

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN LAS DECISIONES DE LA SUPREMA CORTE DE MÉXICO

Carlos BÁEZ SILVA
David CIENFUEGOS SALGADO*

De los diversos temas que son objeto de discusión en el derecho procesal constitucional destaca el análisis de la figura de la omisión legislativa, ello a pesar de que la adopción de esta figura aún no se generaliza en los ordenamientos mexicanos. El análisis que proponemos en esta ocasión se centra en los diversos pronunciamientos hechos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre este particular.

A pesar de que el estudio de las diversas figuras que constituyen el sistema de control constitucional en México ha iniciado con acierto una firme andadura, también resulta evidente que algunas no han merecido suficiente interés por parte de la doctrina nacional, precisamente porque el Constituyente y el legislador han sido omisos a la hora de su adopción.

Por inicio debemos señalar que la inconstitucionalidad por omisión legislativa es aquella en la que incurre el órgano legislativo con su inactividad, cuando, en virtud de un mandato constitucional, está obligado a legislar. Es decir, el legislador vulnera el principio de supremacía constitucional cuando desacata o desobedece un mandato específico consistente en crear o dictar una norma legislativa.¹ El ejemplo más frecuente se presenta cuando, a pesar de que en los artículos transitorios de un decreto de reforma a la Constitución, el constituyente permanente (o poder re-

* Secretarios de estudio y cuenta en la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

¹ Véase Báez Silva, Carlos, “Inconstitucionalidad por omisión”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, p. 696.

visor de la Constitución) le manda o instruye al legislador secundario para que, en un determinado periodo o término, modifique o cree la legislación secundaria que torne o haga plenamente eficaces las nuevas normas constitucionales, éste no cumple con tal prescripción.

Si bien el anterior es el caso más frecuente, también es posible que el legislador incurra en una violación a la Constitución con su inactividad legislativa cuando, sin que medie un mandato concreto o directo para que modifique o cree leyes, su inactividad, sin resultar por tanto un desacato a una norma constitucional, *genere* consecuencias normativas que violen derechos fundamentales. Eso sucedió, por ejemplo, al final del siglo XX, cuando el legislador ordinario “olvidó” crear la ley que permitiera la impugnación de las resoluciones de los agentes del Ministerio Público en torno al no ejercicio o desistimiento de la acción penal.²

De esta forma, si el legislador no legisla es posible que incurra en una vulneración a la Constitución, por dos diferentes tipos de razones:

- a) Si existe un mandato constitucional explícito consistente en modificar o crear leyes, se está en presencia de un desacato a dicho mandato.
- b) Si no existe tal mandato constitucional explícito, pero la omisión legislativa genera consecuencias normativas que vulneran derechos fundamentales, también incurre en omisión al mandato constitucional implícito, dirigido a los órganos legislativos, de dictar las leyes que requiera el bienestar general.

Debemos decir que a nivel federal (y por tanto relacionado con el Poder Judicial de la Federación), ni en la Constitución ni en algún ordenamiento secundario encontramos el reconocimiento de competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y tampoco de otro órgano del poder público mexicano, para conocer de esta inconstitucionalidad por omisión legislativa. Veremos a continuación cómo el sistema de control constitucional mexicano ha sido puesto a prueba, tratándose de esta figura, y la respuesta que se ha dado desde el ordenamiento a los casos que se han planteado.

² *Cfr.* contradicción de tesis 18/98-PL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, noviembre de 2000, t. XII, p. 361.

El 27 de enero de 2003 el Partido de la Revolución Democrática promovió acción de inconstitucionalidad en contra de la omisión legislativa del Congreso del Estado de Tabasco, en virtud de que la Constitución de dicha entidad federativa fue reformada en aspectos relativos a la materia electoral y en los artículos transitorios del decreto correspondiente se le ordena al citado Congreso adecuar las normas legales orgánicas y secundarias que fueran necesarias, a más tardar en los 30 días posteriores a la publicación del decreto. El plazo se cumplió, el inicio del proceso electoral se acercó y el Congreso no adecuó las normas legislativas a las constitucionales, es decir, desacató el mandato del órgano revisor de la Constitución de Tabasco. Un mandato explícito en este caso.

El artículo séptimo transitorio del decreto de reformas prescribió que todas las disposiciones que se opusieran al contenido del mismo quedaban derogadas, por lo que, por un lado, una parte importante de la legislación electoral de Tabasco perdió vigencia y, por el otro, dado el mandato explícito, se le ordenó al legislador ordinario adecuar las normas legislativas a las constitucionales, lo que implicaba, propiamente, crear nuevas normas, es decir, legislar.

