



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

Báez Silva, Carlos

La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXV, núm. 105, septiembre-diciembre, 2002, pp.
741-796

Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710501>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA OMISIÓN LEGISLATIVA Y SU INCONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO

Carlos BÁEZ SILVA*

RESUMEN: A partir de la discusión sobre la posibilidad o imposibilidad de aplicar aquellos artículos de la Constitución acerca de los cuales no existe legislación secundaria que desarrolle su contenido, el autor presenta un estudio sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa. En primer lugar, analiza la supremacía constitucional y la llamada “defensa de la Constitución”. Después, trata el tema de la Constitución como norma jurídica y expone la clasificación de las normas constitucionales según su eficacia. Más tarde, explica lo que debe entenderse por omisión legislativa. Finalmente, después de un estudio sobre la legislación local mexicana en la materia, destaca la necesidad de incluir este tema en el debate sobre una nueva Constitución.

Palabras clave: omisión legislativa, inconstitucionalidad, supremacía constitucional, defensa de la Constitución.

ABSTRACT: *On the basis of the debate related to the possibility (or impossibility) of applying articles of the Constitution whose content is not developed by secondary legislation, the author studies the so-called “unconstitutionality by omission”. In the first place, he analyzes the concepts of “constitutional supremacy” and “defense of the constitution”. Secondly, he explores the notion of the Constitution as a juridical norm and puts forward a classification of constitutional norms according to their efficacy. Thirdly, he explains the concept of “legislative omission”, and finally, after an examination of different regulations on this matter that exist at the local level in Mexico, the author argues in favor of including the subject in the debate on a new Constitution.*

Descriptors: *legislative omission, unconstitutionality, constitutional supremacy, defense of the Constitution.*

* Instituto de la Judicatura Federal, cbs@cjf.gob.mx.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La supremacía constitucional*. III. *La Constitución como norma jurídica*. IV. *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad*. V. *La inconstitucionalidad por omisión en el constitucionalismo mexicano*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas no es novedoso en México. Si bien es cierto que los estudios nacionales han sido más bien escasos, autores extranjeros han abordado la cuestión en revistas mexicanas. Esto a pesar de que en no pocas ocasiones es posible escuchar el argumento de que la Constitución mexicana, algún artículo de ella, no es del todo aplicable puesto que hace falta que se cree la legislación secundaria que lo desarrolle y lo torne, por tanto, aplicable, vigente en forma plena. En no pocas ocasiones, igualmente, algunas voces se han levantado para sostener que la vigencia de una Constitución no puede depender de la voluntad de un órgano constituido, y que por lo tanto la normativa constitucional debe aplicarse directamente. Así, en México, la inactividad legislativa no es un asunto baladí.

En el presente trabajo se pretende mostrar de modo panorámico la problemática que plantea la inactividad legislativa del Poder Legislativo. Se parte de la referencia al concepto de *Estado de derecho* para identificar la naturaleza y características de la Constitución y el constitucionalismo moderno. Se pasa revista al análisis conceptual que se ha elaborado en torno a la figura de la inconstitucionalidad por omisión, tratando de responder a las preguntas básicas que se plantean desde un inicio: ¿qué es la inconstitucionalidad por omisión legislativa? ¿En qué momento es pertinente hablar de una infracción a la Constitución debida a la inactividad legislativa del órgano legislativo del Estado? La(s) respuesta(s) a estas preguntas eminentemente teóricas corresponden al posterior análisis de la institución en el derecho positivo mexicano.

Es importante señalar que el tema que se aborda, inscrito en el área del derecho constitucional, no puede alejarse demasiado de

la situación política concreta y cotidiana. En México, la experiencia ha enseñado que los estudios constitucionales que dejan de lado la dinámica política y se centran en la estructura o diseño institucional (la estática) son presa fácil de la obsolescencia, en el mejor de los casos, o de la inutilidad, en el peor. Por tanto he intentado no descuidar el aspecto político de este espinoso tema. Sin embargo, la óptica con la que es abordado es eminentemente jurídica.

Considero que la omisión legislativa es una asignatura pendiente del debate sobre la nueva constitucionalidad en este país. Como trataré de demostrar, el marco jurídico vigente a nivel federal no facilita la resolución de conflictos derivados de la inactividad legislativa del legislador. A nivel local se comienzan a realizar experimentos interesantes, como en el caso de Veracruz, donde recientemente ha sido introducida toda una gama de mecanismos protectores de la Constitución local, entre ellos la figura de la inconstitucionalidad por omisión, misma que analizo en su momento. Este pretende ser no más que un breve acercamiento al tema, atendiendo al derecho procesal constitucional comparado, cuyo objetivo es fomentar el inicio del debate sobre el tema dentro de las discusiones en torno a una nueva Constitución (o constitucionalidad) federal mexicana.

II. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Se dice que algo es supremo cuando es superior jerárquicamente, cuando sobre aquéllo no existe “algo” más, cuando es lo más alto, lo más valioso. Es en este sentido en el que se entiende la supremacía de las Constituciones: son lo más alto, lo más valioso, pues sobre ellas no existe nada más, son *formalmente* superiores. Una Constitución, por definición, es un conjunto de normas que establecen un *sistema* de normas, por ello la Constitución es superior a las normas de ella derivadas.

Según Hermann Heller,¹ el concepto de orden social acepta un doble significado: a) Como una forma determinada de obrar de los hombres, como *probabilidad empírica* de que se presente cierta

¹ Heller, Hermann, *La soberanía*, trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM, 1965, p. 112.

conducta; b) Como un sistema de normas. Ambos significados pueden confluír en uno solo, pues la probabilidad empírica de que una conducta humana se presente aumenta o disminuye en razón de los incentivos o desincentivos que se generen para ello. Y no cabe duda que el mayor desincentivo que un individuo puede encontrar para realizar determinadas conductas es la certeza de resentir un *mal*, ya sea en su persona o en sus propiedades. La mejor técnica que se encontrado para establecer, de manera racional, castigos o penas ha sido su tipificación como delitos o faltas en normas jurídicas. Es así como el derecho opera para modelar conductas, al motivar unas o desmotivar otras, mediante la amenaza del castigo. Sin embargo, es necesario señalar que lo importante no es el castigo en sí, su magnitud o crueldad, sino la *certeza* de su aplicación.

Como gran tercero ajeno a los conflictos entre los individuos, se ha instituido a un creador de reglas y aplicador de castigos. Pero ni aún así los seres humanos hemos estado exentos del miedo que priva de la libertad, pues esa institución creada para proteger a los hombres termina por convertirse en una amenaza para los mismos. Por ello es necesario limitar y controlar a ese ente.

El Estado moderno nace como Estado absolutista; es hasta la propagación y triunfo de las ideas del liberalismo que se habla de un Estado de derecho;² sin embargo, es necesario entender que no todo Estado, aún hoy, es Estado de derecho,³ ya que tal denominación

² Es preciso recordar que el gran problema que viene a solucionar el Estado moderno es el de la falta de seguridad y la necesidad de una paz propicia para el intercambio mercantil, para ello fue necesario constituir un poderoso aparato de coerción; no obstante, tal aparato se convirtió pronto en la principal amenaza a la seguridad y a la paz buscadas, desde entonces la lucha se dio por la libertad, esa que depende de “la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la libertad es necesario que el Gobierno sea tal, que ningún ciudadano pueda temer nada de otro”, y para lograr esto se requiere, también, que no se abuse del poder. *Cfr.* Montesquieu, Carlos María de Secondat, Barón de, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 114 y ss.

³ “No todo Estado es Estado de derecho. Por supuesto, es cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Dificilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y sin embargo... la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de derecho”. Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 6a. ed., Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1975, p. 13. Como más adelante se expone, para que un Estado que crea y aplique el derecho sea calificado de derecho es preciso que también obedezca a ese derecho que crea y aplique, sobre todo tomando en

no puede ser aplicada de manera simple a una organización política que se constituya, únicamente, en creadora y guardiana de un ordenamiento jurídico. Para que la expresión Estado de derecho sea correctamente aplicada, debe tratarse de una organización política (con las características jurídicas e históricas del Estado moderno) que cree, garantice y, al mismo tiempo, sea fiel observante de ese ordenamiento jurídico que crea y garantiza.⁴ Para hablar de Estado de derecho es necesario referirse al Estado acotado, limitado en su poder por el derecho positivo.⁵ Sólo cuando el poder del Estado se limita por el derecho positivo, se está en presencia del Estado de derecho.

El primer límite que el derecho positivo impone al poder del Estado es, precisamente, la obligatoriedad del mismo, aún para el Estado, uno de cuyos órganos lo crea. El Estado se limita en su poder al tener que ejercerlo conforme a la ley, la cual, si bien es dada por el Legislativo, uno de los poderes que integran al Estado, es entendida como la expresión de la voluntad popular, mediante la idea de la representación política.

Otro gran límite impuesto a la organización estatal es el consistente en la consagración constitucional de la teoría de la sepa-

consideración que el derecho, bajo la teoría del contrato, es producto de la voluntad popular, la gran legisladora, y ello es, al final, lo que dota de obligatoriedad al orden jurídico.

4 “El Estado de derecho es el Estado sometido al Derecho, o mejor, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de derecho consiste así fundamentalmente en el imperio de la ley: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la *voluntad general*”. *Idem*.

5 “[P]or ley debe entenderse la formalmente creada por el órgano popular representativo... como expresión de la voluntad popular”. *Ibidem*, p. 30. En los tiempos que vivimos es necesario tener un concepto dinámico de ley, y no contentarnos con las definiciones formalistas o demasiado técnicas; en este sentido considero de capital importancia lo que al respecto señala Cerroni, respecto a la *ley moderna*, la cual “no consiste del todo en la pura emisión de imperativos sancionados por la fuerza”, sino que es preciso distinguirle dos elementos constituyentes interconectados: a) “el elemento imperativo que consiste en una *voluntad proveída de fuerza*” (lo que expresa su particularidad y la coacción), y b) “el elemento cultural consistente en una *disposición racional* emanada por una *autoridad legítima*” (lo que expresa la racionalidad y el consenso). “De estos dos elementos el primero es ciertamente constante en la historia, mientras el segundo se presenta en formas variables tocando el vértice en el Estado democrático de derecho”. Lo anterior lleva a decir que, en estos días, la ley no es sino una “*orden legítima* emanada en el respeto de procedimientos específicos por una *autoridad electa* (parlamento), es decir, fundada en el consenso del pueblo”. Cfr. Cerroni, Umberto, *Política. Método, teorías, procesos, sujetos, instituciones y categorías*, trad. de Alejandro Reza, México, Siglo XXI Editores, 1992, p. 134.

ración de poderes: el famoso artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano señalaba tajantemente que aquella sociedad en la que la garantía de los derechos individuales no estuviera asegurada ni la separación de poderes establecida no tendría Constitución. Así, siguiendo los razonamientos de Montesquieu, se entiende que las funciones del poder deben separarse y atribuirse cada una a un órgano distinto, con tal de evitar que ese poder se ejerza arbitrariamente: la idea es que el poder contenga al poder.

Del referido artículo 16 de la declaración se desprende otra gran restricción al poder del Estado: los derechos individuales, es decir la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, principalmente, de los que derivarán derechos más concretos establecidos en las varias Constituciones que a partir de entonces proliferaron en el orbe.

Fundados en el famoso artículo 16, los pueblos iniciaron las labores por aplicar esa técnica de la libertad que se inauguró entonces. División de poderes y consagración de los derechos fundamentales del individuo fueron los elementos esenciales de las Constituciones modernas, las cuales, en atención a las ideas rousseaunianas, al ser producto de la convención popular, se consideraron la manifestación concreta de la voluntad del pueblo, titular, ya para entonces indiscutido, de la soberanía. El pueblo, en ejercicio de su soberanía, dictaba la Constitución y mediante ella *instituí*a al Estado y a sus órganos. Se diferenció claramente entre el sujeto constituyente (el pueblo o sus representantes elegidos *ex profeso*) y las instituciones constituidas: el Estado (centro del poder político y monopolizador de la violencia legítima) y sus órganos componentes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).

De esta manera, las Constituciones modernas cumplen con una doble función: por una parte, al regular las relaciones entre el Estado y los individuos (derechos del hombre y del ciudadano), limitan la acción del primero para salvaguardar la vida, la libertad y la seguridad de los segundos; por la otra, al *instituir* al poder político, lo organizan y dotan de funciones, las cuales adscriben a entes diversos que integran un todo, de forma tal que el Estado

se constituye por diversos órganos (poderes) que realizan funciones particulares, pero que colaboran entre sí.

La Constitución, como obra de seres humanos concretos, resiente el paso del tiempo y el cambio de generaciones, y debe ser modificada regularmente con el fin de que se pueda adaptar a las circunstancias históricas. Para esto, el creador o *constituyente* (el pueblo o sus representantes *ex profeso*) instauro un mecanismo de reforma a la Constitución, el cual, con el ánimo de evitar modificaciones constantes que atenten contra la *voluntad del pueblo constituyente*, es complejo, pues requiere de la intervención de diversos órganos constituidos y, en algunos casos, de la intervención directa del pueblo.

