridades que vulneren los derechos fundamentales consagrados en la Constitución local. Al ser un medio de defensa del cual conoce un órgano jurisdiccional, y no cualquiera por cierto, ya que es el máximo órgano judicial en el estado, es por tanto un

⁶⁴ Se refiere al procedimiento en el caso de los juicios de competencia constitucional, en donde las resoluciones deben ser aprobadas por al menos 10 magistrados, debiendo publicarse dichas resoluciones en el *Boletín del Poder Judicial* y en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*.

medio de defensa jurisdiccional y si se dice que vulnera derechos fundamentales,⁶² debe concluirse que se trata de un juicio de amparo local.⁶³ Sin afán de desviar la atención sobre el tema principal de este trabajo que tiene como fin analizar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, estimo necesario hacer una pausa en este punto para reflexionar con el lector sobre la juridicidad de los amparos locales. ¿Son legales?, ¿no contrarían disposiciones de carácter federal?, ¿no se subrogan competencias de tribunales federales?, ¿son contrarios a la Constitución federal? La respuesta la ha dado la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien al resolver una controversia constitucional promovida por un ayuntamiento veracruzano y que invocaba la ilegalidad del amparo local desarrollando básicamente las anteriores interrogantes, resolvió que no era ilegal y que en tanto se establecieran medios de defensa de los particulares contra las eventuales arbitrariedades de las autoridades, aquéllos debían subsistir. Cito la interpretación judicial que aun cuando no sentó tesis jurisprudencial, representa un pronunciamiento importante sobre el tema:

Controversia constitucional. La facultad otorgada a la sala constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave para conocer y resolver el juicio de protección de derechos humanos, previsto en la Constitución política de esa entidad federativa, no invade la esfera de atribuciones de los tribunales de la Federación, pues aquél se limita a salvaguardar, exclusivamente, los derechos humanos que establece el propio ordenamiento local. De la interpretación armónica y sistemática de lo dispuesto en los artículos 4o., párrafo tercero, 56, fracciones I y II y 64, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Veracruz-Llave, así como de la exposición de motivos del decreto que aprobó la Ley Número 53 mediante la

⁶² Nótese que se hace referencia a derechos fundamentales y no a garantías, lo que habla por sí solo del espíritu iusnaturalista del legislador por oposición a la corriente positivista.

⁶³ Tlaxcala no es el único estado en el país que regula este amparo local, Veracruz, como se verá más adelante, también contempla esta figura en su Constitución local.

cual aquéllos fueron reformados, se desprende que la competencia que la Constitución Local le otorga a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave, se circunscribe a conocer y resolver el juicio de protección de derechos humanos, pero únicamente por cuanto hace a la salvaguarda de los previstos en la Constitución de aquella entidad federativa, por lo que dicha Sala no cuenta con facultades para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acorde con lo anterior, se concluye que los preceptos citados no invaden las atribuciones de los tribunales de la Federación, en tanto que el instrumento para salvaguardar los derechos humanos que prevé la Constitución Local citada, se limita exclusivamente a proteger los derechos humanos que dicha Constitución reserve a los gobernados de esa entidad federativa; mientras que el juicio de amparo, consagrado en los artículos 103 y 107 de la propia Constitución Federal, comprende la protección de las garantías individuales establecidas en la parte dogmática del Pacto Federal, de manera que la mencionada Sala Constitucional carece de competencia para resolver sobre el apego de actos de autoridad a la Carta Magna. Lo anterior se corrobora si se toma en consideración que el instrumento jurídico local difiere del juicio de garantías en cuanto a su finalidad, ya que prevé que la violación de los derechos humanos que expresamente se reserven implicará la sanción correspondiente y, en su caso, la reparación del daño conforme lo dispone el artículo 4o. de la propia Constitución Estatal, lo que no acontece en el indicado mecanismo federal.

Clave: P., Núm.: XXXIII/2002

Controversia constitucional 16/2000. Ayuntamiento del Municipio de Córdoba, Estado de Veracruz. 9 de mayo de 2002. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Genaro David Góngora Pimentel y Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Disidentes: Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano;

en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Andrea Zambrana Castañeda.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy seis de agosto en curso, aprobó, con el número XXXIII/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a seis de agosto de dos mil dos.