En la sentencia que dictó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la acción de inconstitucionalidad identificada como la número 7/2003 fue sobreseída en virtud de que se consideró que no existía la norma o acto materia del examen de constitucionalidad solicitado por el partido político accionante, pues

...de un análisis tanto gramatical como teleológico de la fracción II del artículo 105 de la Constitución federal, no se advierte que la acción de inconstitucionalidad proceda contra omisiones legislativas, sino únicamente contra la posible contradicción entre la Constitución federal y una norma general que haya sido promulgada y publicada en el medio oficial correspondiente, dado que a través de este mecanismo constitucional esta Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma.

Era obvio, para el máximo tribunal, que si las normas legislativas que se opusieran a las constitucionales habían sido derogadas por mandato del propio órgano reformador de la Constitución local, no podía haber contradicción entre ambas, y puesto que el legislador ordinario aún no creaba las nuevas normas, tampoco se podía hablar de una contradicción

normativa, esencia de la acción abstracta de inconstitucionalidad. Por ello lo pertinente era sobreseer en la acción intentada.

La sentencia fue aprobada por mayoría de nueve votos, de diez posibles.³ El ministro disidente, Góngora Pimentel, expresó en su voto particular que la cuestión de fondo giraba en torno a la eficacia jurídica que podían tener las normas constitucionales si el legislador, al cual obligan, hace caso omiso al mandato constitucional de emitir una disposición legislativa o adecuar la ya existente, lo que tornaba a la Constitución en una “hoja de papel”.⁴ En su razonamiento, el ministro Góngora Pimentel resaltó lo verdaderamente importante de la inconstitucionalidad por omisión: la eficacia plena de las normas constitucionales.

La Corte Suprema mexicana, actuando como tribunal constitucional al conocer de la acción de inconstitucionalidad, declaraba así (y en parte sólo reconocía) que la omisión legislativa no tiene aún vía definida constitucional ni legalmente en el orden jurídico federal. Sin embargo, consideramos que esta conclusión merece una precisión, precisamente por la naturaleza del órgano que la emite, que es la de ser un garante de la Constitución.

Un tribunal constitucional, encargado de salvaguardar la supremacía constitucional, es el guardián de la eficacia normativa de la carta magna. El desacato a una norma constitucional que imponga, ya no el deber genérico de hacer, sino la obligación específica de hacer algo en concreto, es, bajo cualquier análisis, una vulneración de dicha norma constitucional, es decir, una afectación a la eficacia normativa de la Constitución. El órgano competente (y obligado) de vigilar el acatamiento de la Constitución no debería evitar el análisis de tal desacato.

El *quid* de la acción de inconstitucionalidad estriba en la contradicción entre una norma secundaria y una norma constitucional. Tal contradicción tiene como punto de partida la expedición de una norma “como consecuencia del cumplimiento ordinario de la obligación que produce la obligatoriedad de las normas constitucionales”;⁵ sin embargo, la obligación constitucional también puede derivar de un mandato concreto al legislador para expedir una disposición legal dentro de un plazo determi-

³ El ministro Aguinaco Alemán no asistió a la sesión correspondiente.

⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, abril 2003, t. XVII, p. 567.

⁵ *Idem*.

nado, y en tal caso se generará contradicción desde el momento mismo en que la norma legal no fue publicada. La conclusión a la que llega el ministro Góngora Pimentel es clara:

Se menoscaba la norma constitucional tanto expidiendo una ley que contradiga su contenido material, como no expidiéndola si es que la norma constitucional previó un mandato al respecto... no debe extrañarnos que en el caso de una omisión legislativa absoluta, esto es, cuando el legislador no expide la norma legal, tenga lugar una contradicción frontal con el texto constitucional que pone en entredicho el interés genérico de preservar la supremacía constitucional.

Las razones anteriores condujeron al ministro Góngora Pimentel a sostener que la acción de inconstitucionalidad resultaba procedente cuando se promovía en contra de la omisión de expedir una ley, *si es que la norma constitucional previó un mandato al respecto*.

No es la única propuesta para que el tribunal constitucional mexicano otorgue una vía para el conocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Ante la inexistencia de un mecanismo procesal *ad-hoc*, se sostenía también que la inconstitucionalidad por omisión legislativa podía ser planteada mediante controversia constitucional,⁶ pues la inactividad del legislador puede alterar el sistema de distribución de competencias entre diferentes órdenes jurídicos y entre diferentes órganos de un mismo orden jurídico, ello porque la omisión del mandato dirigido al legislador puede impedir que otro órgano realice un acto o desempeñe alguna función que le competa constitucionalmente, lo que acarrearía una afectación directa a la supremacía constitucional.⁷

El 10 de marzo de 2005 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la controversia constitucional 46/2002, promovida por el municipio de San Pedro Garza García en contra de la omisión del Congreso del Estado de Nuevo León, consistente en no emitir las normas que

⁶ Cossío Díaz, José Ramón, *Constitución, tribunales y democracia*, México, Themis, 1998, p. 13.