La Constitución es, entonces, el instrumento que, al consagrar los dos principios liberales fundamentales (derechos fundamentales y división de poderes), funciona como base del sistema normativo que rige una comunidad. Este instrumento, al ser el fundamento del resto de las normas jurídicas adquiere una superioridad tanto formal como material; tal superioridad formal se refuerza por la imposibilidad de modificar la Constitución mediante los mismos mecanismos simples para cambiar cualquier norma secundaria. Esto significa que el resto de normas jurídicas sólo puede ser creado a través de los mecanismos establecidos por la propia Constitución, por una parte; y por la otra, que cualquier norma cuyo contenido o interpretación⁶ se oponga al contenido o interpretación de algún precepto constitucional debe perder su validez.⁷

6 “[A]tento al principio de supremacía constitucional establecido por el artículo 133 de la Ley Fundamental, cuando una norma jurídica admite varias interpretaciones debe adoptarse la que resulte más congruente con el Ordenamiento Supremo”. Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, t. II, diciembre de 1995, p. 41, tesis P./J. 45/95. En este mismo sentido, “se deriva la regla de que todas las normas secundarias, mientras no estén en franca contradicción con este ordenamiento supremo, deben ser interpretadas de manera tal que no se opongan a éste”. Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, febrero de 1991, p. 53, tesis 3a. XII/91. De lo anterior se desprende que cuando la interpretación de una norma secundaria es contraria al texto constitucional o a su interpretación, lo que debe perder validez es la interpretación del texto secundario, pues es preciso encontrar una interpretación de éste conforme a la norma superior, cuando sea posible; esto en razón de que no existe siempre perfecta coincidencia entre el texto normativo secundario y la interpretación que del mismo se realiza, por lo que al modificar la segunda se puede salvar la constitucionalidad del primero.

7 Según el principio de supremacía constitucional “una norma secundaria contraria a

La Constitución mexicana vigente establece en el artículo 133 su propia supremacía, en virtud de lo cual se obliga a:

Toda institución o dependencia, y a todo individuo, cualquiera que sea su jerarquía pública, o privada, a someterse a las disposiciones del orden jurídico que tiene su origen precisamente en la Constitución, razón por la que ninguna ley, tratado, reglamento, decreto, circular u orden pueden vulnerar las garantías y postulados de la Ley Suprema, como tampoco ningún individuo puede obrar al margen de ella.⁸

De esta manera, “más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones”.⁹

El Estado de derecho es, pues, un Estado limitado por el derecho positivo, y la propia Constitución se convierte en derecho positivo; pero no basta con proclamar tal limitación; es preciso que existan garantías suficientes que eviten que el Estado rompa con los límites impuestos; tales garantías son de naturaleza jurídica, política y social,¹⁰ y en ciertos casos toman la figura de controles.

Limitar y controlar son dos cosas distintas: lo primero significa poner término o lindero, confinar una acción o cosa, es acotar, ceñir, restringir; lo segundo, por el contrario, denota ejercer comprobación, inspección, fiscalización, sus sinónimos son vigilar, exa-

la ley suprema, no tiene posibilidad de existencia dentro del orden jurídico”. *Cfr. Semanario Judicial de la Federación*, t. III, segunda parte-1, enero a junio de 1989, p. 228.

⁸ *Cfr.* Apéndice de 1995, t. VI, parte TCC.

⁹ *Cfr. Semanario Judicial de la Federación*, t. X, agosto de 1999, p. 18, tesis P./J. 73/99.

¹⁰ Jellinek señala que las garantías en el derecho público son: a) sociales; b) políticas, incluye aquí a la división de poderes y la protesta del cargo; y c) jurídicas, donde incluye: I. La fiscalización en sus dos aspectos: 1. Jurídica (administrativa y financiera) y 2. Política (parlamentaria). II. La responsabilidad de los servidores públicos (civil, penal, administrativa y el *impeachment*). III. La jurisdicción en sus dos aspectos: 1. Control de legalidad y 2. Control de constitucionalidad. IV. Lo que denomina “medios jurídicos”, es decir, procedimientos de protección de los derechos humanos (algo parecido al amparo mexicano). *Cfr. Jellinek, Georg, Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1970, pp. 591 y ss.

minar, verificar. De tal forma que en el Estado de derecho se establecen límites al poder, pero también se crean controles que evitan que tales límites sean violados, y en algunos casos reparan las infracciones cometidas.

Limitar significa, pues, establecer barreras, señalar fronteras. Y al poder del Estado, con tal de que no se convierta en una seria amenaza para los individuos, se le deben señalar barreras, se le deben establecer fronteras. Como se anotó, después de las revoluciones americana y francesa, se consagraron dos grandes límites: la división de poderes y los derechos de la persona humana. Anteriormente, en la Inglaterra medieval, el *rule of law* se había ya consolidado como la primera frontera, la principal barrera al poder despótico del rey.

Pero con tales disposiciones no bastaba; el mismo Constant, una vez que la polvareda de la revolución francesa parecía disiparse, se aterraba ante la falta de control del nuevo soberano, el único legítimo, el pueblo. Lo que causaba tanto temor a este autor era que, aún siendo el pueblo el soberano reconocido, nada garantizaba que no ejerciera su poder arbitrariamente; por ello es que debían ser buscados mecanismos que facilitaran la verificación de que el poder, aún ese poder derivado del contrato popular, permaneciera dentro de las fronteras señaladas. Había que *garantizar* que los límites fueran respetados, en beneficio de la libertad individual.¹¹

Se hace necesario, entonces, distinguir claramente entre limitar al poder y controlarlo; el constitucionalismo surge a partir de la búsqueda de la libertad del individuo y el fin principal que tal movimiento se plantea es el de señalar fronteras al poder del Estado; la más notoria de estas fronteras o restricciones fue la observancia irrestricta de la ley, misma que trató de asegurarse mediante la figura de la “protesta del cargo”; la otra, también importantísima, consistió en la división de poderes, técnica que

¹¹ Una clara concepción de la garantía en el derecho es la que señala que “la validez o positividad de un derecho necesita ser garantizada de algún modo; esto es: es preciso que haya poderes cuya existencia haga esperar a los ciudadanos que las normas jurídicas han de transformarse, de exigencias abstractas dirigidas a la voluntad humana, en acciones concretas”. *Idem*.

dio lugar a un interesante sistema de colaboración y mutua fiscalización entre los diversos órganos estatales.

Estos dos grandes principios (división de poderes e imperio de la ley) fueron consagrados en documentos fundacionales de los nuevos Estados modernos que nacían, de tal forma que, como se anotó ya, Constitución era sinónimo de *institucionalización* de la técnica de la división de poderes y respeto a los derechos fundamentales del individuo mediante el imperio de la ley. Posteriormente, el movimiento constitucionalista¹² se consolida con el triunfo de la idea de la supremacía de la Constitución, es decir, por una parte, la propia Constitución establece los mecanismos de creación de normas y, por la otra, la total invalidez de leyes o actos estatales al margen o contrarios a ésta. Finalmente, resultado de la marcha de la historia y del tesón de los pueblos, es posible encontrar una nueva limitación al poder estatal, incluida en la Constitución, la participación de los individuos y de sus organizaciones en la toma de las decisiones trascendentales para la comunidad.¹³

De esta manera, supremacía constitucional (libertad e igualdad consagradas), división de poderes, imperio de la ley (*rule of law*),

12 “El vocablo *constitucionalismo* alude a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias; de modo más específico, a los límites que en cierto sentido son autoimpuestos. Tales límites pueden adoptar variedad de formas y ser de procedimiento o sustantivos, así como obstruir o tan sólo hacer más lento el proceso del cambio legislativo”. *Cfr.* Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, trad. de Mónica Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica-Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública A. C., 1999, p. 34.

13 Algunos de estos elementos (división de poderes, participación popular en el proceso político, regulación y *fiscalización* de recursos económicos —que implica un sistema de límites— así como la supremacía constitucional) son señalados por Fix-Zamudio como “instrumentos protectores de la Constitución”, definiéndolos como “todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental... estos instrumentos pretenden lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad”. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Centro de Estudios Constitucionales México Centroamérica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala, 1998, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 12, p. 25. Las cursivas son mías. No comparto la opinión del maestro Fix, puesto que lo que señala como “protección” no es sino la Constitución misma, ya que el objetivo, como se anota arriba, del constitucionalismo es limitar al poder y hacer actuar a los titulares del mismo de una forma predecible, es decir, dentro de una legalidad.

y participación popular en el proceso político (ideas de soberanía popular y representación política), viene a integrar el fundamento del Estado democrático de derecho, prototipo contemporáneo de la organización política de las naciones. Y una Constitución actual se integra con estos principios de organización política; en otras palabras, hoy tales principios *son* la Constitución.

Sin embargo, este diseño institucional ideal no está o puede estar exento de disfunciones o vicios; por ello es necesario que la *misma Constitución* prevea mecanismos que reparen la normalidad trastornada.¹⁴ Esos mecanismos reparadores son los controles, los cuales *garantizan* la buena marcha del diseño institucional, siendo parte del mismo. Distíngase: los límites son la esencia de la Constitución, forman el modo de ser del Estado, su identidad; los controles, si bien incluidos en la misma Constitución, no funcionan *normalmente*, sino que su accionar inicia cuando la *normalidad*¹⁵ instituida por la Constitución se trastorna.

Los controles, por tanto, integran lo que se ha llamado “defensa de la Constitución”¹⁶ o “garantías constitucionales”:¹⁷ son instru-

14 “[A]un considerada como excepcional, la violación a la Constitución debe ser prevenida o reparada. Esto quiere decir que, aparte de la manera normal de preservar a la Constitución, que es observándola voluntariamente, tiene que haber en todo régimen constitucional un medio de protegerlo contra las transgresiones, ya provengan éstas de un mal entendido de los preceptos o ya del propósito deliberado de quebrantarlos”. Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 25a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 491. El mismo Fix-Zamudio reconoce que lo que llama “protección de la Constitución” es el aspecto “fisidológico” de la ley fundamental, es decir, es el funcionamiento adecuado de los órganos del poder. Y ello indica que puede existir un *funcionamiento inadecuado*, lo que constituye la “patología” constitucional: los límites constitucionalmente señalados al poder no han cumplido con su cometido, han dejado de ser eficaces. Ante esta situación de “anormalidad”, la propia Constitución prevé mecanismos reparadores del orden jurídico supremo. Entonces, la corrección de esa patología dependerá de las “garantías constitucionales”. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La Constitución y su defensa”, en varios autores, *Justicia constitucional*, Ombudsman y derechos humanos, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 259.

15 Tomo la idea de “normalidad” de Zaldívar, Arturo, “El juicio de amparo y la defensa de la Constitución”, en Cossío Díaz, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (comps.), *La defensa de la Constitución*, México, Distribuciones Fontamara, 1997, p. 48: “la *normalidad constitucional*... se integra por todos aquellos instrumentos que coadyuvan a que el sistema previsto en la Constitución funcione”. Las cursivas son del autor citado. Como se aprecia, Zaldívar llama normalidad a lo que Fix-Zamudio denomina protección, pero que al final, reitero, no es sino la esencia misma de la Constitución, *es* la Constitución.

16 Cfr. *idem*.

17 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio...*, *cit.*, nota 13, p. 26. Respecto al debate sobre la naturaleza de los controles y su identificación con las garantías, huelga señalar que

mentos de naturaleza eminentemente procesal o procedimental que tiene como objetivo reparar y, en su caso, castigar, el trastorno de la normalidad constitucional.¹⁸ Estos instrumentos deben estar previstos en el mismo ordenamiento constitucional, de tal forma que integran la Constitución, inclusive le dan identidad también, pero no operan corrientemente, sino que sólo se utilizan de manera esporádica. Siguiendo la similitud médica planteada por Fix-Zamudio, se puede decir que la enfermedad que aqueja al sistema constitucional (rompimiento de los límites) es remediada a través de estos mecanismos (controles).

III. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA

Se mencionó que la Constitución es la base del sistema normativo jurídico. Esto es así porque este instrumento establece los mecanismos de creación normativa y los órganos facultados para intervenir en dichos mecanismos. Por otra parte, cualquier texto normativo que por sí mismo o cuya interpretación sea contraria a algún precepto constitucional no puede existir. Sin embargo, cabe preguntarse si la Constitución, al margen de su naturaleza estrictamente política, es ella misma una norma jurídica.

Por norma se puede entender toda regla práctica de comportamiento cuyo cumplimiento es obligatorio.¹⁹ Las normas jurídicas

en este trabajo se conciben a los primeros como garantías del sistema constitucional, tomando principalmente la concepción de Jellinek al respecto.

¹⁸ Me parece que la distinción entre límites y controles puede ser de utilidad, sobre todo considerando que los límites *son* la Constitución en sí; el propio concepto y la trayectoria de “Constitución” implican un límite al poder político; los controles aparecen cuando se experimenta la ruptura de los límites. Así planteada la cuestión, los límites nos remiten a lo que se puede denominar *la estática* o estructura del diseño institucional, en tanto que los controles nos harían pensar en la *dinámica* o procedimientos del mismo. Por lo anterior, es que me parece que por definición los controles son (o deben ser) “instrumentos de naturaleza eminentemente procesal o procedimental”. Según esto, se podría hablar de “garantías constitucionales estructurales” y de “garantías constitucionales procedimentales”, aunque estaría por discutirse este controvertido punto. *Cfr.* Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998; y Flores Mendoza, Imer Benjamín, “Derecho y poder en la defensa e ingeniería de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXI, núm. 92, mayo-agosto de 1998.

