

Luis Octavio Vado Grajales

Omisión legislativa y cuestión de constitucionalidad en el ámbito local

Dedicado a Rebeca y a Luis Octavio, por su fuerza y por su llegada

PRELIMINAR

Este trabajo se compone de dos ensayos, el primero sobre la omisión legislativa y el segundo sobre la cuestión de constitucionalidad, ambos desde la perspectiva del constitucionalismo local, hilo conductor que los enlaza.

I. LA OMISIÓN LEGISLATIVA. CUANDO FALTAN LAS NORMAS

A. Planteamiento del tema

El objetivo de este apartado es resaltar cómo, en el caso de la omisión legislativa¹ en el derecho constitucional local, debemos atender a dos posibilidades que se presentan en la práctica y la teoría: la omisión a un mandato originado en la Constitución nacional y la omisión a un mandato originado en la Constitución local.

¹ Al no ser este un trabajo general sobre la omisión legislativa, no ofrezco una definición acabada de dicho instituto. Pero, a efectos más bien de descripción, considero como tal la abstención del legislador para crear normas jurídicas de su competencia en materia o asuntos que la Constitución (federal o local) le atribuye. Así, considero importante señalar que "... el silencio se convierte en inconstitucional cuando tiene por efecto no introducir poder público allá donde la Constitución lo exige o introducirlo donde lo prohíbe, bien como consecuencia directa del silencio legislativo (...), o indirecta, al dar cobertura a actos de creación o aplicación del derecho que frustran la orden constitucional". MARTÍNEZ ESTRADA, Ricardo Manuel, "El control constitucional de la aquiescencia del legislador por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 5, enero-junio 2006, p. 327.

Así, será también objeto de análisis qué ámbito de gobierno deberá ocuparse de dicha omisión, señalando desde este momento que la justicia constitucional nacional tiene graves problemas prácticos para enfrentarse a la omisión.

De esta forma, no será nuestro tema de estudio agotar la regulación específica del instituto,² o proponer el régimen procesal a que se deben someter dichos litigios; ni la discusión acerca de una indebida limitación al Poder Legislativo, o un supuesto *gobierno de los jueces*.³

Parto desde luego de una concepción normativa de Constitución, presuponiendo que, si existe la posibilidad de control de la omisión legislativa del legislador local, es porque considero que las normas que contiene una Constitución⁴ son obligatorias.

Considero también que la ley es un elemento indispensable en el sistema normativo, desde la perspectiva de que los mandatos constitucionales deben ser desarrollados, en muchas ocasiones, por una norma inferior, intermedia así entre la actuación de la autoridad o los particulares y las disposiciones de la norma suprema.⁵

Las constituciones, señaladamente la federal, contienen en ocasiones mandatos directos al legislador; de hecho, la potestad legislativa debe ser vista más

² Además de diversos cuerpos normativos, puede verse la propuesta que, para el Estado de Guerrero, plantea David Cienfuegos Salgado, así como el análisis y explicación de la misma, que contiene su ensayo “Una propuesta para la justicia constitucional local en México”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 4, julio-diciembre 2005, pp. 115-133, especialmente 131 a 132.

³ Considero que la discusión no es tanto el posible gobierno de los jueces, que se desprende de la concepción de la Constitución como documento normativo, dotado de superioridad sobre la legislación común. El problema de fondo es justamente la concepción de la Constitución, si se estima como un conjunto de decisiones no sujetas a la decisión mayoritaria, o si se cuestiona dicha idea. Vid. MARMOR, ANDREI, “Are constitutions legitimate?”, *Problema, anuario de filosofía y teoría del derecho*, número 1, 2007, México, IIJ.

⁴ Incluso una Constitución local, aunque considero que en dicho caso el uso del término constitución es, en realidad, totalmente convencional y derivado de la costumbre, dado que dicha norma no goza de todas las características de una auténtica Constitución. Esto no implica una apreciación valorativa, dado que desde luego son documentos fundamentales cuyo estudio debe fomentarse, es un reconocimiento a una realidad.

⁵ “... la existencia de un determinado tipo de normas constitucionales (los encargos al legislador, como les hemos denominado en otro lugar) que requieren un concreto y ulterior desarrollo por parte del legislador ordinario para ver completa su eficacia”, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz-Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto”, *Justicia constitucional local*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Rodolfo VEGA HERNÁNDEZ (coordinadores), FUNDAP, México, 2003, p. 145. El texto entre paréntesis es del autor citado.

como una atribución que como una simple facultad. En ocasiones, el mandato es absolutamente directo incluso al legislador local.