⁷ Báez Silva, Carlos, "La omisión legislativa y el problema procesal que genera el planteamiento de su inconstitucionalidad en el ordenamiento federal", *Lex. Difusión y Análisis*, año VIII, abril de 2004, p. 29.

establecieran los medios de defensa en el ámbito municipal de los particulares y los órganos, su organización, funcionamiento y procedimiento para dirimir las controversias entre la administración pública municipal y los particulares. En tal resolución se examina y se resuelve, por vez primera, en torno a la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

El problema planteado en el caso estribó, muy esquemáticamente, en que:

- El 23 de diciembre de 1999 se publicó el decreto por el cual se modificó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para prescribir, en el artículo 115, fracción II, inciso *a*, que uno de los objetos de las leyes que en materia municipal deberán expedir las legislaturas de los estados será el establecimiento de las bases generales de la administración pública municipal y del procedimiento administrativo, incluyendo los medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre dicha administración y los particulares, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad.
- El artículo transitorio segundo del correspondiente decreto de reforma constitucional prescribió que los gobiernos de los estados estaban obligados a adecuar la Constitución local y las leyes secundarias a las nuevas normas constitucionales en un término de “a más tardar” un año a partir de la entrada en vigor de tal decreto, lo que sucedió, conforme a otra disposición transitoria, noventa días después de su publicación.
- En 2000 y 2001, el órgano revisor de la Constitución en el estado de Nuevo León modificó la Constitución de tal entidad con la finalidad de adecuarla a lo dispuesto por la federal. En ambos casos, la eficacia de las normas constitucionales locales quedó sujeta a un desarrollo legislativo posterior, el cual, inclusive hasta el día de la resolución de la controversia constitucional, no se realizó.
- Ante la imposibilidad de que los municipios neoleoneses contaran con bases generales para su administración pública y para el procedimiento administrativo, incluyendo los medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre dicha administración y los particulares, y en virtud del desacato al mandato constitucional expreso, tanto federal como local, el municipio de San Pedro Garza García interpuso la referida controversia constitucional.

En el debate previo a la aprobación del proyecto de resolución, presentado al Pleno por el ministro Aguirre Anguiano, se formó una minoría disconforme con el proyecto, integrada por el ministro Ortiz Mayagoitia y la ministra Luna Ramos, quienes expresaron las razones de su disidencia. En la votación, el ministro Gudiño Pelayo se unió a los dos anteriores, de forma tal que el proyecto fue aprobado por mayoría de siete votos de diez posibles.⁸

El ministro Ortiz Mayagoitia sostuvo que, tratándose de omisión legislativa, debería declararse la improcedencia tanto de la acción de inconstitucionalidad como de la controversia constitucional, en virtud del principio de relatividad de las sentencias, pues la ley que debiera producir la legislatura responsable también va a regir para la totalidad de los municipios, no sólo para el actor, lo cual, al menos en concepto de tales juzgadores, vulneraría tal principio rector. Por supuesto, habría que señalar, respecto de las consideraciones aducidas, que esta noción no es conforme con el diseño de control constitucional contenido en las fracciones I y II del artículo 105 constitucional y en su Ley Reglamentaria.

Por otra parte, el ministro Ortiz Mayagoitia también cuestionó la correspondencia de la carga de la iniciativa legislativa. En su intervención, la ministra Luna Ramos consideró que la Suprema Corte no puede darle instrucciones al Poder Legislativo de ningún estado ni al Congreso federal; en caso de que estos órganos incumplieran con algún mandato, “a lo mejor podrían incurrir en responsabilidad”, pero tal conducta no sería objeto de control de constitucionalidad.

Por su parte, entre quienes defendieron el proyecto en sus términos, el ministro Góngora Pimentel sostuvo que el efecto de la resolución tendría que ser que el legislador actúe, sin que la Suprema Corte le impusiera una línea sobre cómo legislar, pues resultaba inconcebible que ante la violación directa de un precepto constitucional, a los municipios sólo les quede resignación (y yendo más allá, ¿en la misma posición se colocaba la Suprema Corte pese a su papel de garante de la Constitución!). El ministro Aguirre Anguiano manifestó que resultaba imposible que los estados hicieran caso omiso de los mandatos constitucionales y que tal conducta careciera de control constitucional alguno. Ante el problema que planteaba el ministro Ortiz Mayagoitia, Aguirre Anguiano sostuvo que en

⁸ El ministro Cossío Díaz no asistió a la sesión.

los casos como el que se analizaba, el principio de la relatividad de las sentencias sucumbía.

Finalmente, se declaró fundada la controversia constitucional y se le prescribió al Congreso del Estado de Nuevo León a que dentro del periodo de sesiones que comprendió del 30 de marzo al 30 de junio de 2005, realizara las adecuaciones legales en materia municipal, ajustándose en su totalidad a lo dispuesto por el artículo 115 constitucional. A partir del reconocimiento de la controversia constitucional como la acción procesal adecuada para someter a examen la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, la Suprema Corte ha comenzado a sentar las bases de una teoría constitucional en torno al tema.