Nota: En términos de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta tesis no constituye jurisprudencia, en virtud de que no reúne la votación mínima requerida para tal efecto.

Materia: Constitucional

Tipo: Controversia Constitucional

La acción por omisión legislativa en Tlaxcala comprende no sólo la inactividad del Congreso, también la del Poder Ejecutivo a través del gobernador del estado y los ayuntamientos y concejos municipales. Esto se explica por la facultad reglamentaria del titular del Ejecutivo estatal para proveer en la esfera administrativa a su estricta observancia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 70, fracción II de la Constitución local que al igual que el Presidente de la República por disposición expresa del artículo 89, fracción I de la Constitución federal, tiene materialmente facultades legislativas. Por cuanto hace a la inacción de los ayuntamientos y concejos municipales, éstos también pueden materialmente legislar a través de reglamentos y bandos de policía y buen gobierno.

Es de resaltarse que en esta Constitución se otorga acción a cualquier persona residente y se puede materialmente combatir cualquier inactividad legislativa de cualquier autoridad, ya sea del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo.

El 1o. de septiembre de 2004 fue publicada en el *Periódico Oficial del Estado* la Ley de Control Constitucional del Estado, la cual reglamenta los medios de control constitucional, entre

ellos, la acción por omisión legislativa. Se presenta a continuación la transcripción de los artículos relativos a este medio de control:

Artículo 1. Esta Ley es reglamentaria del Artículo 81 de la Constitución Política del Estado y tiene por objeto regular el proceso de los siguientes medios de control constitucional:

- I. Juicio de protección constitucional;
- II. Juicio de competencia constitucional;
- III. Acción de inconstitucionalidad, y
- IV. Acción contra la omisión legislativa.

Artículo 36. Las sentencias que versen sobre actos materiales u omisiones, se aprobarán por simple mayoría de votos de los Magistrados. En caso de empate, quien presida la sesión correspondiente del Tribunal, tendrá voto de calidad.

Para que pueda declararse la inconstitucionalidad de una norma o la procedencia de una acción por omisión legislativa, se requerirá que la sentencia respectiva sea aprobada cuando menos por diez Magistrados; en caso contrario se desestimará la impugnación.

Como se puede ver, el incumplimiento a la resolución favorable de omisión legislativa, puede ser causa de responsabilidad; sin embargo, en el caso de órganos colegiados, como pudiera ser el Congreso del estado, sería muy complicado proceder contra todos sus integrantes.

VERACRUZ

El artículo 65 de la Constitución de Veracruz establece la acción por omisión legislativa, mismo que se transcribe a continuación.⁶⁴

⁶⁴ Inscrito en el Título Segundo, Capítulo IV "Del Poder Judicial", Sección Primera "Del Control Constitucional", de la Constitución veracruzana, establece la competencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado para conocer, además de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad, de las

Art. 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 periodos 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.

Tal y como lo señalé en párrafos anteriores, Veracruz también instituye dentro de sus medios de control constitucional su amparo local, previsto en el artículo 64 constitucional y al que le denomina “Juicio de protección de derechos humanos”.⁶⁵

Se destaca que en esta Constitución la resolución que emite el pleno del Tribunal Superior de Justicia, en caso de considerar procedente la acción de omisión legislativa, va más allá y no se limita a incitar al cuerpo legislativo a expedir la norma omitida, sino que la apercibe que en caso de no ser así, dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades; en

acciones por omisión legislativa. La reforma constitucional se realizó el 6 de noviembre de 2002.

⁶⁵ Al igual que en la Constitución tlaxcalteca, se omite hacer referencia al término juicio de garantías, en evidente referencia a la corriente iusnaturalista en la que se inspira el legislador veracruzano.

tanto se expide la ley o decreto, ¿estaría legislando el Poder Judicial de Veracruz ante la omisión de la Legislatura local?, ¿asumiría con ello el Poder Judicial una facultad que constitucionalmente sólo puede ejercer el Legislativo? Las respuestas a estas interrogantes no pueden ser meramente académicas, puesto que la manera en la que se resuelvan pueden generar otras disputas legales, entre ellas, la propia controversia constitucional que pudiera iniciar el Poder Legislativo en contra del Poder Judicial y ante el propio Poder Judicial, lo que habla por sí solo de una complicada construcción en el diseño de esta acción por omisión legislativa. Por ello, no es gratuito que hasta ahora la legislatura veracruzana no haya emitido la ley reglamentaria respectiva.