Cuando el legislador omite cumplir con el mandato, nos encontramos en presencia de una omisión legislativa, misma que se determina por la existencia del primero y la falta voluntaria de su cumplimiento.⁶

Debe distinguirse con claridad entre la omisión constitucional y la omisión legislativa, la primera se presenta cuando la máxima norma no regula un supuesto, y la segunda cuando el legislador no cumplió con un mandato expreso en la Constitución de legislar sobre determinado asunto, dando lugar a lo que también se llama *laguna institucional*.⁷

Tenemos un ejemplo en el artículo 117, fracción IX, segundo párrafo, que dice:

El Congreso de la Unión, y las legislaturas de los Estados dictarán, desde luego, leyes encaminadas a combatir el alcoholismo

Como podemos ver, es un mandato directo que puede ser obedecido o ignorado tanto por los legisladores federales como por los locales.

Se tiene también otros casos en los que se establece la necesidad de legislar respecto de los cuerpos deliberativos locales, por ejemplo, la fracción II del artículo 115, señala el objetivo de las leyes que podrán expedir los legisladores locales en materia de municipios, ocupándose en las mismas sobre asuntos tales como las bases de la administración pública y del procedimiento administrativo. La fracción V del mismo artículo habla también de las leyes locales en materia municipal para diversos asuntos, tales como el desarrollo urbano.

Por otra parte, las constituciones locales plantean también obligaciones directas al legislador local. Esto se puede ejemplificar con el artículo 17 fracción I, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Querétaro, que establece la atribución al legislador local para expedir la Ley Orgánica de la Legislatura.

Otro buen ejemplo se encuentra en el último párrafo del artículo 7º del cuerpo normativo en cita, que señala:

⁶ BÁEZ SILVA, Carlos, “Una definición del concepto ‘inconstitucionalidad por omisión’”, en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La justicia constitucional en las entidades federativas*, Porrúa, México, 2006, pp. 39-49.

⁷ SAGÜES, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, ASTREA, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 2004, p. 196.

La ley regulará las figuras de la participación ciudadana.

Como he tratado de hacer evidente con este ejemplo, el legislador local puede ser omiso en cumplir su obligación de legislar⁸ tanto respecto un mandato directo de la Constitución federal, como en el caso de la Constitución local. Ahora bien, el punto a definir es quién es el encargado de ocuparse de un posible proceso de omisión legislativa en ambos casos, ya sea un órgano local o uno federal.

Desde luego, un paso previo a la detección de la autoridad competente es determinar con precisión que exista la omisión. Esto resulta importante porque no es lo mismo la *falta de regulación* que la *incorrecta o incompleta regulación*.

Determinar lo anterior nos lleva a considerar que, de presentarse el segundo caso, no existe la omisión y por tanto su remedio procesal deberá ser otro.

B. Ámbito competente

Iniciaré por analizar el caso que me parece más sencillo: la omisión del legislador local respecto una obligación de legislar contenida en la Constitución local:

En dicho caso debe atenderse a lo dispuesto por las reglas de competencia que contiene nuestra Constitución, señaladamente a la contenida en los artículos 115, 116 y 124, que para efectos de este trabajo puede expresarse así:

Las entidades tienen el derecho de constituirse orgánicamente respetando los principios y mandatos constitucionales. Por tanto, tendrán un amplio margen de discreción para aplicarlos en su normatividad interna

Dicho razonamiento implica que el Constituyente local puede fijar las normas que considere pertinentes, con el marco más bien amplio que otorga la norma fundamental federal.⁹

⁸ “El legislador no ostenta libertad en cuanto a su decisión de actuar o de no actuar para proceder a este desarrollo, pues los encargos al legislador generan una obligación en este sentido, sino que su libertad habría que predicarla, dentro de la razonabilidad, respecto al momento de efectuar su ulterior intervención”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *ob. cit.*, p. 146.

⁹ Resulta aplicable esta frase: “... el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible”. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, décima tercera edición, traducción de Roberto J. Vernengo, p. 351.

Por consecuencia, podrá establecer mandatos al legislador ordinario. Pero, además, dado que el ámbito local está dotado de poder de decisión dentro del marco constitucional nacional, justamente en dicho ámbito se deberá juzgar si el legislador ordinario cumple o no con los mandatos de la carta local.

Estos argumentos fundamentan la justicia constitucional local orgánica en tanto a las normas inconstitucionales como a la omisión del cumplimiento del deber de legislar. Esto es, también fundamentan la competencia de las autoridades locales para conocer de omisión legislativa.

Si la regla en cita faculta a las entidades a dotarse de su régimen interno, y si dichas decisiones son desde luego locales, es claro que el control de las mismas, tanto en su aplicación como inaplicación, será una competencia de las autoridades locales.