Desde entonces a la fecha, son múltiples las inconstitucionalidades por omisión legislativa que, vía la controversia constitucional, se han resuelto. De todas ellas se advierte que, según el tribunal constitucional federal mexicano, la omisión legislativa puede resultar inconstitucional en dos hipótesis distintas:

- a) Cuando el legislador no observa en un “tiempo razonable” o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, impuesto de manera expresa o implícita por la Constitución.⁹
- b) Cuando al expedir una ley, el legislador dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía.

Es decir, la omisión legislativa es inconstitucional no sólo cuando el legislador desconoce mandatos concretos de legislar, sino también cuando regula una materia de manera incompleta o deficiente desde el punto de vista constitucional. Se afirma, entonces, la existencia de omisiones legislativas absolutas (ausencia total de una ley cuya emisión se prevé constitucionalmente) y de omisiones legislativas parciales (el legislador legisla, pero lo hace de manera deficiente o incompleta, pues omite previsiones exigidas por la Constitución).¹⁰

⁹ Controversia constitucional 80/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, enero de 2006, t. XXIII, p. 2124.

¹⁰ *Idem*.

En el caso de omisiones legislativas parciales, existen precedentes en los que ha procedido la acción de inconstitucionalidad:

- En la acción 22/2001 se resolvió declarar la invalidez del artículo 38, fracción I, inciso *h*, de la Ley Electoral del Estado de Hidalgo, en virtud de que dicho precepto no preveía el financiamiento público para los partidos que no tuvieran antecedentes electorales en el estado; en la sentencia se requirió a la legislatura del estado para que emitiera la disposición correspondiente en donde se previera la dotación del financiamiento público para esos partidos.
- En la acción 27/2002 se demandó la invalidez de los artículos 30, fracción II, y 38 de la Ley Orgánica del Instituto Electoral del Estado de Quintana Roo, pues en el primero de los preceptos no se había establecido el plazo específico para que la legislatura local resolviera respecto de la designación del consejero presidente sustituto en caso de ausencia definitiva del consejero presidente del Consejo General del Instituto y, en el segundo, no se especificaba el plazo o tiempo máximo en que el director jurídico del referido Instituto Electoral podía fungir como sustituto del secretario general, por lo que los efectos de la resolución respectiva fue requerir a la legislatura local para que, por lo menos, noventa días antes de que iniciara el proceso electoral realizara la adecuación de los citados preceptos.

En los casos anteriores la omisión de las legislaturas consistió en una regulación deficiente de la ley, esto es, se trataba de una omisión parcial, pues había ley, y no de una omisión absoluta en cuanto a la expedición de una disposición o disposiciones. Sin embargo, la omisión no estribó en no atender previsiones establecidas por la Constitución, puesto que no existían tales. Es decir, en la ley se omitió algo que debió haberse puesto, en atención a los principios constitucionales en materia electoral, pero no porque ese algo lo prescribiera expresamente la Constitución, sino porque se entendía que el legislador estaba obligado a ser exhaustivo en el tratamiento normativo que daba a tal materia.

La Suprema Corte sostiene que es posible que el legislador ordinario reciba del órgano reformador de la Constitución determinados mandatos, contenidos en la propia norma constitucional, por lo que no sólo cuenta

con la facultad o autorización para legislar, sino que está obligado a crear las leyes necesarias para darle plena eficacia a las disposiciones constitucionales.¹¹

En ese sentido, en una ejecutoria diversa la Suprema Corte sostuvo que el sistema de facultades de las autoridades del estado se expresa positivamente de varias maneras:

- a) Prohibiciones expresas que funcionan como excepciones o modalidades de ejercicio de otras competencias concedidas.
- b) Facultades de ejercicio potestativo, es decir, el órgano del estado puede decidir si ejerce o no la atribución conferida.
- c) Facultades de ejercicio obligatorio, o sea que el órgano está obligado a ejercer las establecidas en la Constitución.¹²

En el caso de los órganos legislativos, una facultad de ejercicio potestativo no implica, evidentemente, una obligación, sino sólo la *posibilidad* establecida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales, de forma tal que dichos órganos pueden decidir si ejercerán o no tal facultad y la oportunidad de hacerlo. En pocas palabras, en ese caso el órgano legislativo decide, libremente, si crea o no determinada norma jurídica y en qué momento lo hará.

En el caso de existir una facultad o competencia de ejercicio obligatorio, el órgano legislativo no tiene la posibilidad de decidir si crea o no una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedir determinada ley. En nuestra opinión, este mandato es correlativo, por lo regular, a la existencia de normas constitucionales de eficacia mediata, o sea que, para su plena eficacia, tales normas reclaman un desarrollo legislativo.