¹⁹ *Cfr.* García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 36a. ed., México, Porrúa, 1984, p. 4.

se caracterizan por imponer deberes correlativos de facultades o conceder derechos correlativos de deberes (bilateralidad),²⁰ atender *principalmente* a actitudes externas del ser humano (exterioridad),²¹ la posibilidad de que su cumplimiento se imponga por la fuerza o la amenaza de su empleo (coercibilidad)²² y por ser impuestas por una voluntad ajena a la del sujeto normado (heteronomía).²³ Para muchos teóricos, la característica esencial de la norma jurídica es su *coercibilidad*, es decir, la posibilidad de su cumplimiento forzoso y de castigo al desacato: “el derecho regula el ejercicio de la fuerza en la sociedad; por lo tanto, debe contener (al menos algunas) normas que establecen sanciones. Las demás normas son jurídicas en la medida en que pertenecen al sistema jurídico, sean o no normas sancionadoras”.²⁴

La Constitución no sólo crea al Estado y lo divide en órganos, sino que le atribuye a dichos órganos diversas facultades y obligaciones, de la misma forma que, al regular la relación entre los individuos y el Estado, consagra derechos y obligaciones de los primeros y límites a la acción del segundo. Por supuesto, la Constitución regula o norma conductas de los hombres, ya sea de los individuos que integran la sociedad o de aquellos que, como titulares de los órganos estatales, ejercen facultades estatuidas. Por otra parte, en tanto que la Constitución es producto de la actividad del *poder constituyente*, es ajena a la voluntad de los sujetos normados, a los cuales les es *impuesta*. Y, finalmente, la propia Constitución prevé mecanismos para forzar el cumplimiento de las obligaciones que impone y resguardar los derechos que consagra, al mismo tiempo que establece sanciones a quienes se resistan a cumplirla o abiertamente realicen conductas no permitidas por la misma. Entonces, puede afirmarse que la Constitución es una nor-

²⁰ *Ibidem*, p. 15.

²¹ *Ibidem*, p. 20.

²² *Ibidem*, p. 21.

²³ *Ibidem*, p. 22.

²⁴ Cfr. Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, “Norma jurídica”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 136.

ma jurídica, o mejor dicho, un conjunto de normas jurídicas supremas, fundamentales.

Como se mencionó, tales normas son supremas porque:

- a) Su creación corresponde a un órgano superior a los órganos *instituidos* en mismas normas fundamentales.
- b) Para su modificación se sigue un procedimiento distinto, mucho más complicado, que para cambiar las normas que derivan de ellas.
- c) Establecen los mecanismos de creación del resto de las normas jurídicas.
- d) Ninguna norma derivada puede ser contraria ni formal (procedimiento) ni materialmente (contenido) a estas normas fundamentales.

En tanto que conjunto de normas, las constitucionales también pueden ser objeto de clasificación, no obstante el carácter fundamental y supremo de todas. Esta clasificación toma como base el grado de eficacia de las normas²⁵ constitucionales, que no su contenido material. La distinción básica que se hace entre normas constitucionales estriba en identificar:²⁶

- a) Normas de eficacia directa: las que son “idóneas de por sí (directamente) para regular situaciones concretas”.
- b) Normas de eficacia indirecta: las que “necesitan ser actuadas o concretadas a través de una posterior actividad normativa”. Estas son normas no suficientemente completas como para poder ser operadas o aplicadas en forma directa por los oficiales de la administración pública, los particulares o los jueces. Requieren para ello un posterior desarrollo normativo, atendiendo al sistema de fuentes que la propia Constitución

²⁵ “Por *eficacia* de una norma respecto de un fenómeno empírico dado se entiende aquí la capacidad de la norma para funcionar como determinante causal de tal fenómeno”. Cfr. Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Madrid, Trotta, 1999, p. 85.

²⁶ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, “La Constitución y sus normas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2000, p. 79.

establezca. En esta categoría se ubican diferentes tipos de normas:

- *Normas constitucionales de eficacia diferida*: son normas de organización de los llamados “poderes” estatales y de sus instancias de dirección. Por ejemplo, no obstante las reglas específicas de los artículos 51 a 54 de la Constitución federal, es necesario contar con una ley electoral que los desarrolle para integrar las cámaras federales; por otra parte, puesto que el artículo 105 señala las hipótesis en las que se pueden presentar acciones de inconstitucionalidad y de controversia constitucional, pero no el procedimiento a seguir, se hace necesaria una ley que haga plenamente eficaz este dispositivo constitucional. En general, cabría incluir aquí a las disposiciones constitucionales que para su plena eficacia requieren de la existencia de las denominadas “leyes orgánicas”.
- *Normas constitucionales de principio*: “Mientras que las reglas establecen lo que se debe o no se debe en circunstancias determinadas por la misma regla, los principios establecen orientaciones generales que han de seguirse en todos los casos que pueden presentarse, aunque no estén predeterminados por el mismo principio”.²⁷ En México se pueden identificar, entre otras, las siguientes normas constitucionales de principio: “Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos”, “El varón y la mujer son iguales ante la ley”, “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos”, “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. En este caso es importante hacer notar que si bien es cierto que corresponde al legislador concretar estos principios, ello no obsta para que, en caso de no hacerlo, sean los jueces quienes realicen esa labor de concreción, mediante su función de interpretación. Por ello es que las normas de prin-

²⁷ *Ibidem*, p. 83.

cipio, si bien necesitadas de determinación o especificidad, pueden gozar de eficacia directa, mediante la intervención de los intérpretes, aunque en ningún instante éstos podrán sustituir al legislador en su labor.

- *Normas constitucionales programáticas*: puesto que pueden llegar a confundirse, es preciso comparar éstas con las normas de principio, con el fin de reconocerlas: “las normas programáticas se refieren esencialmente a los aspectos político-sociales, mientras que los principios se refieren a la coherencia interna del ordenamiento, respecto a determinados supuestos iniciales: los programas miran al fin; los principios, al inicio de una acción normativa”.²⁸ También de este tipo de normas constitucionales encontramos buenos ejemplos en nuestro sistema: en tanto que “Todo individuo tiene derecho a recibir educación” (norma de principio), “El Estado —Federación, Estados y Municipios— impartirá educación preescolar, primaria y secundaria” (norma programática); puesto que “Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral” (norma de principio), “El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos” (norma programática).

No se debe perder de vista que, aunque se puedan clasificar de distintas maneras, las normas constitucionales, en tanto constitucionales, son supremas todas y, en tanto, normas jurídicas, son coercitivas. Decir de una Constitución que tiene fuerza normativa significa que tal instrumento es *eficaz*, es decir, que los sujetos a él sometidos convierten a esa Constitución en motivo esencial de sus acciones. Siguiendo las ideas apuntadas sobre el Estado de derecho, cabe decir que una Constitución normativa es aquella

²⁸ *Ibidem*, p. 87.

que se convierte en *regla* de acción del poder político y de los individuos, no en *instrumento* de dominación de unos sobre otros.

IV. LA OMISIÓN LEGISLATIVA Y SU INCONSTITUCIONALIDAD

“Respecto a *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...*”.²⁹ Así inicia una tesis jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte, de donde se desprende que el amparo no procede contra la omisión del legislador, pero ¿qué es la omisión del legislador o, mejor dicho, la omisión legislativa?

Omisión, según el diccionario, significa abstención de hacer o decir, flojedad o descuido del que está encargado de un asunto; ya en un sentido punitivo implica una *falta* por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado. De esta manera, *omitir* “no es un mero ‘no-actuar’, sino un ‘no-actuar-como-se-espera’... Sólo se *omite* algo en un contexto en que es relevante una actuación determinada”.³⁰ Sólo se puede omitir una conducta cuya presencia es probable (ya sea empírica o normativamente). Cuando se hace referencia a la omisión del legislador, por tanto, se pretende indicar que éste “no ha actuado como se esperaba”, que la conducta probable que se esperaba de él no se ha presentado. ¿Qué conducta, empírica y normativamente probable, se espera del legislador? Pues, esencialmente, que legisle, que dicte textos normativos con el carácter de leyes. Así la expresión “omisión del legislador” denota que el facultado para dar o crear la ley no ha ejercido tal facultad, no ha creado alguna ley (o lo ha hecho insuficientemente), cuando era probable que lo hiciera.

²⁹ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, diciembre de 1997, p. 180, tesis P. CLXVIII/97.

³⁰ “[E]s forzoso admitir que en el ‘universo constitutivo’ del omitir entra no sólo una referencia al curso de actuación humana, sino *también* al contexto de lo esperable —digamos— en relación con tal curso de actuación”. Cfr. Capella, Juan Ramón, *op. cit.*, nota 25, p. 68.

¿Cuándo es probable que el legislador legisle? Dentro del Estado de derecho un órgano del poder político únicamente puede actuar previa autorización constitucional para ello, así que las cámaras legislativas sólo pueden legislar cuando están facultadas para ello y en las materias que la propia Constitución señale. A nivel federal, es el artículo 73 constitucional el que contiene el catálogo más general de facultades legislativas del Congreso de la Unión. De esta forma, la probabilidad de que el Legislativo legisle se presenta únicamente cuando este órgano está facultado constitucionalmente para ello, es decir, al contar con atribuciones para legislar, es probable, mas no seguro, que el legislador haga leyes, o que las haga incompletas o deficientes. Esto último indica que puede haber diversos tipos de omisiones legislativas:

- a) Absolutas o totales: que implica la ausencia total de una ley cuya emisión está prevista o autorizada en la Constitución.
- b) Relativas o parciales: que se acerca un poco a lo que tradicionalmente se conoce como “laguna de la ley”, es decir, el legislador crea una ley, con lo que ejerce su facultad constitucional e incluso desarrolla algún precepto de la propia Constitución, sin embargo en tal ejercicio el legislador viola, por así decirlo, el principio de igualdad, no contemplando en los supuestos de aplicación de la norma expedida a sujetos o casos en los que también podría o debería ser aplicada la ley creada, por lo que los aplicadores e intérpretes la aplican extensivamente utilizando argumentos de *mayoría de razón* o de *analogía*.

Se mencionó arriba que el establecimiento a nivel constitucional de facultades legislativas a cargo de un órgano estatal únicamente crea o funda la probabilidad de que se legisle, pero de ello no se sigue que efectivamente se ejerza tal facultad, al menos no en todos los casos. Lo cual lleva a cuestionar si esas disposiciones constitucionales que facultan al órgano legislativo para crear leyes son meras *autorizaciones* y por tanto lo dejan en libertad para ejercerlas o no. En otros términos, puede preguntarse ¿es que el legislador está obligado a legislar? La respuesta a esta pregunta no es sencilla.

Inglaterra es la cuna del constitucionalismo moderno, y lo es también de la doctrina de la *soberanía* del Parlamento. Tal soberanía consiste en que este órgano constitucional no está vinculado a una Constitución formal, escrita y rígida, que contenga disposiciones inalterables o de complicada modificación,³¹ por lo que el Parlamento es enteramente libre para legislar. En este caso, el legislador británico no está obligado a dictar leyes. Una situación distinta se presenta en países con Constituciones escritas y rígidas, donde, al partir de los principios de la supremacía constitucional y de la fuerza normativa de la Constitución, se considera que el legislador ordinario ha recibido del poder constituyente determinados “encargos”, contenidos en el texto constitucional, por lo que *en ocasiones* el órgano facultado o autorizado para crear leyes *debe* crearlas.

El pueblo, en ejercicio de su soberanía, crea, por sí o, regularmente, a través de representantes *ex profeso*, una Constitución, un conjunto de normas fundamentales y supremas, donde no sólo sienta las bases de la relación entre el Estado y los individuos, sino que instituye al propio poder político (al fundar el Estado), lo organiza y distribuye entre diversos órganos, a los cuales dota de facultades y les impone límites. Sin embargo, dado el carácter transitorio y meramente *instituyente* del poder constituyente, la Constitución incluirá disposiciones normativas que requieran un desarrollo posterior por parte de los órganos constituidos, principalmente del Legislativo. Sólo es posible identificar, de manera objetiva, en qué ocasiones el legislador tiene el deber de legislar atendiendo a las características de las normas constitucionales, de cuyo dictado se desprenderá si ordenan o autorizan su desarrollo normativo.³²

El examen de la constitucionalidad de una omisión legislativa no puede recaer en la mera falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo de normas constitucionales, en el puro “no actuar como se espera” del legislador, en su silencio, ya que “no todos los si-

31 Cfr. Báez Martínez, Roberto y Báez Silva, Carlos, “El sistema político inglés (un análisis institucional)”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, t. XLIX, enero-abril de 1999, núms. 223-224, p. 185.

32 Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 26.

lencios del legislador son constitutivos de una omisión contraria a la Constitución”.³³ La omisión legislativa deviene inconstitucional únicamente cuando el órgano legislativo “con su silencio altera el contenido normativo de la Constitución”,³⁴ de donde se sigue que el objeto de control en este caso no es la conducta del órgano, no se verifica la corrección de su acción u omisión, sino las consecuencias que de éstas se derivan. No se trata de que el legislador cometa una infracción constitucional con su silencio o inactividad por el mero incumplimiento de una *obligación* o *deber* de legislar, puesto que tal obligación o deber no existen. La infracción se produce si la inactividad o silencio del legislador originan una situación jurídica contraria a la Constitución.