Es más complicado el segundo supuesto, que constituye la omisión legislativa por parte del legislador local respecto de un mandato de la Constitución federal. Una primera respuesta podría ser que, en tal caso, el asunto deberá ser resuelto por los mecanismos de la justicia constitucional nacional; esto es, al ser una violación de la carta federal, no podría ser en el ámbito local en el que se resuelva el asunto, aun cuando se trate de una autoridad estadual.

En apoyo a la interpretación anterior pueden argüirse que la Suprema Corte, en un Estado federal, funciona como guardiana de la Constitución nacional, y por tanto le corresponde conocer sobre las omisiones en la materia.

El problema de este argumento no reside en sí mismo, sino en una cuestión procesal, dado que no está claro el mecanismo judicial para hacerla valer. Analicemos esto con cierta detención.

La primera posibilidad sería el amparo, medio de defensa constitucional privilegiado en nuestro país; sin embargo se han establecido criterios claros que hacen inviable el impugnar la omisión por su conducto.¹⁰ Me permito transcribirlos:

Registro No. 197222

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

VI, diciembre de 1997

¹⁰ Vid. PASTOR BADILLA Claudia, y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Eduardo, “La omisión legislativa en la protección de los derechos políticos”, *Justicia Electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, tercera época, vol. 1, núm. 2, 2008, pp. 275-291

Página: 180

Tesis: P. CLXVIII/97

Tesis Aislada

Materia(s): Común

LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL.

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

Amparo en revisión 961/97. Alberto Santos de Hoyos. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván.

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

Registro No. 182383

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, enero de 2004

Página: 1549

Tesis: IV.2º.A.56 A

Tesis Aislada

Materia(s): Administrativa

LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DE LA LEGISLATURA ESTATAL DE APROBAR Y EXPEDIR CUOTAS Y TARIFAS APLICABLES AL IMPUESTO PREDIAL PARA EL EJERCICIO FISCAL DOS MIL DOS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 115, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL.

Respecto de la omisión atribuida al Congreso del Estado de Nuevo León de dar cumplimiento al mandato constitucional de aprobar y expedir las cuotas y tarifas aplicables a impuestos, derechos, contribuciones de mejoras y las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que sirvan de base para el cobro de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria, es improcedente el juicio de garantías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con lo establecido en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la citada legislación ordinaria, en virtud de que, según el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, lo que impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, dado que no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, es decir, a legislar, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría obligar al Congreso local a emitir disposiciones generales, abstractas y permanentes en las que se contuvieran cuotas y tarifas, así como tablas de valores unitarios de suelo y construcciones, y que sirvan de base para el cobro del impuesto predial, lo cual 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 las normas emitidas, lo que resultaría apartado del principio de relatividad enunciado. Lo anterior, sin perjuicio de que el órgano de control constitucional atienda los conceptos de violación que combatan la constitucionalidad de las disposiciones reclamadas que contienen la mecánica del impuesto predial, precisamente por el indicado vicio.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 85/2003. Inmobiliaria Residencial Campestre Hípico, S.A. de C.V. 20 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Elías Gallegos Benítez. Secretaria: Nelda Gabriela González García.

Amparo en revisión 210/2003. Olga Canavati viuda de Tafich. 26 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Elías Gallegos Benítez. Secretaria: Nelda Gabriela González García.

Amparo en revisión 247/2003. Nora Patricia Albuerno de González y coags. 26 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Elías Gallegos Benítez. Secretaria: Nelda Gabriela González García.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, diciembre de 1997, página 180, tesis P. CLXVIII/97, de rubro: “LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL”.

De las tesis anteriores puede desprenderse como razonamiento el que los efectos relativos de la sentencia de amparo hacen imposible conceder la protección constitucional, ya que la reparación sólo sería posible mediante la expedición de una ley, lo que sería contrario al señalado principio.

Otra posibilidad sería la controversia constitucional, que sí puede tener efectos generales en ciertos casos. Pero tampoco es clara la solución, dado que, en primer lugar, los efectos generales de la misma se presentan cuando se impugnan normas generales, no su falta. Además que el criterio de la Suprema Corte ha sido variable en el tema.¹¹

Por último, nos queda la posibilidad de la acción de inconstitucionalidad. Pero creo que podemos excluirlo al tratarse de un proceso en que el objeto del control siempre es una norma, no su falta.

La segunda respuesta es que la omisión de legislar respecto de un mandato constitucional nacional por parte del legislador local debe estar encomendada al ámbito estadual.