Según la Suprema Corte, el mandato concreto de crear una ley en específico puede encontrarse de manera expresa o implícita en las normas constitucionales, ya sea en su texto mismo o en su derecho transitorio. Por ejemplo, el artículo 21, párrafo 4 de la Constitución, al prescribir que las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional

¹¹ *Ibidem*, p. 2125.

¹² Controversia constitucional 14/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, diciembre de 2005, t. XXII, p. 2333.

en los términos que establezca la ley, le impuso, de manera implícita en su texto mismo, al legislador secundario (tanto federal como estatal) el mandato de crear una ley al respecto, o bien modificar las existentes para dar eficacia a la norma constitucional.

Un ejemplo de mandato explícito de legislar contenido en disposiciones transitorias es el del artículo 73, fracción XXIX-J, el cual prescribe que el Congreso tiene facultad para legislar en materia de deporte, estableciendo las bases generales de coordinación de la facultad concurrente entre la Federación, los estados, el Distrito Federal y municipios, así como de la participación de los sectores social y privado. En el decreto mediante el cual se adiciona tal fracción, el artículo transitorio segundo fijó un año como plazo máximo para la expedición de la ley reglamentaria de las atribuciones de la Federación en materia de deporte. La Suprema Corte sostiene que las normas transitorias cumplen con la función de establecer las obligaciones, parámetros y tiempos para la adecuación de los cambios normativos establecidos por el órgano de reforma constitucional.¹³ Conviene advertir, y dejar sólo como apunte, una paradoja presente en la anterior afirmación: la circunstancia de que la citada adecuación compete al órgano legislador ordinario, cuya calidad se “confunde” tanto a nivel federal como local, pues el órgano legislador ordinario suele ser el principal órgano del poder constituyente revisor.

De la combinación de facultades de ejercicio potestativo y facultades de ejercicio obligatorio con el tipo de omisión en la que pueden incurrir los órganos legislativos (absolutas o parciales), el tribunal constitucional federal mexicano elabora una matriz con las diferentes hipótesis que se pueden actualizar:¹⁴

¹³ “[L]a naturaleza de los artículos transitorios es la de establecer los lineamientos para el funcionamiento de la norma, provisionales o de tránsito (circunstancias de modo, tiempo y lugar); esto es, permiten su eficacia al estar dirigidos a una cuestión específica que tenderán a la especialización de los ámbitos normativos. De este modo, si el objeto de los artículos transitorios es precisar un mandato de orden general y abstracto que establezca derechos y obligaciones, poderes, facultades, sujeciones y cargas, podemos concluir que dichos preceptos forman parte integral de la norma general, la cual siempre contendrá obligaciones de hacer o dejar de hacer”. *Cfr.* controversia constitucional 14/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, diciembre de 2005, t. XXII, p. 2337.

¹⁴ Tesis P./J. 11/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, febrero de 2006, t. XXIII, p. 1527.

<i>Competencias o facultades</i>	<i>No ejercicio</i>	<i>Ejercicio parcial o deficiente</i>
De ejercicio potestativo	El legislador no tiene un mandato concreto de expedir una ley determinada y no la expide.	El legislador no tiene un mandato concreto de expedir una ley determinada, sin embargo la expide, aunque de manera incompleta o deficiente.
De ejercicio obligatorio	El legislador que tiene una obligación o mandato concreto consistente en expedir una ley determinada y <i>no lo hace</i> .	El legislador que tiene una obligación o mandato concreto consistente en expedir una ley determinada y <i>lo hace, pero de manera incompleta o deficiente</i> .

La controversia constitucional 326/2001 representa un ejemplo de la situación en la cual el legislador que tiene una obligación o mandato concreto consistente en expedir una ley determinada y *no lo hace*. El artículo 115 de la Constitución federal fue reformado, entre otros, con el objeto de que el servicio público de seguridad pública, tránsito y vialidad le sea transferido a los municipios. En una disposición transitoria el órgano revisor de la Constitución federal prescribió el plazo de un año como máximo para que las entidades federativas adecuaran las correspondientes normas constitucionales y legales. Al cabo de este plazo, el municipio de Toluca solicitó al gobierno del Estado de México la transferencia o municipalización del servicio referido, a lo que éste se negó con base en el hecho de que aún no se habían adecuado las normas legislativas para hacerlo.¹⁵

Cabe destacar que a la justificación esgrimida por el gobierno del Estado de México, la Suprema Corte respondió afirmando que la Constitución federal, en tanto que norma jurídica, vincula e impera sobre todos los sujetos políticos por igual, en el caso tanto al órgano legislativo como al ejecutivo; lo anterior implicaba que los órganos mencionados estaban obligados a hacer “todo lo que estuviera a su alcance para lograr el cumplimiento efectivo y oportuno” del mandato constitucional, el cual resul-

¹⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo de 2003, t. XVII, Pleno y Salas, p. 964.

tó incumplido. Por si fuera poco, el órgano ejecutivo pretendió justificar la negativa a transferir el servicio público solicitado en un incumplimiento de un mandato al que estaba obligado.