Sostengo que no existe algo así como un “deber” o una “obligación” del legislador de legislar, puesto que ello implicaría la existencia correlativa de un “derecho a la legislación”, por parte de algún sujeto. Y ni los individuos ni los restantes órganos estatales tienen tal derecho. Desde un punto de vista estrictamente liberal, la actividad legislativa implica una injerencia estatal en la esfera privada de los individuos. A mayor cantidad de leyes, mayor intervención del Estado en las actividades privadas, de donde, en aras de la libertad, es necesario acotar y mantener limitado a la institución estatal, sobre todo en su función legislativa. Desde otro punto de vista, el hecho de que las Constituciones actuales consignen varias normas programáticas no conlleva el nacimiento de un derecho de los individuos o de los grupos económica y/o socialmente vulnerables a que se desarrollen normativamente tales preceptos constitucionales. La redacción misma de nuestra Constitución aclara muchas cosas, pues a los órganos estatales se les “faculta”, se les dota de competencia para que actúen, pero ello no quiere decir que efectivamente lo hagan. Tanto el Ejecutivo como Legislativo son órganos eminentemente políticos, que responden a impulsos principalmente políticos y cuya actuación está orientada, por lo regular, por criterios políticos. Esto

³³ Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 35.

³⁴ *Ibidem*, p. 3.

significa que sus acciones atienden esencialmente a criterios pragmáticos, de oportunidad, dependientes de la situación concreta. Además de que muchas normas, sobre todo las programáticas, requieren de condiciones materiales previas para su efectiva aplicación o desarrollo.

El órgano legislativo puede estar facultado para legislar, pero ello no conlleva que sus integrantes o titulares tengan *móviles* suficientes para ejercer tal facultad. Si la inactividad legislativa no viola por sí misma la Constitución, ello no implica que no se pueda considerar una falta, pero no propiamente jurídica. Puede pensarse que tal inacción puede, como mera inacción, ser objeto de otro tipo de control. Los órganos estatales actúan por voluntad de sus titulares o integrantes; en el caso del Legislativo, quienes conforman este órgano son quienes materialmente desempeñan (de manera colegiada) la función legislativa. Estos integrantes del órgano legislativo (diputados y senadores) lo son en virtud de haber triunfado en una competencia electoral, en la que se expresó, de una u otra forma, el único titular de la soberanía, el pueblo. Siendo éste el autor último de la Constitución, la mera inactividad legislativa, en tanto no ejercicio de la función de crear la ley, sólo tiene que ser fiscalizada por el pueblo. Así, el no ejercicio de la facultad concedida al órgano legislativo para dictar normas con el carácter de ley sólo se puede verificar mediante el control político que el pueblo ejerce sobre los individuos que integran tal órgano mediante, por ejemplo, el mecanismo de las elecciones periódicas. Así, no es que exista un derecho y una correlativa obligación *a* y *de* legislar, sino que la autorización que el legislador recibe para crear leyes es periódicamente evaluada por el mismo sujeto que da dicha autorización, el pueblo.

Lo anterior es perfectamente compatible con la postura doctrinal de los llamados “encargos al legislador”³⁵ o “normas constitucionales imperativas”,³⁶ que consisten en mandatos que el poder

35 Según Fernández Rodríguez, estos encargos son normas constitucionales “de eficacia limitada” que requieren de obligatorio y concreto desarrollo para cobrar eficacia plena. Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998, p. 147.

36 Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad...*, *cit.*, nota 33, pp. 61 y 63, dis-

constituyente da al órgano legislativo para que desarrolle algún precepto constitucional o lo dote de eficacia plena. El órgano protector de la Constitución, como órgano constituido, y en aras del principio de separación de poderes, no puede forzar al Legislativo, al fin y al cabo también órgano constituido, a hacer algo, puesto que la esencia del control de constitucionalidad es su naturaleza reparadora, ya que, como quedó anotado, es un mecanismo que opera ante el ataque a la Constitución y, por definición, una omisión legislativa, por sí misma, no puede quebrantar el orden constitucional, *salvo que produzca efectos contrarios a lo expresamente previsto en el texto de la carta magna*. Esto conduce a que el objeto del control de constitucionalidad en el caso de la omisión legislativa, puede ser definido como las consecuencias normativas derivadas o producidas por la inactividad legislativa, que no la conducta del legislador consistente en no legislar.

No es que se postule, como en el caso inglés, la “soberanía” del legislador, sino que éste, como órgano político, y como órgano estatal en sí, tiene entera libertad para actuar o no actuar, según la voluntad de sus titulares, con las restricciones que impone el Estado de derecho. Se puede sostener que el ejercicio de la facultad de legislar es, más que nada, una “cuestión política” que no puede ser enteramente sometida a un control de constitucionalidad ortodoxo. Es necesario distinguir entre el carácter político del ejercicio de esta facultad y las consecuencias normativas que puede acarrear su no ejercicio. Siendo el ejercicio de la facultad legislativa una cuestión política, corresponde su control al órgano o sujeto que políticamente puede controlar al Legislativo, al único que, en razón de las teorías de la soberanía popular y de la representación política, tiene legítimamente superioridad sobre éste, al pueblo. Así, la inactividad legislativa del órgano legislativo sólo

tingue entre permisos y mandatos constitucionales, siendo los primeros aquellos supuestos en los que el legislador puede decidir libremente, puesto que a ello lo autoriza la propia Constitución, “sobre si introducir o no poder público en una determinada materia, creando o no la institución, regulando o no la relación sociopolítica que constituye su objeto”; en tanto que los mandatos son imposiciones del constituyente para la existencia de una situación jurídica, “aunque su efectiva existencia depende de la creación de normas para el caso por lo Poderes del Estado, o sólo por el legislador si la situación es objeto de reserva de ley”.

puede ser revisada y sancionada por el pueblo sujeto de la soberanía, a través de, por ejemplo, las elecciones periódicas donde no sólo los partidos políticos sean los premiados o castigados, sino sobre todo cada diputado o senador en particular. Para ello la introducción de la reelección legislativa inmediata sería de gran ayuda.

En cambio, las consecuencias normativas que pudieran derivarse de la inactividad legislativa, esas sí que deben ser objeto de control jurisdiccional por parte del órgano revisor de la constitucionalidad. El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas, por tanto, tendrá por objeto, no la inactividad en sí, sino las consecuencias jurídicas que de ella se derivan. Un tribunal constitucional no puede evaluar el no ejercicio de las facultades constitucionales, sino sus efectos normativos. Sólo en este caso se puede contar con un parámetro objetivo de comparación que permita realizar efectivamente el control de constitucionalidad.

La pretensión de objetividad no es menor, puesto que el tema de las omisiones legislativas linda entre el derecho y la política, o más concretamente, entre el control jurídico y el control político del poder. Es posible indicar que lo que caracteriza al control político es que el canon o parámetro utilizado para contrastar la conducta, acción o resultado del sujeto controlado no es fijo ni determinado, sino que es variable, sujeto a la libre apreciación del sujeto controlador; además, al momento de justificar y argumentar el ejercicio del control político no es necesario esgrimir razones o motivaciones de carácter jurídico, sino meramente político, de oportunidad; por otra parte, el político es un control cuya realización es voluntaria, esto es, el sujeto controlador no está obligado a realizarlo, sino que de éste mismo depende llevarlo a cabo o no, para lo cual toma en cuenta criterios de oportunidad y conveniencia políticos; finalmente, el control político lo llevan a cabo órganos no especializados, eminentemente políticos.³⁷ Por el contrario, en el control jurídico el parámetro o canon que se utiliza

37 Cfr. Báez Silva, Carlos, "Algunos aspectos sobre el control del poder político en México", *Iniciativa. Revista del Instituto de Estudios Legislativos de la Legislatura del Estado de México*, Toluca, año 2, núm. 4, julio-septiembre de 1999, pp. 17-45.

para contrastar la conducta, acción o resultado del controlado es una norma jurídica, es una disposición legal además de que el jurídico es un control que se tiene que realizar forzosamente, es decir, un control que no está sujeto a la potestad del controlador, el cual, como característica final, es un órgano imparcial, independiente institucionalmente y cuya competencia es técnica.

Hablar de control de la constitucionalidad implica la confrontación de acciones estatales o normas jurídicas con el texto constitucional, de donde resulta que el de constitucionalidad es un control cuyo canon o parámetro de comparación es *objetivo*, pues no depende de la voluntad del controlador o de las circunstancias políticas imperantes en un momento dado. Por lo anterior, es criticable que se defina a la *inconstitucionalidad por omisión* como “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, *durante un tiempo excesivamente largo*, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”,³⁸ puesto que en tal definición se incluye como un elemento de inconstitucionalidad, el más importante de hecho, una consideración totalmente subjetiva: que la inactividad legislativa haya abarcado un *periodo temporal excesivo*. Esto torna, como el propio autor citado reconoce, totalmente relativo, casuístico, el análisis de las omisiones legislativas. ¿Cuándo ha transcurrido un periodo *excesivamente* largo para que el Poder Legislativo legisle? No existe un parámetro cierto para contestar a esta pregunta. Por ello considero que la referencia al tiempo con que cuente o pueda contar el legislador para crear la ley no debe considerarse para la definición de *inconstitucionalidad* por omisión legislativa:

El silencio legislativo no es una omisión inconstitucional desde el mismo instante en que existe... La transformación de un silencio legislativo en una omisión inconstitucional se produce en el *momento* en que queda probada la lesión de la Constitución, y no vencido

38 Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 35, p. 81.

un plazo decidido por el juez constitucional. El plazo *razonable* para legislar se cumple en el momento en que se prueba la infracción constitucional.³⁹

Y ya se dijo que tal infracción consiste en la creación o continuidad de situaciones normativas contrarias a la Constitución.

Se señaló ya cierta clasificación de las normas que integran una Constitución, no obstante que son todas enteramente supremas y fundamentales, y en tanto normas jurídicas, susceptibles de cumplimiento coactivo. El parámetro de clasificación resultó ser la eficacia de las mismas, de donde se desprende que una son enteramente eficaces en tanto que existentes y contenidas en la Constitución, mientras que otras requieren de cierto *desarrollo* legislativo para alcanzar esa eficacia plena que toda norma jurídica exige. La tarea de hacer enteramente eficaces las normas que integran la Constitución recae en toda la comunidad de operadores jurídicos de una sociedad. Es una lucha que consiste en tornar en realidad la norma suprema. Esta “lucha por la Constitución” es asumida, en primer momento, por los órganos del Estado, pues corresponde a éstos desarrollar el texto constitucional, principalmente mediante la labor legislativa, entendida ésta en sentido amplio.⁴⁰

Si el legislador incurre en una omisión legislativa, es decir, no legisla y desarrolla algún precepto de la Constitución, no comete propiamente una infracción a la misma. Si su silencio o inactividad fomenta la creación o mantenimiento de efectos normativos contrarios al texto constitucional entonces, y sólo entonces, su inacción podrá ser reputada como *f fuente de inconstitucionalidad*. Sin embargo, cuando ante la omisión legislativa un precepto constitucional no

39 Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad...*, cit., nota 33, p. 45. En una nota el mismo autor sostiene que “[l]o relevante no es el cuándo del cumplimiento o incumplimiento del deber constitucional, sino probar que hay un incumplimiento que contradice formalmente la Constitución. Y no basta con constatar que simplemente no se cumplió el deber en un momento dado, sino que además ese incumplimiento crea una situación contraria a la Constitución, pues si no es así, la actitud del legislador puede ser inadecuada desde la perspectiva del desarrollo de la Constitución, pero no contraria a la misma, pues el momento de ejecución del deber es una cuestión que decide el legislador porque así lo permite la Constitución”.

40 Cfr. Cerroni, Umberto, *op. cit.*, nota 5, p. 134.

cobra plena eficacia, y de ello conoce el juzgador de constitucionalidad, corresponde a éste, mediante su labor de interpretación, *intentar en lo posible*, sin violentar el principio de división de poderes, pero en aras de los de colaboración y de supremacía constitucional, hacer eficaz el precepto constitucional en examen. Así, la labor del juez de constitucionalidad, en el caso de las omisiones legislativas, no es castigar al órgano que deja de hacer algo esperado, probable, sino tratar de dotar de plena eficacia a la norma constitucional que no la tiene, puesto que, como órgano constituido y como defensor de la Constitución, su labor consiste esencialmente en luchar por la plena aplicación de las normas constitucionales.

De lo anterior se desprende que lo verdaderamente problemático en el tratamiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa radica en los efectos de las sentencias que emita el órgano de control:

Si un órgano de la justicia constitucional declara que una omisión —por ejemplo, legislativa— es inconstitucional, al efecto de esa declaración no tiene sentido asignarle vinculatoriedad general porque con decir que la omisión es contraria a la Constitución todo queda igual que antes: nada puede quedar derogado,

puesto que nada ha creado el legislador.⁴¹ ¿Qué efectos tendría la declaración de la inconstitucionalidad por omisión? Básicamente la doctrina reconoce que el juez constitucional, al conocer la inconstitucionalidad por omisión, puede asumir una de las siguientes conductas:

- a) Reglamentar o desarrollar directamente la norma constitucional ineficaz, o al menos dictar bases generales de operación o aplicación directa de la misma, solución que no es del todo satisfactoria en general, porque puede llegar a vulnerar los principios de división de poderes y de libertad del legislador, además de que la sentencia emitida en este caso tendría, necesariamente, efectos *erga omnes*.

41 Cfr. Bidart Campos, Germán José, “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *La Justicia*, México, t. XXVI, núm. 601, mayo de 1980, p. 29.