Esto parte de suponer que, por lo general, cuando la Constitución nacional ordena o atribuye al legislador local la competencia de legislar, lo hace dentro del marco amplio con que cuenta el legislador local. Por ejemplo, en el caso del artículo 117 ya citado, se impone al ámbito local legislar en materia de combate al alcoholismo, pero fuera de ello, no se establece contenido específico alguno, esto es, la forma concreta en que se combatirá dicho vicio.

Así, por ejemplo, en ejercicio de su amplio espacio de decisión, el legislador local podría, por ejemplo, regular el asunto en una o varias leyes; establecer un mecanismo de asistencia gubernamental a los alcohólicos; regular de forma estricta la venta de vinos y licores, etc., esto es, tendrá una amplia gama de posibilidades.

¹¹ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La controversia Constitucional*, México, Porrúa, 2008, pp. 141-144.

En el caso de una omisión legislativa, aún cuando se refiera a una obligación derivada de la Constitución federal, no podemos obviar que se trata de un asunto que debe ser abordado en el ámbito local. Esto porque se atribuye a dicho espacio la decisión sobre los contenidos, y desde luego, el dejar de legislar es una decisión que toma la autoridad local que no ha desarrollado la norma superior dentro de su amplio espectro de posibilidades.

Es diverso el caso de que el legislador local creara una norma abiertamente inconstitucional, porque entonces sí, desde luego, serían los procesos de defensa constitucional federales los que deberían intervenir. Pero en la especie, el legislador local no ha establecido la legislación local, por lo que, de hecho, no se puede considerar que es inconstitucional su contenido.

Esto debe ser precisado. Desde luego, el legislador estadual, al omitir una norma a cuya creación está obligado, desobedece a un mandato. Pero el contenido no puede ser regulado o, mejor dicho, evaluado, por una instancia de tipo nacional, sino por una de ámbito local, pues es justamente en tal espacio en el que la norma obligada por la carta federal tomará contenido y deberá ser decidida.

Desde luego aquí nos encontramos nuevamente con el problema de los procesos para hacer valer la omisión, pues tal figura sólo está contemplada en las entidades de Chiapas, Coahuila, Quintana Roo, Tlaxcala y Veracruz.¹² Recientemente también en Querétaro.¹³

C. Conclusiones

La omisión legislativa se puede presentar, desde luego, referida a las constituciones nacional y local.

En el caso de los legisladores locales, como presupuesto para analizar este tema, debe reconocerse que el legislador local puede ser omiso respecto de mandatos contenidos en la carta federal, al igual que en la local.

Cuando hablamos de una omisión del legislador local respecto de la Constitución particular, no genera mayor problema reconocer que es competencia de una autoridad local conocer de dicha omisión.

Si se trata de una omisión del legislador local vinculada con un mandato de la Constitución federal, la respuesta no es tan clara, pues militan razones a

¹² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "La regulación de los mecanismos de control constitucional en las entidades federativas (esbozo comparativo)", en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *ob. cit.*, pp. 1058 y 1099-1101.

¹³ VADO GRAJALES, Luis Octavio, "La nueva justicia constitucional en el Estado de Querétaro"; *Lex difusión y análisis*, México, número 164, febrero de 2009, pp. 35-42.

favor de que el asunto sea competencia de la justicia constitucional nacional, pero también militan argumentos a favor de que sea atribución de la jurisdicción constitucional local.

Es necesario continuar dialogando y reflexionando acerca del instituto de la omisión legislativa en el espacio de lo local, ya que es un asunto que, en la práctica, se presenta, y que requiere un profundo estudio tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo.¹⁴

II. LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD LOCAL. CUANDO SE DUDA DE LAS NORMAS

A. Introducción

Dentro del amplio espectro de la justicia constitucional, uno de los institutos menos positivizados en nuestro país a nivel local e inexistente en la legislación nacional, es la cuestión de constitucionalidad. Podemos describirla como la consulta hecha por un juez inferior a un órgano judicial superior sobre la constitucionalidad de una disposición que debe aplicar en un caso concreto.

Esta manifestación de la justicia constitucional implica una colaboración entre las partes de un proceso judicial, el juez natural del mismo y el juez superior, que en funciones de juez constitucional resuelve en definitiva sobre la constitucionalidad de una ley puesta en duda.

El objetivo de este ensayo será establecer las características de la cuestión de constitucionalidad, realizar un ejercicio comparativo entre el único modelo acabado a nivel local que tenemos en el país junto con la regulación de dicho procedimiento en los casos italiano, alemán y español. Al final, se presentan algunas conclusiones en vista a su utilidad dentro del panorama de la justicia constitucional local en nuestro país.