Ciertamente, ajustar la legislación local al nuevo texto de la Constitución general no es una responsabilidad que depende sólo del Ejecutivo estatal, pues su injerencia o participación en los procesos legislativos necesarios de ninguna manera tiene la preponderancia o indispensabilidad que tiene la del Poder Legislativo; pero también cierto es que ante dicha situación el Ejecutivo estatal se circunscribió a justificar una negativa en la falta de adecuación del marco normativo estatal, lo que es igual a justificarse en la falta de cumplimiento al mandato transitorio del poder reformador, que si bien no le es imputable directa o exclusivamente a él, tampoco externó manifestación alguna de la que pudiera advertirse o desprenderse que éste había hecho lo que estaba a su alcance para que se cumpliera con la Constitución.¹⁶

En virtud de que durante la sustanciación de la controversia las normas constitucionales y legales estatales fueron adecuadas a la norma constitucional federal, la Suprema Corte resolvió declarar la invalidez del oficio del gobierno del Estado de México en el que se negaba la solitud del municipio de Toluca, y ordenarle a aquél que en un plazo de 90 días procediera a la transferencia del servicio público.

Otros ejemplos de este mismo tipo de omisión legislativa absoluta respecto de facultades de ejercicio obligatorio pueden ser las controversias constitucionales 46/2002 y 80/2004. Un ejemplo más puede serlo la controversia constitucional 4/2005, en la que la Suprema Corte consideró, entre otras cosas, que el Congreso del Estado de Tlaxcala incurrió en una omisión legislativa absoluta de una facultad de ejercicio obligatorio, pues no había adecuado la Constitución estatal ni la normatividad secundaria a las normas constitucionales relacionadas con la independencia del Poder Judicial del estado, por lo que se le conminó para que “a la brevedad posible” cumpliera con el mandato constitucional.¹⁷

Por lo que hace a omisiones legislativas parciales del órgano legislativo respecto de facultades de ejercicio obligatorio, en la ejecutoria de la

¹⁶ *Ibidem*, p. 987.

¹⁷ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, diciembre de 2005, t. XXII, p. 1677.

controversia constitucional 14/2005 se cita,¹⁸ como ejemplo, la correspondiente a la 25/98, promovida por el ayuntamiento de Xalapa, en contra del gobierno del Estado de Veracruz, en contra tanto de la negativa de éste a municipalizar el servicio público de tránsito y vialidad, como de algunas disposiciones de la Ley de Tránsito y Transporte de dicho estado que impedían la plena eficacia del artículo 115 constitucional en materia de municipalización del servicio público referido.¹⁹

Aquí cabe hacer mención de que la ministra Luna Ramos, al votar en contra de la mayoría en la resolución de la controversia constitucional 80/2004, expresamente manifestó su disenso en torno a que, ante la existencia de una omisión legislativa parcial, procediera la controversia constitucional, en virtud de que “sí existe una acción por parte del legislador ordinario, la cual si bien puede ser contraria a los postulados constitucionales, su impugnación no debe hacerse depender de una omisión legislativa, sino directamente de la actuación incorrecta o incompleta del legislador”;²⁰ en este caso, el camino correcto —de acuerdo con la ministra— estriba en confrontar la norma legal incompleta o deficiente con la Constitución federal, mediante la acción de inconstitucionalidad.

Lo contrario generaría el riesgo de que se impugnaran disposiciones legales fuera del plazo legal, bajo la fórmula o el disfraz de omisiones legislativas, lo que terminaría destruyendo el sistema de procedencia de las acciones de controversia constitucional y la capacidad de respuesta de este alto tribunal en su correcta y oportuna resolución.²¹

Imaginemos que las acciones de inconstitucionalidad 22/2001 y 27/2002, arriba reseñadas, no hubieran sido promovidas y que los defectos de las normas electorales impugnadas no se hubieran declarado inconstitucionales, ello porque hubiese pasado el término legal para promover dichas acciones. Con el paso del tiempo, y al no ser ya procedente la acción abstracta de inconstitucionalidad, ¿hubiera sido posible promover la acción de controversia constitucional ante los “olvidos” del legislador?

¹⁸ *Ibidem*, p. 2335.

¹⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, abril de 2000, t. XI, p. 720.

²⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, enero de 2006, t. XXIII, p. 2131.

²¹ *Idem*.

Conforme al criterio mayoritario del Pleno de la Suprema Corte, hubiera procedido la controversia. Es en este sentido que la ministra Luna Ramos alerta: a pesar de que el ejercicio de la acción pertinente para impugnar la legislación defectuosa (por omisa o insuficiente) hubiese precluido, dicha disposición legal podría ser impugnada fuera del plazo legal.