COAHUILA

El artículo 158 de la Constitución de Coahuila de Zaragoza establece lo siguiente:

Art. 158.- La Justicia Constitucional local se erige dentro del régimen interior del Estado, como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de esta Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional.

La Justicia Constitucional Local tiene por objeto dirimir de manera definitiva e inacutable los conflictos constitucionales que surjan dentro del ámbito interior del Estado, conforme a este artículo, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 44, 99, 103, 105 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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 Supe-

rior de Justicia podrá revisar la resolución en los términos que disponga la ley.

El Pleno del Tribunal Superior de Justicia, en su carácter de Tribunal Constitucional conocerá, en los términos que establezca la ley, de los medios de control siguientes:

I. ...

II.- De las acciones de inconstitucionalidad local que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma o acuerdo de carácter general y esta Constitución, las que deberán resolverse con base en lo establecido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las acciones de inconstitucionalidad locales se sujetarán a lo siguiente:

1. Se podrán promover en forma abstracta por:

a) El Ejecutivo del Estado por sí o por conducto de quien le represente legalmente.

b) El equivalente al diez por ciento de los integrantes del Poder Legislativo.

c) El equivalente al diez por ciento de los integrantes de los Ayuntamientos o Concejos Municipales.

d) El organismo público autónomo, por conducto de quien le represente legalmente.

e) Cualquier persona, a través del organismo protector de los derechos humanos previsto en el artículo 195 de esta Constitución, cuando se trate de violaciones a los derechos y garantías constitucionales.

f) Los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado ante la autoridad electoral que corresponda.

2. Se ejercitarán dentro de los sesenta días naturales siguientes a la fecha de publicación oficial de la norma, o en su defecto, de que se tenga conocimiento de la misma.

3. Procederán contra:

a)...

b)...

c)...

d)...

e)...

f) La omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria.

Coahuila prevé pues, la omisión legislativa pero a través del planteamiento de otra acción, la de inconstitucionalidad, de tal suerte que dicha omisión se reclamaría como una prestación que debería ser satisfecha a la inversa por la autoridad contra la que se dirige; es decir, no se demandaría la omisión, sino la actividad legislativa.

Se presenta a continuación la transcripción de los artículos 80. y 71 de la "Ley de Justicia Constitucional del Estado de Coahuila", reglamentaria de los medios de control ya vistos con anterioridad y en donde se regula la acción por omisión legislativa:

Artículo 8. La materia de las acciones de inconstitucionalidad local. Son susceptibles de acciones de inconstitucionalidad, total o parcialmente:

I. ...

II. ...

III. ...

IV....

V.

VI. La omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria conforme a los supuestos anteriores, que podrá promoverse en cualquier tiempo mientras subsista la omisión.

Artículo 71. Diversos tipos de acciones de inconstitucionalidad. Por el ejercicio de la acción genérica de inconstitucionalidad, puede reclamarse:

I.-...

II.-...

III.-...

IV.-...

V. La inconstitucionalidad por omisión, cuando la Constitución del Estado resulta incumplida por falta de las disposiciones de carácter general necesarias para hacer aplicables sus preceptos.

QUINTANA ROO

El artículo 105 de la Constitución de Quintana Roo establece:

Art. 105.- Para el cumplimiento de las atribuciones señaladas en la fracción VIII del artículo 103 de esta Constitución,⁶⁶ el Tribunal Superior de Justicia contará con una Sala Constitucional y Administrativa, integrada por un Magistrado numerario, que tendrá competencia para subsanar 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 el Congreso del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga:

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

⁶⁶Dicho numeral se refiere a la competencia del Pleno del Tribunal Superior de Justicia para resolver controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad local y las acciones por omisión legislativa, conforme al procedimiento que establezca la ley respectiva. Como se ve, se deriva el ejercicio de estas acciones a una ley secundaria, que de no producirse, hará nugatorio este medio de control constitucional.

periodo ordinario que curse o el inmediato siguiente del Congreso del Estado; pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite.

....

No se indica en esta Constitución cuál es el efecto en caso de procedencia. Se destaca que no hay por ahora Ley Reglamentaria.

