



EL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS EN MÉXICO. UNA INVITACIÓN A LA REFLEXIÓN

Laura M. RANGEL HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Los hechos*. II. *Las interrogantes*. III. *Reflexiones finales*.

La inconstitucionalidad por omisión desborda interés y reclama un tratamiento serio y riguroso acorde con sus repercusiones y potencialidades en la circunstancia del imperio del Estado de derecho. La conciencia jurídica del lector debe conducir a ello para reflexionar sobre las hipotéticas deficiencias y las taras de los actuales sistemas.

José Julio FERNÁNDEZ R.

Las anteriores palabras no pudieron ser mejores para iniciar este trabajo; en ellas se condensa la esencia y finalidad del mismo. Somos conscientes de la necesidad de estudiar y profundizar en el tema de la omisión legislativa, el cual debe ser tratado con rigor técnico y a la vez con una visión garantista; debe vigilarse con extremo cuidado que su eventual regulación o aplicación por la vía jurisdiccional sea en estricto apego a las normas, principios y directrices constitucionales, pero ello no implica que se limite a una visión simplemente técnica o letrista; debe tenerse como objetivo final la consolidación de un Estado constitucional de derecho, una

* Licenciada en derecho, con estudios de posgrado en derecho civil y procesal civil; maestra en derecho y maestrante en derecho procesal constitucional en la Universidad Panamericana.

correcta protección y defensa de los derechos fundamentales y, por supuesto, la regularidad del orden jurídico en donde sea aplicada. A simple vista se aprecia que conjuntar todos estos elementos no es una tarea fácil, que implica riesgos y compromisos, y por tanto la problemática debe ser encarada con base en profundas reflexiones constitucionales e incluso consideraciones de tipo político, social, económico y fáctico, y cuando sea el caso, bajo la óptica y sensibilidad de un verdadero juez constitucional, con todo lo que ello implica.

La justicia constitucional ha evolucionado a lo largo de los años dando pasos firmes en todas las latitudes, logrando amplia aceptación. Hoy en día no se concibe un “Estado de derecho” que carezca de procesos constitucionales para su salvaguarda, y es innegable que aquel que pretenda consolidarse como un “Estado constitucional de derecho” estará especialmente interesado en solidificar este sistema y asegurarse de que no existan actos u omisiones que queden fuera del control constitucional.

Hace algunos años era impensable someter al legislador a cualquier tipo de control; con el devenir histórico se ha consolidado el control judicial de las leyes como una exigencia de la vida moderna, en función de un verdadero respeto a la supremacía constitucional. No obstante, este avance no ha sido suficiente para que se vea con la misma naturalidad el control de las omisiones del órgano legisferante, inclusive se ha calificado esta pretensión como un exceso, como una violación al principio de división de poderes, como una invasión de competencias, como un ataque frontal a la libertad de configuración del legislador; es por ello que son pocos los sistemas jurídicos que explícitamente lo han adoptado en su legislación. Sin embargo, no puede soslayarse que el problema de fondo continúa allí: existen numerosos casos en los que la actividad pasiva del legislador violenta la norma constitucional, lo que además trae consigo una variedad de efectos, que van desde la actualización de otros actos contrarios a derecho, hasta una deficiente protección a los derechos humanos. ¿Qué debe hacerse al respecto?, ¿acaso es válido desviar la mirada y ante justificaciones de orden político o de estricta técnica jurídica permitir el incumplimiento de la carta magna o es que deben tomarse decisiones que aun cuando pudieran ser discutibles garanticen la regularidad del orden jurídico y por consiguiente afiancen el Estado de derecho?

En las siguientes líneas no se pretende encontrar una solución a la gran cantidad de interrogantes que circundan el delicado tema de la omi-

sión legislativa y su inconstitucionalidad, ya que cada una de ellas requiere de profundos análisis y consideraciones que no podrían realizarse en este trabajo, de manera que la intención es simplemente poner de manifiesto la problemática que se desenvuelve a su alrededor, con la intención de invitar al lector a una profunda reflexión en torno al tema y sobre todo a provocar el ánimo de realizar investigaciones, trabajos o propuestas que pudieran eventualmente incidir en una mejora al sistema de control constitucional que se tiene en nuestro país.

Si este objetivo se lograra (limitado al tema que nos ocupa o extendido a cualquier otro rubro de la justicia constitucional), se estaría colateralmente enriqueciendo la disciplina jurídica que la estudia: el derecho procesal constitucional. En efecto, la acción por omisión legislativa es eminentemente y sin lugar a dudas un proceso constitucional tendente a la regularidad del orden jurídico y encaminado a la salvaguarda de la Constitución y su supremacía, y en muchos casos a la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

Estamos convencidos de que el objetivo señalado líneas arriba justifica la participación de este sencillo trabajo en una obra de tal magnitud, dedicada a la importante trayectoria y labor del doctor Héctor Fix-Zamudio, quien además de otros méritos tales como su sencillez, calidad humana y genio intelectual, ha destacado por su vocación docente, que ha inspirado a muchas generaciones de discípulos a profundizar en diversas áreas del derecho y especialmente en el derecho procesal constitucional, rama jurídica que le debe mucho por su incansable labor, y respecto de la cual, en justicia, se le ha reconocido como uno de sus principales forjadores.