La ministra tiene razón desde un punto de vista estrictamente procesal. Sin embargo, bajo esa perspectiva se somete la supremacía constitucional a la oportunidad procesal para plantear una violación a la misma. O sea, si una norma puede ser inconstitucional (por omisa o defectuosa), pero su examen no se pide dentro del plazo legal, entonces ya no se podrá impugnar con posterioridad. Por supuesto que la seguridad jurídica triunfa, pero a costa de la supremacía de la Constitución. Por ello diferimos del criterio de la ministra Luna Ramos; tratándose de la eficacia normativa constitucional, el principio tiene que relativizarse para dar, realmente, seguridad jurídica.

¿Qué hubiera pasado si las acciones de inconstitucionalidad 22/2001 y 27/2002 no hubieran sido promovidas, puesto que el plazo legal para impugnar la constitucionalidad de las normas respectivas hubiera pasado y ningún sujeto legitimado hubiera realizado acto alguno? El mismo defecto de constitucionalidad que se les detectó a las normas electorales impugnadas hubiera existido, pero hubiera resultado imposible someterlo a control jurisdiccional. Ciertamente, se genera el “riesgo” de que se impugnen disposiciones legales fuera del plazo legal, bajo la fórmula o el disfraz de omisiones legislativas, pero ¿es preferible sustentar nuestra seguridad jurídica en normas inconstitucionales cuya impugnación resulta imposible?, ¿no es mejor que la seguridad jurídica se funde en un adecuado control constitucional, incluso “fuera de plazo”?

Por lo que hace a las omisiones legislativas, tanto absolutas como relativas, respecto de facultades de ejercicio potestativo, el control de su constitucionalidad se torna más complicado, en virtud de que no se está en presencia de un mandato concreto cuyo desacato torne evidente la infracción a la Constitución. En torno al no ejercicio de una facultad, Cossío Díaz ha afirmado 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”.²²

²² Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 6, p. 13.

Es posible que las facultades a cuya omisión se refirió el ahora ministro sean, en primer término, las de ejercicio potestativo, puesto que si son efectivamente de ejercicio potestativo y no se ejercitan, no cabe hablar, aparentemente, de omisión. Ésta implica un no actuar como se espera; es decir, sólo se omite una conducta cuya realización es probable.

Imaginemos que, siendo las doce horas de un día muy soleado, entramos a una habitación con amplios ventanales por los que se cuele gran cantidad de luz natural. Al entrar a la habitación no encendemos la luz artificial. Nadie podría sostener que hemos omitido encender la luz. Ahora, imaginemos que entramos a la misma habitación pero al punto de la media noche, la cual es muy cerrada y no hay luna visible. Al entrar no encendemos la luz. Ahora sí se podría sostener que lo hemos omitido, por la simple razón de que era esperable que lo hiciéramos. Ahora agréguese al ejemplo el hecho de que existiera una norma que nos facultara o nos diera competencia para encender la luz. ¿Algo cambiaría?

Si estando facultados para encender la luz (o siendo competentes para ello), el ejercicio de tal atribución nos fuera potestativo (es decir, nosotros decidimos si ejercemos o no la facultad, y el momento de hacerlo), y, siendo las doce la noche, no ejercemos nuestra facultad o competencia, la omisión en la que incurriríamos sería consecuencia del contexto en el que no ejercimos nuestra facultad o competencia potestativa, mas no de una violación a la norma que fija nuestra competencia o determina nuestra facultad. En tal caso no violaría directamente ninguna norma.

Pero, siguiendo con el experimento mental, si alguien tuviera derecho a leer en la mencionada habitación en la hora en que le plazca, la media noche por ejemplo, y, facultados en forma potestativa como lo estamos para encender la luz, no lo hacemos, no sólo omitimos una conducta esperable, aunque no obligada, sino que, además, vulneramos un derecho: el de quien teniéndolo para leer en la habitación en cualquier momento, no puede ejercerlo. Si, en el extremo, resultare que tal derecho está constitucionalmente consagrado, en ese caso nuestra omisión violaría, de manera indirecta, la Constitución, pues una norma constitucional dejaría de ser eficaz en razón de nuestra omisión.

Es así que el legislador también incurre en una omisión legislativa inconstitucional cuando, a pesar de que no exista un mandato constitucional explícito para legislar, su omisión legislativa genera consecuencias normativas que vulneran derechos fundamentales. Esa sería una omisión absoluta o relativa en competencia de ejercicio potestativo.