CUADRO COMPARATIVO

Se presenta a continuación el cuadro que contiene el esquema de las acciones por omisión legislativa de los estados comparados. En ellos se desataca lo siguiente: todos ellos insertan esta acción conjuntamente con las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, dentro de la sección de competencia del Poder Judicial local. Uno de ellos la define como una especie de acción por inconstitucionalidad (Coahuila), mientras que Chiapas, Veracruz, Tlaxcala y Quintana Roo como acciones independientes. Sólo Tlaxcala y Coahuila otorgan esta acción a cualquier persona, aunque en este último estado es a través del Órgano Protector de los Derechos Humanos del estado. En todos, el gobernador puede iniciarla, al igual que los ayuntamientos y en el caso de Chiapas y Coahuila, una fracción de la legislatura local. Coahuila permite también la iniciativa a los partidos políticos, tanto nacionales como estatales.

En todos resuelve el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado y en Chiapas, Tlaxcala y Quintana Roo se dice de plano que lo hace en su carácter de Tribunal Constitucional. Sólo en dos entidades federativas, Veracruz y Tlaxcala, se erigen sendas salas constitucionales que se encargan de instruir los procedimientos respectivos. En Chiapas, Tlaxcala y Quintana Roo la resolución favorable ordenará que sea la au-

toridad responsable la que emita la norma, mientras que en Veracruz se percibe que en caso de no hacerlo, se dictarán las bases a que deben sujetarse las autoridades. En Chiapas, Veracruz y Quintana Roo se dirige el supuesto de omisión a la inactividad del Congreso local cuando dicha omisión afecta el debido cumplimiento de la Constitución, mientras que en Tlaxcala y Coahuila el espectro es más amplio pues comprende no sólo la omisión del Legislativo, sino también la del Ejecutivo, ayuntamientos y concejos municipales. De los cinco estados analizados, sólo en tres de ellos, Chiapas, Tlaxcala y Coahuila, existe ya la ley reglamentaria respectiva, mientras que Veracruz y Quintana Roo carecen de ella.

ACCIONES POR OMISIÓN LEGISLATIVA

<i>Estado y fecha de creación</i>	<i>Disposición constitucional</i>	<i>Quién puede promoverla</i>	<i>Supuesto de omisión</i>	<i>Órgano competente para resolver</i>	<i>Efectos en caso de procedencia</i>	<i>Ley reglamentaria</i>
Chiapas 6-nov.-2002	Art. 56, fr. III	1.El gobernador 2. Cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso 3. Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos	Quando se considere que el Congreso no ha resuelto una ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de los deberes de la Constitución	Pleno del Tribunal Superior de Justicia en su carácter de Tribunal Constitucional	Se determinará Ley de Control de un plazo que comprenda dos periodos de sesiones del Congreso para que éste resuelva	Ley de Control Constitucional para el Estado de Chiapas 27-nov.-2002
Tlaxcala 18-may.-2001	Art. 84, fr. VI	1. Autoridades estatales 2. Autoridades municipales 3. Personas residentes en el estado	Por la falta de expedición de las normas de carácter general a que estén obligadas, el Congreso, el gobernador y ayuntamientos y concejos municipales	Pleno del Tribunal Superior de Justicia en su carácter de Tribunal Constitucional	Se concede a los responsables del estado un término que no excederá de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento será causa de responsabilidad	Ley de Control Constitucional del estado 4-sep.-2004
Veracruz 6-nov.-2002	Art. 65, fr. III	4. El gobernador	Quando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o	Pleno del Tribunal Superior de Justicia.	Se determinará un plazo que comprenda dos periodos de se-	No hay

(Continuación)

<i>Estado y fecha de creación</i>	<i>Disposición constitucional</i>	<i>Quién puede promoverla</i>	<i>Supuesto de omisión</i>	<i>Órgano competente para resolver</i>	<i>Efectos en caso de procedencia</i>	<i>Ley reglamentaria</i>
			2. Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos	Instruye una Sala del Constitucional	siones del Congreso para que este expida la ley o decreto de que se trate la omisión; de no ser así, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deben sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto	
Quintana Roo 24-jun.-2005	Art. 405, fr. III	4. El gobernador 2. Un ayuntamiento del estado	Cuando se considere que el Congreso no ha resuelto sobre la expedición de alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el	Pleno del Tribunal Superior de Justicia en su carácter de Tribunal Constitucional	Se determinará un plazo para que se expida la ley o decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el pe-	No hay

debido cumplimiento de la Constitución

modo ordinario que curse o al inmediato siguiente, pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite

Coahuila
24-oct.-
2003

Art. 158, fr. II, inciso f)
Está prevista como una acción de inconstitucionalidad

1. El Ejecutivo del estado por sí o por quien lo represente legalmente
2. El equivalente al 40% de los diputados
3. El equivalente al 40% de los ayuntamientos
4. El organismo público autónomo (protector de los derechos humanos)
5. Cualquier persona, a través del organismo público autónomo.
6. Los partidos políticos nacionales y estatales

Pleno del Tribunal Superior de Justicia
Instruye una Sala Constitucional y Administrativa

No se indica

Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza
(12-jul.-2005)



Capítulo 5

Catálogo de omisiones legislativas en México

Se presenta a continuación un listado de aquellas previsiones contenidas en la Constitución federal que a mi juicio hasta ahora son letra muerta porque no se ha emitido la norma secundaria que permita hacer efectivos esos derechos. Podrá debatirse sobre si su contenido debe de ser considerado como un derecho fundamental o no, y en todo caso si pueden ser considerados como aspiraciones contenidas en una Constitución programática como la nuestra, pero lo cierto es que es omisión en tanto que por ahora incumple un mandato constitucional.

<i>Núm.</i>	<i>Artículo</i>	<i>Texto</i>
1	2o. Apartado A, fracción II	<p>“La Nación Mexicana es única e indivisible. ...</p> <p>A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. <i>La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.</i></p>

Núm.	Artículo	Texto
2	2o. Apartado A, fracción VII	<p>A...</p> <p>VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.</p> <p><i>Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.</i></p>
3	2o. Apartado B, fracción II	<p>B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.</p> <p>Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:</p> <p>II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. <i>Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.</i></p>
4	2o. Apartado B, fracción VI	<p>VI. <i>Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las</i></p>

Núm.	Artículo	Texto
6	Art. 18.	<p><i>comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.</i></p> <p>Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p><i>Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.</i></p>
7	Art. 26.	<p>A. El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación.</p> <p>La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo, determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución.</p>

Consideraciones finales

1. Los medios de control constitucionales son mecanismos democráticos en los sistemas contemporáneos.

2. Los tribunales constitucionales son medios de control concentrado de la Constitución.

3. Hay una tendencia mundial para establecer tribunales constitucionales. En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es materialmente un Tribunal Constitucional.

4. La acción por omisión legislativa debe estar reservada para ciertos órganos; no debe estar abierta a cualquier ciudadano.

5. Debe legislarse para reglamentar el proceso a seguir para demandar la inconstitucionalidad por omisión legislativa; de lo contrario, podría promoverse por violación a garantías individuales la acción por omisión legislativa.

6. En México, nada impide que las legislaturas estatales establezcan medios propios de control constitucional estableciendo un mayor número de derechos para los gobernados.

7. La acción por omisión legislativa debe proceder no sólo contra el Poder Legislativo, sino ante cualquier autoridad, incluyendo la ejecutiva y hasta la judicial, toda vez que todas pueden materialmente emitir normas de observancia general.

8. La protección es procedente cuando la omisión legislativa produce en perjuicio del peticionante la violación de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido (omisión absoluta o total).

9. Los derechos constitucionalmente reconocidos no se limitan a la Constitución propia de cada nación, sino debe atenderse también lo dispuesto por tratados internacionales ratificados por los estados.

10. De ser procedente la acción por omisión legislativa, la condena a lo único que puede constreñirse es a incitar al órgano responsable para que emita la norma ausente.

11. Existen en México omisiones legislativas inconstitucionales, susceptibles de ser reclamadas vía judicial.

Bibliografía

- ASTUDILLO REYES, César, *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004.
- CARBONELL, Miguel (comp.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003.
- , *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, México, Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM, 2004.
- CARPIO MARCOS, Eduardo y Gerardo Eto Cruz, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado (Reflexiones a propósito del caso peruano)*, México, Fundación Universitaria de Derecho Administración y Política, S.C. (FUNDAP), Constitucionalismo y Derecho Público Estudios, 2004.
- CIENFUEGOS SALGADO, David (comp.), *Marbury contra Madison. Una decisión histórica para la justicia constitucional*, México, Editora Laguna, El Colegio de Guerrero, A.C., 2005.
- Constitución de la Provincia Autónoma de Buenos Aires (Argentina).
- Constitución de la Provincia de Río Negro (Argentina).
- Constitución de la Provincia de Tucumán (Argentina).
- Constitución de la República Federativa de Brasil
- Constitución de la República Italiana.
- Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia.