- b) Conminar al órgano legislativo para que en un *plazo razonable* emita la legislación necesaria; en este caso se enfrenta el problema del desacato al mandato judicial, el cual también choca con los principios arriba señalados.
- c) Seguir los siguientes pasos:

Declarar que la omisión es inconstitucional... reputar que la falta de reglamentación provoca una laguna en el orden normativo... integrar el orden normativo lagunoso... echando mano de la autointegración (por analogía o por aplicación de los principios generales del derecho) o de la heterointegración (acudiendo al valor justicia). Pero es evidente que de proceder así, la solución sería provechosa únicamente para el caso, lo cual significa que la norma que el tribunal elaborara para llenar el vacío normativo resolvería tan sólo el caso particular sentenciado.⁴² □

El tipo de solución que adopte el juzgador dependerá, necesariamente, del instrumento procesal por medio del cual se le presente a examen la inconstitucionalidad por omisión. Y el diseño de este instrumento dependerá del objeto del control, ya sean efectos concretos e individuales contrarios a la Constitución que el silencio del legislador genera, o bien ineficacia de preceptos constitucionales que no origina, en principio, agravios personales y directos. La solución que se ha adoptado en países como Portugal y, principalmente, Brasil, ha consistido en dos instituciones procesales de protección a la Constitución: el *mandado de injunção* y la acción de inconstitucionalidad por omisión.

El *mandado de injunção* es una institución de ejecución constitucional de naturaleza interdictal, que procesalmente es muy parecido a la institución norteamericana del *writ of mandamus*, aunque su gramática lo asemeje más al *writ of injunction*.⁴³ □ Estacercañá con los *writs* angloamericanos es importante, ya que el juicio de amparo mexicano comparte muchas similitudes con ellos.

⁴² Cfr. *Ibidem*, pp. 29-30.

⁴³ Cfr. Sidou, Othon J. M., "Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: *mandado de injunção* y *habeas data*", trad. de Héctor Fix-Zamudio, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXIV, núm. 70, enero-abril de 1991, p. 171.

El *injunction*... es el mandamiento que el actor solicita del juez a efecto de que éste impida y suspenda la ejecución de cualquier acto ilícito por un ‘particular’ o una ‘autoridad’, indistintamente; y en los juicios que versan sobre la materia constitucional es el medio usual, por tanto, para que los tribunales, a instancia de parte agraviada, examinen la constitucionalidad de leyes o actos de la autoridad y suspendan e impidan su ejecución. En otras palabras, desempeña la misma función que el incidente de suspensión y el juicio de amparo, en el sistema mexicano, pero no en materia penal, sino civil exclusivamente.⁴⁴

Por otra parte, el *mandamus* “es el mandamiento que dicta un tribunal competente en nombre del Estado o soberano, dirigido a otro tribunal inferior o a cualquier autoridad administrativa, ordenando la ejecución de un deber impuesto por la ley, ya sea ésta la Constitución o un precepto legal ordinario”.⁴⁵

Si en un principio el ejercicio del *mandamus* era, en el sistema jurídico angloamericano, una prerrogativa del rey, posteriormente se facultó al procurador general y a las entidades federativas para su promoción, “cuando el objeto del *mandamus* es la ejecución de un acto por la autoridad responsable en el que la sociedad en general está interesada” e incluso los propios particulares los pueden iniciar cuando se consideren agraviados en los individual por el incumplimiento de alguna obligación constitucional o legal.⁴⁶

En vista de que el *mandamus* tiende a compeler a una autoridad a que ejecute un acto positivo, y no simplemente a refrenar su acción, la materia en la que el recurso puede operar está restringida... La más importante de las restricciones al poder de los jueces para dictar órdenes de ejecución mediante el recurso del *mandamus*, en el sistema norteamericano, es el referente a la calidad de la parte contra quien se promueve este procedimiento extraordinario.⁴⁷

⁴⁴ Cfr. Rabasa, Óscar, *El derecho angloamericano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 641.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Cfr. Rabasa, Óscar, *op. cit.*, nota 44, p. 642.

⁴⁷ *Idem.*

Así, el *mandamus* es improcedente contra el presidente de los Estados Unidos de América y, por analogía, contra los gobernadores de los estados, puesto que éstos son responsables del ejercicio de sus funciones sólo frente a la nación. Este principio es aplicado también en el caso de los congresos, tanto el federal como los locales. En este punto el *writ* norteamericano difiere del *mandado* brasileño.

El *mandado de injunção* es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales del individuo consagrados en la Constitución, cuya finalidad es hacer posible su ejercicio o disfrute; en virtud de que es un instrumento de protección de derechos individuales constitucionalmente consagrados, procede únicamente contra agravios ocasionados a un sujeto en particular por la inactividad legislativa y su finalidad es “la realización del acto, a fin de que de esta manera se transforme el derecho abstracto en una situación concreta”, por lo que mediante esta institución el juez constitucional no reglamenta las disposiciones constitucionales, ni su sentencia tiene efectos generales.⁴⁸ Es, por tanto, un mecanismo de control concreto de constitucionalidad. La interposición del *mandado de injunção* no implica una violación activa al derecho del gobernado, puesto que lo que la institución pretende reparar es la inercia o inactividad legislativa, lo cual presupone la existencia indiscutida y evidente del derecho en la Constitución, “pero la forma abstracta en que se presenta impide que pueda ser considerado como derecho líquido y cierto”.⁴⁹

La Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 dispone (artículo 5-LXXI) que:

Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos... se concederá ‘mandado de injunção’ siempre que, por falta de nor-

48 Cfr. Sidou, Othon J. M., *op. cit.*, nota 43, p. 174. Para un análisis jurídico comparado de las instituciones procesales reparatoras de la inconstitucionalidad por omisión, cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 35.

49 Cfr. Sidou, Othon J. M., *op. cit.*, nota anterior, p. 175.

ma reguladora, se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía.

Por otra parte, el mismo ordenamiento señala, en su artículo 102 inciso q), que compete al Supremo Tribunal Federal (equivalente a nuestra Suprema Corte de Justicia) *la garantía* de la Constitución, por lo que está facultada para, entre otras acciones, procesar y juzgar originariamente:

Los ‘mandados de injunção’ cuando la elaboración de la norma reglamentaria estuviese atribuida al Presidente de la República, al Congreso Nacional, a la Cámara de Diputados, al Senado federal, a las mesas de una de esas cámaras legislativas, al Tribunal de Cuentas de la Unión, a uno de los Tribunales Superiores, o al propio Supremo Tribunal Federal.

Igualmente, este último es competente (artículo 102-II) para juzgar, en recurso ordinario, “los *habeas corpus*, los mandados de seguridad, los *habeas data* y los mandados de injunção, decididos en única instancia por los Tribunales Superiores, si la resolución fuese denegatoria”.

Por otra parte, la misma Constitución brasileña otorga competencia al mencionado Supremo Tribunal Federal para, también de manera originaria, procesar y juzgar la acción directa de inconstitucionalidad de leyes o *actos normativos* federales o estatales (artículo 102-I). Están legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad (artículo 103-I a IX) el presidente de la república, las mesas respectivas tanto del Senado federal como de la Cámara de Diputados y de la Asamblea Legislativa, el gobernador del Estado, el procurador general de la república, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional y las confederaciones sindicales o entidades de clase de ámbito nacional. La Constitución brasileña establece (artículo 103-2o.) que “declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma constitucional, se comunicará al Poder Competente

para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días”.

Se está en presencia de una modalidad de la acción abstracta de inconstitucionalidad,⁵⁰ la cual procede no sólo contra la omisión legislativa, sino contra cualquier inercia normativa que se presente en el sistema. Aunque es de resaltar el hecho de que sólo tratándose de autoridades administrativas procede el establecimiento de un plazo perentorio para la emisión de la norma reglamentaria ausente.⁵¹

De lo escrito se desprende que el objeto de control de los mecanismos citados (*mandado de injunção* y acción de inconstitucionalidad por omisión) es dotar de plena eficacia (efectividad según el constituyente brasileño) a las disposiciones constitucionales, ya sea cuando se trata de un derecho fundamental del individuo o bien cuando la inactividad de algún órgano estatal sea un obstáculo para el desenvolvimiento de los preceptos de la Constitución.⁵² En primer supuesto no hay, de hecho, un sujeto controlado, es decir, no se examina en principio si el legislador, o algún otro órgano estatal, está “obligado” a legislar, sino si el derecho reclamado existe y si su ejercicio es obstaculizado por la falta de desarrollo legislativo, en cuyo caso la sentencia tiene por objeto dictar las medidas suficientes y necesarias para que el individuo ejerza su derecho, y dote de plena eficacia a la Constitución.

En el caso de la acción de inconstitucionalidad por omisión sí hay un sujeto controlado, pues ya no está en juego la imposibilidad de ejercitar un derecho individual, sino el desarrollo legislativo de alguna otra parte o precepto constitucional, en el que está interesado algún órgano constitucional. Aquí se examina primero la existencia del dictado constitucional y la necesidad de un desarro-

50 Se dice que es abstracta, en oposición al control concreto de constitucionalidad (como en el caso del *mandado de injunção*), porque “tiene por objeto esencial garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental, por lo que no se requiere la existencia de un agravio ni de un interés jurídico específico para iniciar el procedimiento, y por ello generalmente se otorga la legitimación a los titulares de los poderes públicos”. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio...*, cit., nota 13, p. 87.

51 Para una mayor exposición del tema, véase Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 35.

52 Cfr. *ibidem*, p. 281.

llo secundario; pero a ello se suma la identificación del sujeto responsable de tal desarrollo, y únicamente en el caso de la autoridad administrativa, el señalamiento de un plazo para que, en ejercicio de su facultad constitucionalmente reconocida, desarrolle el precepto constitucional que corresponda. Cuando la responsabilidad de la inconstitucionalidad por omisión recae en un órgano no administrativo, el efecto de la sentencia consiste en hacer conocer al órgano omiso que su inacción vulnera la Constitución, con la finalidad de que éste, *motu proprio*, actúe para subsanar tal infracción, por lo que se sostiene que la decisión judicial no crea una obligación jurídica y no reviste carácter sancionador, se trata simplemente de la constatación de una obligación preexistente a la sentencia.⁵³

V. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO

1. *En el orden jurídico local*

La inconstitucionalidad por omisión no es del todo extraña al sistema constitucional mexicano. En las tesis (jurisprudenciales y aisladas) del Poder Judicial de la Federación es posible encontrar constantes referencias al *silencio del legislador*, a la *omisión del legislador*, a la *omisión de la ley* y al *silencio de la ley*, términos relacionados con el tema en cuestión, aunque, como se analizará adelante, los tribunales federales dan un sentido muy específico a las expresiones referidas.

Es en Veracruz donde, a partir de la reforma integral a su Constitución, llevada a cabo en 2000, se consigna expresamente el proceso de control de la constitucionalidad derivado de la inactividad legislativa. Esta institución carece de antecedentes legislativos mexicanos, aunque la doctrina disponible en nuestro país se ha interesado por el tema. Al igual que lo ocurrido en el proceso constituyente brasileño, la inconstitucionalidad por omisión obtuvo

⁵³ Así opina Rodrigues Machado, en *ibidem*, p. 285.

adeptos en el seno de la comisión técnica de juristas encargada de elaborar la propuesta de reforma integral a la Constitución de Veracruz, por lo que se puede decir que es un aporte de los académicos que intervinieron en ella.

En su artículo 56, la Constitución de Veracruz otorga al Poder Judicial del Estado, entre otras, las siguientes atribuciones:

- I. Garantizar la supremacía y control de esta Constitución mediante su interpretación y anular las leyes o decretos contrarios a ella.
- II. Proteger y salvaguardar los derechos humanos que el pueblo de Veracruz se reserve, mediante el juicio de protección correspondiente.

Por su parte, el artículo 64 de misma Constitución señala que para el cumplimiento de las atribuciones arriba señaladas, el Tribunal Superior de Justicia contará con una Sala Constitucional, integrada por tres magistrados, que tendrá competencia para:

- III. Sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisión legislativa, y formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al pleno del Tribunal Superior de Justicia.

Es de recalcar que el ordenamiento constitucional veracruzano es pionero en el establecimiento de controles locales o estatales de la constitucionalidad local.⁵⁴ Pero la reforma a la Constitución de Veracruz es importante no sólo por la estructuración de mecanismos de control de la constitucionalidad local, sino, por lo que interesa ahora, por la introducción de la figura de la inconstitucionalidad por omisión.

⁵⁴ Sobre este interesante tema, *cfr.* Martínez Sánchez, Francisco, *El control interno de las Constituciones de los estados de la República Mexicana. Perspectiva de un nuevo federalismo*, México, Porrúa, 1998.