B. Elementos y naturaleza de la cuestión de constitucionalidad

Realizaré el análisis de los elementos en los siguientes apartados:

1. Requisitos de fondo

¹⁴ Existe un muy interesante trabajo que pone en la picota la institución de la omisión legislativa. RUIZ MIGUEL, Carlos, "Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 2, julio-diciembre 2004, pp. 159-177. Varias son las críticas que se formulan en dicho trabajo, destacando la falta de legitimidad democrática. El ensayo ya citado de Martínez Estrada, sin mencionar a Ruiz de Miguel, se ocupa del punto, tratando de justificar la superioridad de la voluntad expresada en la Constitución.

2. Autoridades
3. Objeto del control
4. Procedimiento de control
5. Efectos del control

1. Requisitos de fondo

La duda a plantearse debe reunir dos elementos: En primer lugar, tiene que estar vinculada directamente con el asunto, eso es, ser una ley aplicable al caso. El segundo punto es que se arguya y sea razonable la duda sobre su constitucionalidad. La relevancia de la duda respecto al caso concreto es apreciada en dos ocasiones, la primera por el juez de la causa, la segunda por el juez constitucional.

¿Esta apreciación, particularmente por el juez natural, implica un prejuzgamiento?, considero que no, pues lo que debe determinar es si la norma es relevante para el caso, no su aplicación directa.

El segundo punto de análisis es la posibilidad de la inconstitucionalidad. Este punto resulta de particular relevancia porque sabemos que las leyes (normas) tienen a su favor la presunción de constitucionalidad, presunción ligada al paradigma positivista del derecho; así, cuando un juez estima la posible inconstitucionalidad de una norma aplicable a un caso, lo que está cuestionando justamente es dicha presunción.

De hecho, cabe la posibilidad en el derecho positivo de que duda provenga directamente del juez, y no de las partes.

La duda debe darse, considero, después de un ejercicio de interpretación por parte del juzgador. Dada la indeterminación de las normas y la necesidad de interpretarlas, es posible que el juez asigne racionalmente al menos un significado que haga constitucional la norma cuestionada, de darse tal caso no debe tener lugar la cuestión de constitucionalidad, sino que el control de la interpretación que haga el juez deberá ser por otros caminos.¹⁵

2. Las autoridades

Un elemento que debe dejar clara la legislación positiva es la facultad que tenga el juez natural de rechazar la cuestión planteada por las partes, ya sea porque no se trate de una norma relevante para la solución del caso o porque

¹⁵ Por ejemplo, en una apelación o un amparo. Estoy consciente de la importante discusión acerca de si la interpretación nos puede dar un marco de diversas interpretaciones posibles o si se debe encontrar una única respuesta correcta. Es evidente, también, que tomo partido en dicha discusión.

no esté convencido de su inconstitucionalidad. En principio, pueden presentarse tres soluciones:

- No otorgar control alguno al juez de la causa, de forma que, frente al planteamiento de la cuestión, necesariamente deba elevarla al juez constitucional
- Permitir un control parcial al juez, sobre la apreciación de uno de los dos requisitos, relevancia o constitucionalidad
- Permitir un control total al juez sobre la procedencia o no de la cuestión

No darle ningún control al juez *a quo* podría implicar el uso indiscriminado de la cuestión de constitucionalidad como una forma de retrasar u obstaculizar el proceso,¹⁶ además, se debe considerar que el juez en el derecho procesal moderno es *director del proceso*.

Ahora bien, con independencia de la respuesta, es el juez constitucional el que deberá estimar en definitiva la procedencia de la cuestión mediante el análisis que acredite los dos requisitos de la misma.

Considero que debe hacerse una diferencia sutil en el análisis que haga el juez constitucional, respecto a la relevancia o no de la norma respecto la resolución del proceso en que surgió. Si la competencia del juez constitucional es apreciar la adecuación de la norma inferior a la superior, ¿cuál será su competencia para apreciar la relevancia de la norma respecto el caso?

Si la competencia del juez natural es juzgar el caso a la luz de las normas aplicables, justamente la *determinación de las normas aplicables*, que es parte de la formación de la sentencia, es competencia de dicho juez, y no del juez constitucional, porque en caso de considerar lo contrario se estaría predeterminando las normas que el inferior debería considerar.

En tal caso, me parece que el peso mayor de la apreciación de la relevancia debe quedar en el juzgador de origen, quien tiene la atribución de resolver el fondo del asunto que, no lo olvidemos, no es constitucional. ¿Esto implica una absoluta libertad del juez natural?, no, ya que el juez constitucional podrá rechazar una apreciación disparatada o irracional.

3. Objeto de control

En principio el objeto de control son las leyes, tomadas en sentido material y no formal.