Por otra parte, lo cierto es que no siempre se le imponen al legislador mandatos legislativos explícitos, sino que tal mandato es resultado de una interpretación sistemática y/o funcional de determinadas normas constitucionales. Por ejemplo, si bien no existe una prescripción constitucional federal que obligue a los poderes legislativos locales a actualizar o revisar la demarcación territorial de los distritos electorales uninominales de sus respectivos estados bajo el criterio poblacional, lo cierto es que, a partir de una lectura sistemática y funcional de la Constitución federal, se puede llegar a la conclusión de que tales órganos legislativos están obligados a actualizar tal demarcación territorial, al menos, cada diez años, tras el más reciente censo general de población.²³

Los ejemplos anteriores, imaginario uno y real el otro, intentan mostrar que la omisión legislativa del legislador puede dar origen a una variedad amplia de problemas de constitucionalidad cuya resolución ha comenzado a explorar la Suprema Corte mexicana. En este sentido, cabe hacer mención de algunos otros criterios de relevancia en torno a las omisiones legislativas:

- 1) El término para impugnar una omisión legislativa se actualiza cada día, en razón de que la acción o conducta probablemente violatoria de la Constitución se sucede cotidianamente.²⁴
- 2) En el caso de las omisiones legislativas, la negación del acto reclamado no arroja la carga de la prueba sobre la parte actora, sino que, en virtud de que dicha negación implica una afirmación, dicha carga probatoria corresponde a la parte demandada. Sólo en caso de que se acredite la inexistencia de la omisión (es decir, que se hizo lo que se dice que no se hizo), la actora deberá desvirtuar las pruebas ofrecidas para demostrar que la demandada incurrió en la omisión atribuida.²⁵

²³ Cfr. SUP-JRC-511/2006, resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en cual, no obstante, no se entró al análisis de fondo, en virtud de que la reparación era material y jurídicamente imposible dentro de los plazos electorales.

²⁴ Tesis P./J. 43/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, agosto de 2003, t. XVIII, p. 1296.

²⁵ Tesis P./J. 81/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, agosto de 1999, t. X, p. 567; cfr. controversia constitucional 48/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, julio de 2004, t. XX, p. 827.

3) No toda omisión legislativa del legislador es inconstitucional:

Para que quede demostrada la inexistencia de actos, es menester analizar no únicamente si la autoridad incurrió o no en conductas omisivas, sino también si constitucionalmente existe el deber de realizar esas conductas y, en su caso, si éstas fueron acatadas en sus términos, lo que constituye una cuestión relativa al estudio de fondo del asunto.²⁶

4) Las soluciones dadas a este tipo de problemas han sido variadas:

- a) Se determina que el Congreso responsable realice, dentro del plazo de un año, las adecuaciones legales conforme a la Constitución federal.²⁷
- b) Se ordena al Ejecutivo estatal que transfiera, dentro de un plazo de 90 días, el servicio público de tránsito.²⁸
- c) Se determina que el Congreso local, dentro del segundo periodo de sesiones, deberá pronunciarse de manera fundada, motivada, razonada, objetiva y congruente, respecto de la iniciativa de propuesta de actualización de las tablas de valores unitarios que servirán de base para el cobro de contribuciones presentada por el municipio actor,²⁹ o bien adecuar, en general, las disposiciones legales a la norma constitucional federal.³⁰
- d) Se conmina al Congreso estatal para que, a la brevedad posible, dé cumplimiento al mandato constitucional de legislar y proceda a realizar las adecuaciones a la normativa estatal para conformarlas con las normas constitucionales federales.³¹

²⁶ Controversia constitucional 80/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, enero de 2006, t. XXIII, p. 2092.

²⁷ *Ibidem*, p. 2129.

²⁸ Controversia constitucional 25/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, abril de 2000, t. XI, p. 810; *cfr.* controversias constitucionales 326/2001, 363/2001 y 10/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, mayo de 2003, t. XVII, pp. 992, 1040 y 1063, respectivamente.

²⁹ Controversia constitucional 14/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, diciembre de 2005, t. XXII, p. 2358.

³⁰ Controversia constitucional 46/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, febrero de 2006, t. XXIII, p. 1318.

³¹ Controversia constitucional 4/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, diciembre de 2005, t. XXII, p. 1677. Esta conminación se localiza

Finalmente, es necesario resaltar el hecho de que, aun sin contar con un mecanismo procesal del todo idóneo o específico para conocer de inconstitucionalidad por omisión legislativa, la Suprema Corte mexicana ha comenzado a resolver este tipo de controversias, en contraste con los tribunales o salas constitucionales de algunas entidades federativas que, contando expresamente con una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, no han conocido, de manera significativa, este tipo de asuntos. Este hecho es relevante en razón de que ha de quedar claro que las instituciones funcionan en razón de que los usuarios las utilicen. Ningún diseño institucional, ni siquiera un tribunal constitucional, funcionará adecuadamente ni ofrecerá productos satisfactorios (ni, por lo tanto, se justificará) si no es usado como debería serlo.

La justicia constitucional federal ha comenzado a rendir frutos interesantes en la medida en que se le han comenzado a plantear problemas novedosos o bajo ópticas poco frecuentes, y ha dado respuesta a ellos. Algo similar sería esperable (y deseable) en el caso de la justicia constitucional estatal.