- Constitución Política de la República de Colombia.
- Constitución Política del Estado de Chiapas.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz Llave.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, en Miguel Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes, Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003.
- FERRAJOLI Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, España, Editorial Trotta, 2004.
- FERRER MAC-GREGOR POISSOT, Eduardo, *Aportaciones de Héctor Fix Zamudio al derecho procesal constitucional*, en Juan Vega Gómez y Édgar Corzo Sosa (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Mexicana, núm. 99, 2002.
- _____ y Rodolfo Vega Hernández (coords.), *Justicia constitucional local*, México, Editorial Fundación Universitaria de Derecho Administración y Política, S.C. (FUNDAP), Gobierno del Estado de Coahuila de Zaragoza, Constitucionalismo y Derecho Público Estudios, 2003.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Editorial Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal Constitucional*, 4a. ed., Lima, Perú, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), 2003.

- GETTEL, Raymond, *Historia de las ideas políticas*, 2a. ed., t. 1, trad. de Teodoro González García, México, Editora Nacional, 1979.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquín, “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, núm. 43, trad. Francisco Camaño, Madrid, enero-abril de 1995.
- http://www.ife.org.mx/documentos/RESELEC/esta2000/comp_test/reportes/centrales/Presidente.html
- http://es.wikipedia.org/wiki/Presidente_de_los_Estados_Unidos
- <http://www.ub.es/conflictos/conflictos/paises/iugoslavia/antiga/documents/constituciones/1974.htm>
- <http://es.wikipedia.org/yugoslavia>
- KELSEN, Hans, *Teoría General del derecho y del Estado*, 2a. ed., México, Editorial UNAM, Textos Universitarios 1958 (3a. reimp. 1983).
- , *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos, núm. 5, 2001. También disponible en Internet en la siguiente página electrónica: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?1=31>
- LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 13a. ed., México, Editorial Colofón, 2002.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.
- LUJAMBIO, Alonso, *Adiós a la excepcionalidad. Régimen presidencial y gobierno dividido*, en www.bibliojuridica.org/libros/1/349.17.pdf
- QUIROZ ACOSTA, Enrique, *Teoría de la Constitución*, México, Editorial Porrúa, 2005.
- VALDEZ, Clemente, “Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos”, *Revista Lex*, núm. 123, tercera época, año IX, México, septiembre de 2005.

VEGA GÓMEZ, Juan y Édgar Corzo Sosa (coords.), *Tribunales y Justicia Constitucional Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, 2 tomos.

Índice

INTRODUCCIÓN	5
<i>Capítulo 1</i>	
LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	11
El control constitucional	11
La sentencia de Marshall al resolver el caso Madison vs. Marbury	15
La garantía jurisdiccional de la Constitución	22
El derecho procesal constitucional.	26
<i>Capítulo 2</i>	
LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA	31
Planteamiento del problema	33
Tipologías de inconstitucionalidad por omisión	41
¿Inconstitucionalidad por omisión u omisión legislativa?	46
¿Cómo plantear la inconstitucionalidad por omisión legislativa en México?	47
<i>Capítulo 3</i>	
LA OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL DERECHO COMPARADO	61
Yugoslavia	61
Portugal	62
Brasil	64
Venezuela.	66
Costa Rica	67

Argentina	67
Alemania, Austria, España, Italia, Colombia y República Dominicana	69
 <i>Capítulo 4</i>	
LOS MODELOS LOCALES DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO REFERIDOS A LA OMISIÓN LEGISLATIVA	
Chiapas	75
Tlaxcala	77
Veracruz	80
Coahuila	85
Quintana Roo	87
Cuadro comparativo	90
Cuadro comparativo	91
 <i>Capítulo 5</i>	
CATÁLOGO DE OMISIONES LEGISLATIVAS EN MÉXICO	97
CONSIDERACIONES FINALES	101
BIBLIOGRAFÍA	103