¹⁶ Pensemos en el uso indiscriminado que en procesos civiles, mercantiles y familiares se hace de excepciones dilatorias tales como la falta de personalidad, con el único fin de retrasar lo más posible el juicio, faltando al deber de lealtad procesal.

Resulta necesario pensar en un modelo que admita el cuestionamiento junto con las leyes de los tratados internacionales, reglamentos o las disposiciones generales que pueden emitir los ayuntamientos,¹⁷ ya que su constitucionalidad puede estar cuestionada dentro de un proceso administrativo.

4. *Procedimiento de control*

La cuestión de constitucionalidad, cuando proviene de las partes, se plantea en la forma de un incidente; si proviene del juzgador natural, se presenta como una duda. Esto es de singular importancia, como veremos, para determinar su naturaleza procesal.

En el planteamiento, las partes deben expresar los argumentos que sustenten su apreciación de la constitucionalidad o no de la norma impugnada. El juez natural, en el auto admisorio, deberá en su caso hacer el análisis de relevancia y posible inconstitucionalidad al que hemos hecho referencia, o si se trata de un auto de desechamiento, expresar las razones que tenga para no estimar acreditados uno o ambos extremos.

Remitido el asunto al conocimiento del juez constitucional, éste deberá hacer un análisis de la admisión hecha por el inferior, a efecto de ratificar o no, sobre todo, la apreciación preliminar de inconstitucionalidad.

Se presenta entonces una disyuntiva, ¿debe llamarse al procedimiento al órgano creador de la norma?, esta pregunta toma relevancia cuando consideramos los posibles efectos de la sentencia, que pueden ser particulares o generales. Considero que es pertinente llamar al órgano creador de la disposición cuestionada a efecto de que sostenga la constitucionalidad de su creación, con independencia de que se trate de las mismas personas que establecieron la norma o estemos en presencia de una nueva integración del cuerpo legislativo.

Un punto fundamental a determinar en la legislación positiva es la suspensión o no del proceso en el que la cuestión surgió. Si consideramos a la cuestión de inconstitucionalidad como un asunto prejudicial,¹⁸ desde luego será recomendable suspender el asunto principal hasta el fallo del incidente en

¹⁷ “En conclusión, la Constitución considera al Municipio libre como un ámbito de gobierno y le atribuye facultades normativas con carácter exclusivo en determinados ámbitos, de lo que se deriva su reconocimiento como orden jurídico parcial del Estado Mexicano”. Sentencia dictada en la controversia constitucional 25/2001, promovida por los ayuntamientos de los municipios de Querétaro, Corregidora y El Marqués, en contra de la LIII Legislatura, el Gobernador, el Secretario General de Gobierno y otras autoridades. La Sombra de Arteaga, Periódico oficial del Gobierno del Estado de Querétaro, tomo CXXXVIII, No. 59, 9 de noviembre de 2005.

¹⁸ Vid. la clásica obra: *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, ALSINA, Hugo, Santiago de Chile, Ediciones jurídicas, 1970.

definitiva, pues de otra forma podría suceder que la sentencia se basara en una norma declarada inconstitucional en un procedimiento surgido del propio proceso original, lo que desde luego no resulta recomendable.

1. *Sentencia y efectos del control*

Una sentencia estimatoria implica declarar inconstitucionalidad de la norma impugnada, la que necesariamente tendrá efectos respecto el asunto particular en el cual surgió. Pero cabe preguntarnos sobre si tal estimación deberá tener efectos generales.

Como forma diversa de resolver este punto radica en la posibilidad del juez constitucional de sentar jurisprudencia o criterios obligatorios, pues de ser el caso, aunque la sentencia no tenga efectos generales, en la práctica se extendería por la fuerza del precedente.

2. *Naturaleza procesal*

En el estudio doctrinario no he encontrado una apreciación sobre la naturaleza procesal de la cuestión de constitucionalidad, sin embargo, me parece que es necesario en un trabajo monográfico el abordar el tema. Para hacerlo, me serviré de las categorizaciones que existen en la doctrina del derecho procesal.