En su artículo 65, el ordenamiento constitucional del señalado estado precisa que el pleno del Tribunal Superior de Justicia conocerá, en los términos que establezca la ley de, entre otros asuntos:

Las acciones por *omisión legislativa*, cuando se considere que el *Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución*, que interponga: a) El Gobernador del Estado; o b) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos. La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atiende la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto.⁵⁵

A su vez, la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Veracruz ratifica en su artículo 3o. que en materia constitucional la Sala Constitucional conocerá y resolverá, según el caso, de las controversias constitucionales, de las acciones de inconstitucionalidad y de la acción por omisión legislativa. Aunque en el artículo 38 precisa que corresponderá al Pleno del Tribunal Superior de Justicia conocer y resolver de las acciones por omisión legislativa,

⁵⁵ Las cursivas son mías. Por otra parte, en el Dictamen de la Iniciativa de Reforma Constitucional de las Comisiones Unidas de La LVIII Legislatura del Estado, bajo el rubro *Estado de derecho y supremacía constitucional*, se menciona que “para elaborar un proyecto de la trascendencia del presente, que armoniza en un sólo documento, la ampliación de la defensa de los derechos humanos, el control constitucional local y el equilibrio y colaboración de los Poderes, se debe contar con un hilo conductor que constituya el basamento filosófico-político adecuado: el de que el Estado de Veracruz sea, ante todo, un Estado de derecho, en donde sólo el imperio de la ley determine y delimite las atribuciones y obligaciones de los gobernantes, y los derechos y deberes de los gobernados. A fin de cumplir tan elevado propósito, deben aportarse los medios y soluciones para resolver cualquier tipo de controversia que surja entre los particulares o un particular y la autoridad estatal o municipal. Con base en esa aspiración y meta, en el proyecto se determina que, además de la Constitución y las leyes federales, así como los tratados internacionales, la Constitución de Veracruz y las leyes que de ella emanen, serán la ley suprema en el Estado. Como sustento procesal indispensable al principio de supremacía constitucional, se crea una Sala Constitucional y tres figuras de control constitucional, que son: la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y, como novedad no sólo local sino incluso nacional, la acción por omisión legislativa. Por ende, se garantiza así, que toda ley o acto emanado de los poderes se apegue estrictamente a la Constitución en beneficio último de los gobernados”.

cuando se considere que el congreso no ha aprobado alguna ley o decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución Política de la entidad, la cual puede ser interpuesta por el gobernador del Estado o cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.

De lo anterior se puede afirmar lo siguiente:

- Según el texto constitucional, así como el de la ley orgánica del Poder Judicial, corresponde a la Sala Constitucional *sustanciar* o tramitar el juicio de inconstitucionalidad por omisión, y el órgano que falla o sentencia es el Pleno del Tribunal Superior de Justicia. Es de entenderse que por la situación tan especial que se resuelve se pensó en dotar de mayor fuerza a la decisión, no dejando la toma de la misma en una sola Sala.
- En Veracruz se ha establecido una acción abstracta de inconstitucionalidad por omisión, similar a la que existe en Brasil; aunque en el ordenamiento veracruzano la institución es más restringida, pues se limita a la omisión legislativa, en tanto que en el país sudamericano esta infracción puede ser cometida por “todo ente que esté capacitado para dictar normas jurídicas por lo que no se restringe sólo al Poder Legislativo”,⁵⁶ en tanto que en la Constitución de Veracruz sí se restringe sólo a la inactividad legislativa (normativa) del órgano legislativo estatal.
- Puesto que el texto constitucional habla de la no aprobación de “alguna ley o decreto”, puede decirse, en principio, que la omisión en la que puede incurrir el órgano legislativo no necesariamente será legislativa en sentido estricto (no emisión de una norma o conjunto de normas con el rango de ley). Así, la omisión como fuente de inconstitucionalidad puede consistir en la abstención de emitir el decreto por medio del cual se da alguna autorización solicitada, o la no emisión de un decreto por el cual se

⁵⁶ Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 35, p. 281. Este autor considera que la Constitución brasileña amplía incorrectamente la institución de la inconstitucionalidad por omisión, lo cual atenta contra la concreción y la seguridad jurídica.

nombre al titular de algún órgano estatal, por ejemplo. De donde se sigue que el órgano legislativo está obligado a emitir un decreto, ya sea de autorización o de nombramiento, pero no a autorizar efectivamente lo solicitado, ni a nombrar a una persona de manera específica. El Legislativo, como órgano del Estado, está obligado a actuar o decidir, pero el sentido o contenido de su acción o decisión no puede ser, por sí mismo, objeto de control jurídico.⁵⁷

- Los elementos constitutivos de la infracción constitucional por omisión legislativa resultan ser: a) la no aprobación de una ley o decreto por parte del congreso del estado, y b) una afectación del debido cumplimiento de la Constitución local, debido a tal inactividad. Por ello es que, para la declaración de inconstitucionalidad correspondiente, debe demostrarse el incumplimiento de algún precepto constitucional derivado de la falta de desarrollo normativo del mismo o bien de alguna otra circunstancia derivada de la inactividad del órgano legislativo. ¿Qué forma reviste tal “afectación” al “debido cumplimiento” de la Constitución de Veracruz? Supongo que reviste la forma de falta de eficacia plena de alguna norma constitucional.
- Obviamente, tal como se consigna en la Constitución de Veracruz, la acción de inconstitucionalidad por omisión no es un instrumento procesal idóneo para hacer efectivos derechos fundamentales de los individuos consagrados en ese mismo ordenamiento, puesto que los legitimados son órganos del propio estado (el gobernador y la tercera parte de los ayuntamientos), no siendo necesaria la existencia de un agravio directo o “la demostración de una afectación para conferirle legitimación a la parte promovente”.⁵⁸ Es

⁵⁷ En este sentido, Rabasa escribe que cuando “la autoridad judicial o administrativa contra quien se pide el *mandamus* está investida constitucional o legalmente de facultades discrecionales con respecto a la ejecución de sus funciones, de modo que en el desempeño de éstas pueda obrar conforme a su propio criterio, si bien el recurso de *mandamus* cabe para exigir el cumplimiento de la obligación del funcionario, el mandamiento es ineficaz para controlar su arbitrio o criterio respecto a cómo ha de ejercitar la facultad discrecional que la ley le confiere”. Rabasa, Óscar, *op. cit.*, nota 44, p. 642.

⁵⁸ Cossío Díaz, José Ramón, *Constitución, tribunales y democracia*, México, Themis, 1998, p. 20.

preciso señalar que la legitimación procesal activa coincide en este punto con la asignada en el caso de la acción de inconstitucionalidad por leyes o decretos.

- La Constitución señala que la omisión legislativa “surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado”, lo cual, me parece, es un error de redacción. Lo que surtiría sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial sería, más bien, y según se desprende de la lectura global del párrafo, la sentencia en la cual se declara la inconstitucionalidad por la omisión legislativa, puesto que la omisión en sí surte sus efectos, como ya se anotó, no desde que existe como tal, como inactividad del órgano legislativo, sino desde el momento preciso en que genera o da origen a situaciones normativas contrarias a lo expresamente consignado en la Constitución. Esto ocurre, en un caso, cuando el titular de un derecho individual está imposibilitado normativamente para ejercerlo en virtud de la ausencia de un desarrollo legislativo que facilite el ejercicio de tal derecho; en otro caso, la inactividad legislativa genera situaciones normativas contrarias a la Constitución cuando, por ejemplo, un órgano no puede actuar según sus facultades constitucionales en virtud de que el Poder Legislativo no ha creado los medios normativos suficientes para ello.
- El efecto de la declaración de inconstitucionalidad derivada de una omisión legislativa (ese que se surte a partir de la publicación en la Gaceta Oficial) será el establecimiento de un plazo perentorio al órgano legislativo (dos periodos ordinarios de sesiones) para que expida la ley o decreto que corresponda; y en caso de no hacerlo, lejos de castigar al órgano rebelde, el propio Tribunal Superior dictará las bases generales para hacer efectiva la norma constitucional carente de eficacia, las cuales serán aplicables *mientras* el órgano competente, el Legislativo, expide la ley o el decreto respectivo. Así, el efecto de las sentencias de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa no es

propiamente una “recomendación al legislador”, como sucede en Brasil. Pero tampoco constituye, en principio, una sentencia “aditiva”.⁵⁹ El objeto de la sentencia no consiste, únicamente, en hacer ver al órgano legislativo la infracción que comete al no actuar, sino en buscar un remedio a la situación inconstitucional que se presenta, para lo cual conmina al inactivo a actuar (no le obliga a legislar en tal o cual forma o a adoptar tal o cual sentido en sus decisiones, sino simplemente a actuar). Ante la renuencia del Legislativo no es posible hacer funcionar el control jurídico del poder, puesto que, al fin órgano político, éste es libre, y por tanto responsable, en el ejercicio de sus facultades. La responsabilidad corresponde exigirla, en este caso, al órgano jerárquicamente superior, al pueblo que funciona como electorado. Sin embargo, puesto que la situación inconstitucional no puede existir indefinidamente, el tribunal constitucional está facultado para formular reglas generales de operación que permitan que el texto de la Constitución cobre plena eficacia, en la medida de lo posible. Ello no invade la competencia del legislador, puesto que éste es enteramente libre para crear, cuando así lo decida, la ley respectiva o emitir el decreto que corresponda, situación ante la cual dejan de ser aplicables las bases o principios generales de operación dictados por el tribunal.

2. *En el orden jurídico federal*

Si bien no está prevista en la normativa constitucional federal, en la jurisprudencia de los tribunales federales mexicanos, el tema de la omisión legislativa ha sido abordado ya. Tradicionalmente

⁵⁹ La sentencia aditiva “se da cuando el tribunal no se limita a analizar el texto de la disposición o disposiciones para extraer la norma inconstitucional, distinguiéndola de las que son conformes a la Constitución, sino que llega, una vez declarada inconstitucional cierta norma positiva o negativa construida mediante la interpretación, a crear una norma, por adición o sustitución, de signo opuesto a la declarada inválida”. *Cfr.* Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, trad. de Javier Jiménez Campos, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 52.

los tribunales federales han utilizado términos como *silencio del legislador*, *omisión del legislador*, *omisión de la ley* o *silencio de la ley* para referirse a lo que se conoce de manera común como “laguna de la ley”.!60 □ Sepuedencitaralgunosejemplos:

[a)] Cuando una de las partes del juicio de tercería que deriva de un juicio ejecutivo mercantil, pierde en ambas instancias, procede condenarla al pago de las costas del proceso, a pesar de que en los artículos 1081 a 1089 del Código de Comercio que regulan dicha institución, no haya reglamentación a cuando se intenta la tercería excluyente en el juicio mercantil ejecutivo sin obtener sentencia favorable, pues al surtir la hipótesis de condenación forzosa en los juicios mercantiles ejecutivos a que aluden la fracción III y IV, del numeral 1084 del propio ordenamiento, y ante la aludida *omisión o silencio del legislador*, de acuerdo al precepto 1324 de la ley mercantil, se debe acudir a la fuente integradora del derecho, como sería uno de sus principios generales que, reza: ‘DONDE HAY LA MISMA RAZÓN, HAY EL MISMO DERECHO’...;!61 □

[b)] *La omisión del legislador* ordinario en cuanto a reproducir determinados requisitos o condiciones que constitucionalmente rigen un específico acto de autoridad no implica contravención a la Norma Fundamental, sino en todo caso un vacío legislativo que debe integrarse con lo dispuesto en otras disposiciones de observancia general;!62 □

[c)] Tal es el espíritu del artículo 365 del Código Federal de Procedimientos Civiles al establecer, en lo conducente, que el proceso debe suspenderse cuando alguna de las partes o su representante procesal, en su caso, sin culpa alguna suya se encuentre

60 “En la literatura jurídica se entiende por ‘laguna del derecho’ la circunstancia en que un orden jurídico determinado no existe disposición aplicable a una cuestión jurídica (caso, controversia). Esta situación enfrentan los órganos jurídicos aplicadores cuando no existen disposiciones directamente aplicables a cuestiones de su competencia, *i. e.*, cuando enfrentan situaciones no previstas”. Cfr. varios autores, *Diccionario jurídico mexicano*, I-O, 12a. ed., Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, t. III, p. 1921. Otra definición: “el sistema [jurídico] presenta una laguna siempre que un caso concreto no pueda ser resuelto de ningún modo sobre la base de normas preexistentes en el sistema”, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa, 2000, p. 84.

61 Cfr. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. IV, agosto de 1996, p. 96, tesis: 1a./J. 17/96.

62 Cfr. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. XI, mayo de 2000, p. 300, tesis: 2a. XXXIII/2000.

en la absoluta imposibilidad de atender al cuidado de sus intereses en el litigio. Espíritu que debe prevalecer ante la *omisión del legislador* en materia laboral, con base en los principios generales de derecho aplicados supletoriamente conforme al artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, a fin de encontrar soluciones particularmente justas y equitativas;!63 □

[d)] Ahora, si bien el artículo 123 del código tributario, no prevé ningún requerimiento para el gobernado, tampoco consigna ninguna prohibición para que dicha prevención se realice, por lo que puede operar la aplicación supletoria del precepto del Código Federal de Procedimientos Civiles, antes citado, para integrar una *omisión de la ley*;!64 □

[e)] Es verdad que ante la *omisión de la ley* de establecer en qué momento surten efectos las notificaciones, en aquellos casos en que no proceda supletoriedad alguna, se debe recurrir a los principios generales de derecho;!65 □

[f)] La jurisprudencia es fuente del derecho, por tanto no hay razón para pensar que la Suprema Corte no pudiera ejercer la función de suplir las lagunas y deficiencias del orden jurídico positivo, al fijar, por *omisión de la ley*, en la tesis jurisprudencial 75 de la Cuarta Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917 a 1985, el término de diez días para que el arrendador se oponga a la continuación del arrendamiento;!66 □

[g)] Aun cuando la Ley Agraria no establezca en forma expresa en alguno de sus numerales la obligación de los Tribunales Agrarios de suspender la audiencia cuando el actor, ante la ausencia del demandado amplíe su demanda, el *silencio de la ley* no puede servir de base para considerar que no procede la suspensión de la audiencia relativa en la hipótesis antes mencionada, porque de ser así, se estaría aceptando que, sin ser el demandado debidamente notificado de los nuevos actos esgrimidos por el actor, se le declare confeso, sin cederle la oportunidad de preparar su defensa en con-

63 Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, agosto de 1997, p. 757, tesis: IV.4o.3 L.