Dentro de un proceso pueden presentarse cuestiones anexas a la principal, que son tramitadas en forma paralela al mismo, mediante la forma de un incidente. La diferencia entre un *proceso* y un *procedimiento* es que el primero tiene como finalidad la resolución del litigio o controversia, mientras que el segundo atiende a una situación vinculada con aquél pero que no es la principal. Visto de tal manera, la cuestión de constitucionalidad es un procedimiento, no un proceso.¹⁹

La conclusión anterior no implica estimar poco importante la constitucionalidad o no de una ley. El que sea un procedimiento y no un proceso no es un juicio de valor acerca de la cuestión de constitucionalidad, pues de hecho, como se explica líneas arriba, implica necesariamente una prejudicialidad, y

¹⁹ “Podemos definir, pues, el proceso judicial, en una primera acepción, como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión (...) La simple secuencia (...) no es proceso, sino procedimiento. La idea de un proceso es necesariamente teleológica (...) lo que lo caracteriza es su fin”. COUTURE, Eduardo J, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1972, pp. 121-122. *Vid.* también ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Cuestiones de terminología procesal*, México, UNAM, 1972, p. 137.

por su finalidad, incide en el sentido de la sentencia. Pero no debemos olvidar que la cuestión, con independencia de si es planteada por las partes o de oficio por el juez, surge dentro de un proceso como una duda acerca del marco normativo.

Podemos concluir entonces que, por su origen y planteamiento, la cuestión de constitucionalidad es un procedimiento y no un proceso judicial.

C. Derecho comparado

Para efectos de ilustración, me permitiré plasmar en un cuadro las principales características positivas que la cuestión de inconstitucionalidad tiene en España, Italia, Alemania y Coahuila, única entidad que a la fecha la ha regulado exhaustivamente en México.²⁰

	España	Italia	Alemania	Coahuila
Objeto de control	Leyes, tratados, estatutos de las comunidades, reglamentos de las cámaras y las Cortes, así como de las asambleas de las comunidades. Disposiciones y actos con fuerza de ley.	Leyes	Leyes federales por su inconstitucionalidad con la Ley Fundamental. Leyes locales por antinomia con leyes federales ²¹ o por inconstitucionalidad local.	Leyes
Requisitos	Relevancia y posibilidad de inconstitucionalidad.	Relevancia y posibilidad de inconstitucionalidad. No debe ser una cuestión manifiestamente infundada	Relevancia y posibilidad de inconstitucionalidad. El juez debe estar convencido de la invalidez constitucional, no simple duda	Relevancia y posibilidad de inconstitucionalidad

²⁰ Chiapas y Veracruz también han contemplado dicha figura en sus constituciones, pero no de forma completa.

²¹ En el sistema alemán, el derecho federal tiene primacía sobre el derecho local. *Vid.* artículo 31 de la Ley Fundamental de Bonn

Procesos en que puede presentarse	Cualquiera	Cualquiera	Cualquiera	Cualquiera
Juez constitucional	Tribunal Constitucional	Tribunal constitucional	Tribunal constitucional. Tribunal local en el caso de inconstitucionalidad de ley local respecto Constitución local	Pleno del Tribunal Superior de Justicia
Efectos de la sentencia	Generales	Generales. Se puede declarar la inconstitucionalidad de leyes distintas de la cuestionada cuando resulten relevantes para la sentencia	Puede declarar la invalidez de otras normas de la ley impugnada, pero no de otras leyes	Para las partes y generales a partir de la publicación de la sentencia ²²

El cuadro anterior nos presenta diversos elementos de interés. Sin hacer hincapié en las coincidencias, podemos resaltar lo siguiente:

Primero, la posibilidad de crear, desde la Constitución nacional la cuestión de inconstitucionalidad local, como es el caso Alemán. Desde luego, esto parte del sistema de distribución de competencias de la Ley de Bonn, pero es un ejemplo interesante para seguir en México.

Segundo, la diversidad de los objetos de control, que pueden ser leyes federales, locales, de las comunidades autónomas, tratados, etc. Vale la pena señalar que se omite en la regulación los casos de reglamentos municipales o disposiciones de dicho nivel con efectos generales, lo que puede ser efecto de que se trata de regulaciones a nivel nacional.

Tercero, la posibilidad o no de declarar inconstitucionales normas o leyes no impugnadas, cuando resulten relevantes para la decisión del juicio. Esta relevancia, entonces, sería considerada no por el juez natural, sino por el juez constitucional. Y cuarto, los efectos generales de la sentencia.

²² No existe obligación al juez constitucional para que llame al procedimiento al órgano que emitió la ley cuestionada.

Como un ejercicio a nivel local, se puede citar la propuesta existente de establecer dicha figura en Guerrero, facultando su resolución a una Corte Constitucional local.²³

D. Conclusiones y sugerencias

De entre las figuras de la justicia constitucional positivizadas en las entidades, la menos presente es la cuestión de constitucionalidad; resulta aventurado suponer la causa, pero aventuro las siguientes hipótesis:

- Se trata de una figura no contemplada a nivel federal, y como aún se sigue observando como referencia el derecho federal, al no encontrarse falta un referente para su conocimiento y utilización.
- Es un instituto procesal poco extendido a nivel mundial.
- No se ha percibido su necesidad en la práctica constitucional de las entidades.