64 Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, marzo de 1994, p. 315, tesis: aislada.

65 Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, enero de 1993, p. 284, tesis: aislada.

66 Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, segunda parte-2, enero a junio de 1990, p. 593, tesis: aislada.

tra de los actos novedosos, lo que contravendría y haría nugatorio el principio que se deriva de lo dispuesto por el artículo 170, en relación con el 178, ambos de la Ley Agraria, en los cuales se establece la obligación de correr traslado al demandado con copia de la demanda al menos diez días antes de la celebración de la audiencia del juicio, lo que hace patente la intención del legislador en el sentido de garantizar que dicha parte pueda preparar su defensa en forma adecuada y oportuna, pues proceder de otra forma, dejaría al demandado en completo estado de indefensión, ya que sin tener noticia previa de lo reclamado, se le estaría declarando confeso.⁶⁷ □

Según se señaló arriba, este tipo de omisiones legislativas han recibido el nombre de relativas o parciales, pues el legislador actúa, crea la ley, pero no incluye entre sus supuestos de aplicación algunos que se presentarán al momento de aplicarla, y que por la misma o mayor razón deben ser regulados tal cual están los previstos expresamente por la ley.

La Suprema Corte de Justicia se ha ocupado ya del tema de la omisión legislativa, entendida ya como inactividad normativa del órgano legislativo, tanto en el caso de la falta de desarrollo legislativo de un derecho individual constitucionalmente consagrado como tratándose de omisiones legislativas que no causan un agravio personal y directo.

El 31 de diciembre de 1994 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el cual se reformó el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que las resoluciones sobre el no ejercicio y sobre el desistimiento de la acción penal dictadas por el Ministerio Público podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley. Se crea así una regla general que es aplicable tanto a nivel federal como estatal. Dicha impugnación por vía jurisdiccional no obsta para que se establezcan procedimientos administrativos de revisión de las decisiones de los agentes del Ministerio Público por parte del procurador respectivo.

⁶⁷ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. V, mayo de 1997, p. 602, tesis: V.1o.21 A.

El legislador federal había omitido!⁶⁸ expedir la ley o modificar las existentes con el fin de hacer operativo este derecho de los individuos. Sin embargo, los afectados por una decisión del Ministerio Público consistente en el no ejercicio o desistimiento de la acción penal habían intentado ejercer el derecho constitucional con que cuentan, y habían utilizado el juicio de amparo indirecto para tal efecto, argumentando que se les violaba una “garantía individual”. Los juzgados de Distrito y los tribunales Colegiados de Circuito que conocieron de los diferentes casos establecieron, a través de sus decisiones, criterios distintos, que se resumen básicamente en dos posiciones contradictorias:

- a) Contra el no ejercicio o desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público, es procedente el juicio de amparo indirecto en virtud de que, a pesar de no existir la ley a la que hace mención el artículo 21 constitucional, en el mismo se consagra un derecho del individuo, siendo el amparo el mecanismo de garantía de tal derecho. Esta posición se apoya en el precedente de la primera sentencia de amparo.⁶⁹
- b) Contra el no ejercicio o desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público, no es procedente el amparo, ya que la no reglamentación del derecho individual “de ninguna manera implica la procedencia del juicio de amparo, fundamentalmente porque el legislador no estableció que un órgano de control constitucional sea la autoridad competente para analizar el acto de que se trata, además de que no está precisado en alguna ley ordinaria que sea aplicable al caso a quien se legitima para exigir el respeto de la garantía individual que establece tal precepto”.⁷⁰

⁶⁸ La Ley de Amparo fue reformada (9 de junio de 2000) al adicionársele una fracción VII al artículo 114, haciendo procedente el juicio de amparo directo contra las referidas resoluciones del Ministerio Público.

⁶⁹ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. III, junio de 1996, p. 759, tesis: I.3o.P.7 P; cfr. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. IV, agosto de 1996, p. 619, tesis: IV.1o.1 P.

⁷⁰ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. IV, noviembre de 1996, p. 393, tesis: IV.3o.11 P.

El texto constitucional dice, textualmente, lo 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”. Éste es el cuarto párrafo del artículo 21 de la Constitución, que se ubica en el título primero, capítulo I. De las Garantías Individuales. Los criterios señalados dieron origen a una contradicción de tesis que finalmente fue resuelta por el Pleno de la Suprema Corte.⁷¹ En el fondo, este conflicto de criterios interpretativos tenía su origen en la definición de la naturaleza de la norma constitucional en estudio. Es posible sostener la procedencia del amparo argumentando que el párrafo cuarto del artículo 21 de la Constitución federal consagra una norma constitucional autoaplicativa,⁷² es decir, que “produce efectos jurídicos frente a algunos de sus destinatarios, por sí misma, sin requerir un acto intermedio de aplicación”, de tal forma que al iniciar la vigencia de esta norma los gobernados derivan en forma inmediata y directa un derecho constitucional y las autoridades deberes específicos.⁷³

Sin embargo, todo parece indicar que el argumento utilizado por los órganos jurisdiccionales para hacer procedente el amparo en este caso es otro: el texto de la Constitución ya citado es considerado fuente de una norma constitucional *de principio*, la que, como se anotó anteriormente, es aquella que precisa, inicialmente, una actividad de concreción por parte del órgano legislativo consistente en el establecimiento de otras normas (secundarias) para hacerla operativa en situaciones particulares. Sin embargo, la ausencia de actividad del órgano legislativo no impide que otros órganos normativos, principalmente los encargados de la interpreta-

71 Cfr. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. XII, noviembre de 2000, p. 361, tesis: P./J. 114/2000.

72 “En este caso la situación jurídica existe ya con la mera presencia de la norma constitucional. Es el supuesto más evidente de eficacia directa de la Constitución. El silencio del legislador no tiene relevancia alguna, pues no podrá producir normas que desplacen a la constitucional... [la norma constitucional] despliega toda su eficacia directa en lo que hace a su contenido normativo”. Cfr. Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad...*, cit., nota 33, p. 60.

73 Cfr. Arellano García, Carlos, *El juicio de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1983, p. 571.

ción constitucional, puedan concretar dicho principio, puesto que éste existe en el sistema constitucional, tiene plena vigencia, y tan sólo requiere volverse aplicable a situaciones concretas, particulares, labor que bien puede realizar el juzgador sin que medie obra legislativa. Es más, éste sería, en aras del principio de supremacía constitucional, un deber del juzgador de constitucionalidad.⁷⁴ □

La Suprema Corte de Justicia, en la sentencia que puso fin a la contradicción de tesis 18/98-PL, sostuvo que la reforma señalada al artículo 21 constitucional dio origen a una garantía individual, puesto que se establece un:

Derecho que la Constitución garantiza al gobernado frente a la autoridad, la que, por consecuencia se ve limitada en su función, [y] *el respeto a esa garantía individual no puede considerarse postergado o sujeto a la condición suspensiva de que se emita la disposición legal que reglamente el instrumento para impugnar por la vía jurisdiccional ordinaria la determinación de mérito, puesto que, en principio, ante la vigencia de la disposición constitucional relativa, la protección del derecho garantizado es inmediata, ya que, en el caso, no se requieren medios materiales o legales diferentes de los existentes para que la autoridad cumpla cabalmente, desde luego, con el mandato constitucional de investigar y perseguir los delitos, además, porque existe un medio para controlar directamente el cumplimiento de esas funciones, que es el juicio de amparo, como medio de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad...* Arribar a una postura que sobre el particular impida la procedencia del juicio de amparo, 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 dispuesto por los artículos 103 y 107 del pacto federal, es procedente contra leyes o actos de autoridad que violen garantías individuales.⁷⁵ □

Es así como el juicio de amparo indirecto funciona como medio para hacer efectivos los derechos individuales consagrados en la Constitución, evitando que la ausencia de reglamentación eluda que tales derechos puedan ser ejercidos por los titulares; de esta

⁷⁴ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 26, p. 84.

⁷⁵ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, noviembre de 2000, p. 361, tesis: P./J. 114/2000.

manera, “más que la elaboración de las disposiciones reglamentarias”, la intervención de los juzgadores federales mediante el juicio de amparo indirecto “pretende la realización del acto, a fin de que de esta manera se transforme el derecho abstracto en una situación concreta”.⁷⁶ Al operar de esta manera se notan semejanzas entre el amparo mexicano y el *mandado de injunção* brasileño y el *writ of mandamus* angloamericano.

Se ha sostenido que entre los operadores jurídicos mexicanos está fuertemente extendido y arraigado el *vicio constitucional* de “pensar que los derechos constitucionales no existen mientras no se reglamentan”, lo cual conduce a una derogación *de facto* de tales derechos mediante la inactividad del legislador.⁷⁷ Por ello es que cobra relevancia la intervención del Poder Judicial de la Federación, en su papel de guardián de la Constitución. No es probable, entonces, que existan mayores resistencias a la actividad protectora de los tribunales federales ante las inconstitucionalidades que se presenten por omisiones legislativas. Cabría preguntarse si el propio amparo puede ser utilizado como mecanismo de protección de los derechos “sociales” o “colectivos” cuando se vean vulnerados por la inactividad normativa del legislador.⁷⁸ Al respecto, remítase el lector interesado al interesante debate suscitado en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia al tratarse el asunto del derecho a la información.⁷⁹

En el amparo en revisión 961/97 también se trató la cuestión relativa a la procedencia del amparo contra las decisiones del Ministerio Público de no ejercer o desistir de la acción penal. Sin embargo, el quejoso en esa oportunidad solicitó también el amparo de la justicia federal contra la omisión del legislador ordinario de

⁷⁶ Cfr. Sidou, Othon J. M., *op. cit.*, nota 43, p. 174.

⁷⁷ En opinión de Guillermo Guzmán Orozco, ex ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación “es inexacto que una garantía constitucional no otorgue derecho alguno a los gobernados, sino que sólo le imponga al Gobierno la obligación de legislar, lo que implica que si no le viene en gana hacerlo o hacerlo en forma sesgada, el precepto constitucional queda derogado *de facto*”. Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El derecho a la información*, México, 2000, p. 10.

⁷⁸ Cfr. Martínez Andreu, Ernesto, “La posibilidad de que el Poder Judicial reglamente derechos sociales”, *Pandecta, Revista de los Alumnos de la Escuela Libre de Derecho*, México, 3a. época, núm. 4, marzo de 2001.

⁷⁹ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 77.

expedir una ley o de armonizar un ordenamiento legal a una reforma constitucional. Es decir, se planteó el problema ya no de hacer efectivo un derecho individual consagrado en la Constitución, sino el consistente en que el legislador no había emitido la ley o adecuado la existente a una reforma constitucional.

En tal situación, el máximo tribunal federal decidió que:

No es procedente el juicio de garantías, en virtud de que según lo dispuesto por el artículo 107, fracción II, de la Constitución General de la República y, correlativamente, por el artículo 76 de la Ley de Amparo, que establecen 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 en el caso impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, en virtud de que socapa del respeto a la garantía individual, que ya se dijo consagra el párrafo cuarto del artículo 21 de la Carta Magna, no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar la advertida omisión, esto es, a legislar la vía jurisdiccional ordinaria para impugnar las resoluciones del Ministerio Público respecto del no ejercicio de la acción penal, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria constitucional, 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.⁸⁰

Este criterio se aplicó casi de manera idéntica al resolverse el amparo directo 2632/98 en el cual el quejoso presentó como concepto de violación:

⁸⁰ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, diciembre de 1997, p. 181, tesis: P. CLXVIII/97.

TERCERO. La Asamblea de Representantes del Distrito Federal a pesar de tener facultades expresas para legislar en materia civil en el artículo 122, Base Primera, fracción V inciso h), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo lo cual la obliga a legislar para emitir el Código Civil y de Procedimientos Civiles, por lo que al aplicarme una legislación expedida por el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias, es claro que se está invadiendo en mi perjuicio la esfera de atribuciones de la legislatura local. Debe aplicarse en mi caso, una ley que expida la legislatura local no la federal, por lo cual, la federación invade la esfera de competencia de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, al aplicarme una ley de esa naturaleza, se viola en mi perjuicio el artículo 16 constitucional, por falta de competencia.