Como ventajas de la cuestión de constitucionalidad, tenemos el que compromete de mayor forma a los jueces locales con la defensa de sus constituciones particulares. De igual forma, ayuda a que el foro contemple a dichas normas como depositarias de derechos exigibles en juicio.

En todo caso, considero que la introducción de figuras jurídicas debe partir de la necesidad y la utilidad, antes que la moda, así que deberá ser la situación de cada entidad la que haga recomendable el establecimiento de la cuestión de constitucionalidad en su derecho positivo.

En aquellas entidades que incluyan en su catálogo de justicia constitucional la cuestión de constitucionalidad, deberá tenerse particular cuidado en los siguientes puntos:

1. El juez de la causa: Tenga la posibilidad de rechazar la petición cuando la norma cuestionada no resulte relevante para el proceso, o su constitucionalidad sea clara.²⁴ Otorgarle la posibilidad de que presente de oficio la cuestión de constitucionalidad.
2. Las partes: Permitir que las partes presenten la cuestión y otorgar a la contraria la posibilidad de presentar argumentaciones y razones acerca de la no relevancia o la constitucionalidad.
3. El tribunal constitucional: Si se tiene un órgano especializado, desde luego deberá ser el competente para resolver la cuestión. Si no existe,

²³ Vid. CIENFUEGOS SALGADO, David, *ob. cit.* pp. 125-126.

²⁴ Entiendo, desde luego, la dificultad de precisar la claridad.

ponderar muy detenidamente la necesidad de crearlo, porque bien podrá otorgarse la facultad de resolver la cuestión al órgano judicial de mayor jerarquía local.

4. Los procedimientos: Apertura para que pueda presentarse en cualquier procedimiento, sea civil, penal, familiar, administrativo o incluso de derecho burocrático local. De igual forma, permitir que la cuestión se plantee tanto en primera como en segunda instancia.

5. Normas generales: Permitir el cuestionamiento no sólo de leyes, sino también de disposiciones generales que resulten relevantes para resolver un litigio, como puede suceder con reglamentos municipales en asuntos contencioso-administrativos.

6. Efectos: Desde luego, además de los efectos particulares, deberá existir efectos generales, que funcionarán de mejor forma práctica si existe la jurisprudencia en materia constitucional local.

BIBLIOGRAFÍA

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Cuestiones de terminología procesal*, México, UNAM, 1972.

ALSINA, Hugo, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, Santiago de Chile, Ediciones jurídicas, 1970.

BÁEZ SILVA, Carlos, “Una definición del concepto ‘inconstitucionalidad por omisión’”, en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.

CIENFUEGOS SALGADO, David, “Una propuesta para la justicia constitucional local en México” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, No. 4, julio-diciembre 2005.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La controversia Constitucional*, México, Porrúa, 2008.

COUTURE, EDUARDO J, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1972.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz-Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto”, *Justicia constitucional local*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y VEGA HERNÁNDEZ, Rodolfo (coordinadores), FUNDAP, México, 2003.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “La regulación de los mecanismos de control constitucional en las entidades federativas (esbozo comparativo), en

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La justicia constitucional en las entidades federativas*, Porrúa, México, 2006.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, décimo tercera edición, traducción de Roberto J. Vernengo, 2003.

MARMOR, Andrei, “Are constitutions legitimate?”, *Problema, anuario de filosofía y teoría del derecho*, número 1, 2007, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

MARTÍNEZ ESTRADA, Ricardo Manuel, “El control constitucional de la aquiescencia del legislador por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 5, enero-junio 2006.

PASTOR BADILLA Claudia, y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Eduardo, “La omisión legislativa en la protección de los derechos políticos”, *Justicia Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, tercera época, vol. 1, núm. 2, 2008.

RUIZ DE MIGUEL, Carlos, “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 2, julio-diciembre 2004.

SAGÜES, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, ASTREA, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 2004.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Sentencia dictada en la controversia constitucional 25/2001, promovida por los ayuntamientos de los municipios de Querétaro, Corregidora y El Marqués, en contra de la LIII Legislatura, el Gobernador, el Secretario General de Gobierno y otras autoridades. *La Sombra de Arteaga*, Periódico oficial del Gobierno del Estado de Querétaro, tomo CXXXVIII, No. 59, 9 de noviembre de 2005.

VADO GRAJALES, Luis Octavio, “La nueva justicia constitucional en el Estado de Querétaro”; *Lex difusión y análisis*, México, número 164, febrero de 2009.