Es importante resaltar que el Pleno de la Suprema Corte considera este agravio *fundado, pero inoperante*:

Puesto que, en primer término, debe insistirse en que la expedición de los códigos Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no es inconstitucional por el hecho de haberse otorgado facultades extraordinarias al Presidente de la República; por consecuencia, como el planteamiento de invasión de esferas se apoya en el argumento de que en el juicio de origen se aplicaron esos ordenamientos ante la omisión de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de legislar en esa materia, en términos del artículo 122, base primera, fracción V, inciso h), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es evidente que, en esas condiciones, la invasión de esferas competenciales se constriñe a la impugnación de la falta de emisión por el citado órgano legislativo local de los códigos correspondientes. Delimitada así la cuestión de invasión de esferas, como la aplicación de los códigos Civil y de Procedimientos Civiles para Distrito Federal expedidos por el Presidente de la República, ante la *omisión de legislar atribuida al referido órgano legislativo local*, debe considerarse la inoperancia del agravio a estudio, teniendo presente... los artículos 107, fracción II, constitucional, y 76 de la Ley de Amparo,

los cuales consigan el principio de relatividad de las sentencias de amparo, también conocido como *Fórmula Otero*.!81□

Es de hacer notar que el criterio jurisprudencial señalado con-
signa que cuando en la demanda de amparo *directo* se impugna
la omisión de una legislatura consistente en la no expedición de
una determinada codificación u ordenamiento no es posible ana-
lizar tal asunto, no por otra cosa, sino debido a los efectos que
puede tener la sentencia que determinara, en su caso, la incons-
titucionalidad de tal omisión. De esta forma, tampoco es proce-
dente el amparo *indirecto* para examinar la inconstitucionalidad por
omisión legislativa, pues también para éste rige el principio de
relatividad de la sentencia. Hay que tener presente que en el caso
examinado, la omisión legislativa no tiene como objeto un derecho
individual constitucionalmente consagrado, sino una *facultad* del ór-
gano. Y, como sucede en el caso concreto, el no ejercicio de la
facultad legislativa por el órgano titular de la misma *puede llegar a*
ser constitutiva tanto de un agravio personal y directo, como de una afectación
general y difusa, sin embargo el juicio de amparo, en general, no
puede solucionar el problema de inconstitucionalidad porque el
efecto de la sentencia sería *erga omnes*.

Es entonces necesario preguntarse si en el ordenamiento constitu-
cional vigente a nivel federal existe un mecanismo procesal seme-
jante a la omisión legislativa veracruzana o a la acción de incons-
titucionalidad por omisión brasileña. Sobre todo un mecanismo que
derive en una sentencia que pueda llegar a tener efectos generales,
puesto que sólo así se subsanaría el defecto del amparo en este
tipo de situaciones. Lo primero que hay que considerar es si la con-
troversia constitucional o la acción abstracta de inconstitucional-
dad, instituidas en el artículo 105 de la Constitución, pueden servir
para enmendar una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Las controversias constitucionales son “procedimientos plantea-
dos en forma de juicio ante la Suprema Corte de Justicia de la
Nación”,!82□quetienencomoobjeto:

81 Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, p. 40, tesis: P. LXXX/99.

82 Cfr. Castro y Castro, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 61.

- Solucionar conflictos que, con motivo de la constitucionalidad o legalidad de normas generales o individuales (“actos no legislativos”), se susciten entre:⁸³□
 - a) Distintos órdenes jurídicos.
 - b) Órganos de distintos órdenes jurídicos.
 - c) Órganos del mismo orden jurídico.
- O bien “la resolución de diferencias contenciosas sobre límites de los Estados” o el “arreglo de límites entre Estados que disienten”.⁸⁴□
- Todo ello con la finalidad de “preservar el sistema y la estructura de la Constitución Política”.⁸⁵□

Por su parte, las acciones de inconstitucionalidad pueden ser definidas como los procedimientos instaurados ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por “determinados órganos o fragmentos de órganos, o los órganos directivos de determinadas personas morales (partidos políticos) reconocidos constitucionalmente como de interés para la sociedad”,⁸⁶□medianteloscualestaltribunal examinará, en abstracto, la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, con la finalidad de “garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental”.⁸⁷□

La propia Suprema Corte ha señalado jurisprudencialmente las diferencias entre las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad:

Si bien es cierto que la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad son dos medios de control de la constitucionalidad, también lo es que cada una tiene características particulares que las diferencian entre sí; a saber: a) en la controversia constitucional, instaurada para garantizar el principio de división de poderes, se plantea una invasión de las esferas competencias estableci-

⁸³ Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 58, p. 12.

⁸⁴ Castro y Castro, Juventino V., *op. cit.*, nota 82, p. 61.

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 58, p. 20.

⁸⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio...*, *cit.*, nota 13, p. 87.

das en la Constitución, en tanto que en la acción de inconstitucionalidad se alega una contradicción entre la norma impugnada y una de la propia Ley Fundamental; b) la controversia constitucional sólo puede ser planteada por la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal a diferencia de la acción de inconstitucionalidad que puede ser promovida por el procurador general de la República, los partidos políticos y el treinta y tres por ciento, cuando menos, de los integrantes del órgano legislativo que haya expedido la norma; c) tratándose de la controversia constitucional, el promovente plantea la existencia de un agravio en su perjuicio en tanto que en la acción de inconstitucionalidad se eleva una solicitud para que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación realice un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma; d) respecto de la controversia constitucional, se realiza todo un proceso (demanda, contestación de demanda, pruebas, alegatos y sentencia), mientras que en la acción de inconstitucionalidad se ventila un procedimiento; e) en cuanto a las normas generales, en la controversia constitucional no pueden impugnarse normas en materia electoral, en tanto que, en la acción de inconstitucionalidad pueden combatirse cualquier tipo de normas; f) por lo que hace a los actos cuya inconstitucionalidad puede plantearse, en la controversia constitucional pueden impugnarse normas generales y actos, mientras que la acción de inconstitucionalidad sólo procede por lo que respecta a normas generales; y, g) los efectos de la sentencia dictada en la controversia constitucional tratándose de normas generales, consistirán en declarar la invalidez de la norma con efectos generales siempre que se trate de disposiciones de los Estados o de los Municipios impugnados por la Federación, de los Municipios impugnados por los Estados, o bien, en conflictos de órganos de atribución y siempre que cuando menos haya sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de los Ministros de la Suprema Corte, mientras que en la acción de inconstitucionalidad la sentencia tendrá efectos generales siempre y cuando ésta fuere aprobada por lo menos por ocho Ministros. En consecuencia, tales diferencias determinan que la naturaleza jurídica de ambos medios sea distinta.⁸⁸

⁸⁸ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, p. 965, tesis: P./J. 71/2000.

Según Cossío, la controversia constitucional procede únicamente contra lo que denomina omisiones relativas, puesto que:

Mientras el órgano del cual se reclame la omisión no ejercite sus facultades, no es posible demandarle una actuación, pues ello implicaría que la Suprema Corte terminara por sustituirle en el ejercicio de las facultades del órgano de que se trate. Por el contrario, cuando se estima que el órgano ha incurrido en su actuar en una omisión respecto de lo ordenado por una norma superior —Constitución o no—, puede llevarse a cabo el control de regularidad, pues ahí la omisión sí puede constituirse en el contenido de la declaración de invalidez.⁸⁹

Como se anotó arriba las omisiones legislativas relativas se acercan a lo que tradicionalmente se conoce como “laguna de la ley”, es decir, el legislador actúa, crea la ley, pero lo hace de manera defectuosa, a criterio del juzgador constitucional. Pero el objeto del presente trabajo es responder a la pregunta ¿qué hacer cuando el legislador, existiendo altas probabilidades de que legisle, no lo hace? Al parecer el problema consistente en la omisión legislativa relativa, según se desprende de la jurisprudencia federal, no es tan difícil de resolver. Pero ¿qué sucede ante la omisión absoluta?

Los mecanismos de protección de la Constitución federal no ofrecen, en apariencia, posibilidades de utilidad para impugnar la omisión legislativa absoluta. No es viable proponer reformas. Más bien sería adecuado esperar el desarrollo de la institución en Veracruz y estudiar a profundidad el derecho comparado, realizando al mismo tiempo una valoración sobre la utilidad de instituciones como el *mandado de injunção* y la acción de inconstitucionalidad por omisión. El estudio y el análisis no debe ser actividad sólo del órgano Legislativo o del Ejecutivo, sino también del Judicial, pues aunque éste no puede modificar los textos normativos, sí puede, mediante su labor de interpretación, modificar el sentido de los mismos, de forma tal que, en aras del principio de supremacía constitucional y de su función como guardián del derechos indi-

89 Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 58, pp. 13 y 14.

viduales y de la Constitución toda, pueda, paso a paso, hacer de la nuestra una Constitución normativa.

VI. CONCLUSIÓN

La inactividad legislativa del legislador puede llegar a constituir una infracción a la Constitución al crear situaciones normativas contrarias a ésta, principalmente por la falta de desarrollo de algún precepto constitucional. Esta inactividad puede llegar a afectar la plena vigencia de la Constitución, por lo que deben crearse mecanismos procesales idóneos para dar solución a la problemas que la ausencia de vigencia plena de la norma constitucional puede acarrear. En este sentido, es preciso distinguir entre situaciones normativas contrarias a la Constitución creadas por la inactividad legislativa del Poder Legislativo que afectan derechos públicos subjetivos y aquellas que, sin llegar a constituir un agravio personal y directo a algún individuo, afectan la plena vigencia de la Constitución. El derecho extranjero (Estados Unidos de América, Portugal, Brasil, Argentina, etcétera) ha desarrollado instituciones de derecho procesal constitucional distintas para esas situaciones; por un lado un mecanismo de tutela de derechos públicos subjetivos que permite, mediante la intervención del juez, el ejercicio del derecho afectado por la omisión legislativa, que recibe diversos nombres (*writ of mandamus*, *mandado de injunção*, por ejemplo), función que en México ha desarrollado exitosamente el amparo desde sus orígenes; por el otro lado, en el extranjero se ha creado una acción difusa para revisar la constitucionalidad de las omisiones legislativas, cuando la afectación a la vigencia de la Constitución no implica un agravio directo a un individuo, similar a la acción de inconstitucionalidad prevista en el ordenamiento federal mexicano.

Esta última modalidad del mecanismo de revisión de la constitucionalidad de las omisiones legislativas del Poder Legislativo reviste una seria importancia por la problemática que plantea la solución que la judicatura ofrezca a la inconstitucionalidad: creación del ordenamiento jurídico ausente, creación de reglas generales de operación o recomendación al órgano omiso.

En el ordenamiento jurídico federal mexicano no existe un mecanismo que solucione este tipo de situaciones, a pesar de que se ha introducido la figura de la acción de inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento jurídico del Estado de Veracruz. Es por tanto necesario que, tomando en consideración nuestra historia constitucional reciente, se incluya este tema en el debate sobre la nueva Constitución (o constitucionalidad) federal mexicana.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El tribunal constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Público*, España, núm. 24, 1987.
- AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, España, núm. 8, enero-abril de 1991.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, “Norma jurídica”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2000.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *El juicio de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1983.
- BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto y BÁEZ SILVA, Carlos, “El sistema político inglés (un análisis institucional)”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, t. XLIX, enero-abril de 1999, núms. 223-224.
- BÁEZ SILVA, Carlos, “Algunos aspectos sobre el control del poder político en México”, *Iniciativa. Revista del Instituto de Estudios Legislativos de la Legislatura del Estado de México*, Toluca, año 2, núm. 4, julio-septiembre de 1999.
- BAZÁN, Víctor, “Inconstitucionalidad por omisión: la experiencia brasileña y un ejemplo a tener en cuenta por el derecho argentino”, *Entre Abogados*, Argentina, año IV, núm. 8 enero-abril de 1996.

- BIDART CAMPOS, Germán José, “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *Anuario Jurídico*, México, UNAM, 1979.
- , “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *La Justicia*, México, t. XXVI, núm. 601, mayo de 1980.
- BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, 3a. reimpr., trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- CAPELLA, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Madrid, Trotta, 1999.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997.
- CERRONI, Umberto, *Política. Método, teorías, procesos, sujetos, instituciones y categorías*, trad. de Alejandro Reza, México, Siglo XXI Editores, 1992.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Constitución, tribunales y democracia*, México, Themis, 1998.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 6a. ed., Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1975.
- ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, trad. de Mónica Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica-Collegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública A. C., 1999.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, *Revista de Estudios Políticos*, España, núm. 81, julio-septiembre de 1993.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La Constitución y su defensa”, en varios autores, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.
- , *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Centro de Estudios Constitucionales México Centroamérica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Corte de Constitucionalidad, República de

- Guatemala, 1998, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 12.
- FLORES MENDOZA, Imer Benjamín, “Derecho y poder en la defensa e ingeniería de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXI, núm. 92, mayo-agosto de 1998.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 36a. ed., México, Porrúa, 1984.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa, 2000.
- HELLER, Hermann, *La soberanía*, trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM, 1965.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1970.
- MARTÍNEZ ANDREU, Ernesto, “La posibilidad de que el Poder Judicial reglamente derechos sociales”, *Pandecta, Revista de los Alumnos de la Escuela Libre de Derecho*, México, 3a. época, núm. 4, marzo de 2001.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Francisco, *El control interno de las Constituciones de los estados de la República Mexicana. Perspectiva de un nuevo federalismo*, México, Porrúa, 1998.
- MONTESQUIEU, Carlos María de Secondat, Barón de, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1987.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos, “La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad”, *Revista Jurídica de Perú*, año XXXIX, núms. III-IV, julio-diciembre de 1988.
- , “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1999.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, trad. de Javier Jiménez Campos, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- RABASA, Óscar, *El derecho angloamericano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944.
- SIDOU, Othon J. M., “Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: *mandado de injunção* y *habeas data*”, trad. de Héctor Fix-Zamudio, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXIV, núm. 70, enero-abril de 1991.

- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El derecho a la información*, México, 2000.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 25a. ed., México, Porrúa, 1991.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- , “L’inconstituzionalita per omissione dei silenzi del legislatore”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Italia, año XLI, fasc. 6, noviembre-diciembre de 1996.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “La Constitución y sus normas”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2000.
- ZALDÍVAR, Arturo, “El juicio de amparo y la defensa de la Constitución”, en COSSÍO DÍAZ, José Ramón y PÉREZ DE ACHA, Luis M. (comps.), *La defensa de la Constitución*, México, Distribuciones Fontamara, 1997.