I. LOS HECHOS

1. *La omisión legislativa*

En principio, nos adherimos a la conceptualización que de la inconstitucionalidad por omisión legislativa propone José Julio Fernández Rodríguez, 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”.¹ Tiene su fundamento en la existencia de un mandato para legislar que, ya sea de forma implícita o expresa, se encuentra contenido en la norma fundamental y que ha sido desatendido por el legislador ordinario, con lo cual se causa la irregularidad del orden jurídico y en muchos casos la indefensión o falta de certeza jurídica hacia los gobernados. Al respecto, cabe destacar que sólo en forma excepcional el constituyente establece un plazo específico para la producción de las normas de desarrollo constitucional, y mayoritariamente se deja esto indefinido; este tema es el que configura uno de los puntos débiles o que plantean mayor dificultad para la determinación de las omisiones de tipo legislativo y la posibilidad de su calificación de inconstitucionales, debido a que será a través de cada caso concreto donde se determine que ha transcurrido un lapso “excesivo” de tiempo para que pueda ya hablarse de “mora legislativa”.

Tradicionalmente, la omisión legislativa se ha estudiado desde dos puntos de vista: como absoluta y relativa. Esta clasificación fue elaborada y estudiada por Wessel, y se resume en que la primera existe cuando hay una “ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional” y la segunda cuando se trata de la “vulneración del principio de igualdad por olvido de ciertos grupos en la legislación”.² Cabe destacar que, para dicho autor, esta última puede reconducirse a una inconstitucionalidad de tipo positivo que sí se puede confrontar con la Constitución. Así también se ha distinguido entre las omisiones del legislador, que son las que aluden a las de tipo relativo porque la ley se emitió para regular una materia específica pero se hizo de forma incompleta al callar algo que debió contener, y las omisiones de ley, que son las absolutas porque, en realidad, no se ha regulado la materia respectiva.³

¹ Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 29.

² Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general, derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998, p. 114.

³ Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. En criterio similar, Villaverde, Ignacio, “Inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes...*, cit., nota 1.

2. Panorama internacional

La inconstitucionalidad por omisión legislativa ha cobrado auge en los últimos años en diversos países, y cada uno de ellos le ha otorgado características diferentes.⁴ Ha sido regulada en forma expresa en los textos constitucionales de Yugoslavia, Portugal, Brasil y Venezuela; a nivel local se encuentra prevista en Brasil, en los estados de Río Grande do Sul, San Pablo, Río de Janeiro y Santa Catarina; en Argentina, en las provincias de Tucumán y Río Negro. También encontramos casos como el de Ecuador y Paraguay, donde se infiere del contenido de varios preceptos constitucionales en que se prohíbe su incumplimiento bajo el argumento de ausencia de norma reglamentaria. En el caso de Costa Rica está contemplada la acción de inconstitucionalidad contra leyes que infrinjan por omisión alguna norma o principio constitucional en la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Por otra parte, existen órdenes jurídicos donde no se ha adoptado la institución en la legislación positiva, pero se ha abierto brecha por la vía jurisprudencial, como en los casos de España, Italia, Perú, Alemania, Austria y Colombia, entre otros.

Prácticamente podría decirse que cada país contiene un modelo distinto de inconstitucionalidad por omisión legislativa, ya que no ha tenido una regulación uniforme, debido a que se ajusta a las necesidades del mismo, a su tradición jurídica, a la concepción que tiene de su Constitución y sobre todo al tipo de justicia constitucional que cada uno desarrolla. Por ello no sería posible desarrollar aquí cada uno de estos modelos, de manera que nos limitaremos a hacer algunas referencias genéricas; se-

⁴ Respecto a la omisión legislativa en otros países, destaca el amplio estudio realizado por Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión...*, cit., nota 2; también Bazán, Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes...*, cit., nota 1. Además, Fernández Rodríguez, “La inconstitucionalidad por omisión en Portugal”, *Revista de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, nueva época, núm. 101, julio-septiembre de 1998, pp. 335-359; “La inconstitucionalidad por omisión en Brasil”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 42, mayo-agosto de 1995, pp. 207-229; Rojas Manrique, “Inconstitucionalidad por omisión en Colombia”, *Estudios de Derecho*, Bogotá, segunda época, año LXII, vol. LIX, núm. 133-134, diciembre de 2000, pp. 98-137; Marcenó, Valeria, “La Corte Costituzionale e le omisiones incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Milán, fascículo 3, año XLV, mayo-junio de 2000, pp. 1985-2019, entre otros.

ñalaremos, por ejemplo, que en algunos supuestos existe una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa propiamente dicha y en otros se controlan las omisiones vía acción abstracta de inconstitucionalidad o por mecanismos *sui generis*; en cuanto a los sujetos legitimados para hacer valer estos vicios de inconstitucionalidad, van desde una acción popular hasta una legitimación restringida a algunos organismos estatales; respecto de los órganos a quienes se imputa la omisión legislativa, en ciertos casos sólo procede contra el Poder Legislativo y en otros se amplía al Ejecutivo por cuanto a su facultad reglamentaria, cuya ausencia impida que la Constitución despliegue correctamente sus efectos. Uno de los puntos en donde más discordancia existe es la solución que se otorga,⁵ la cual va desde la mera declaración de la existencia de una omisión legislativa inconstitucional, una simple recomendación al órgano legisferante para que corrija el vicio, el otorgamiento de plazo al Legislativo para que proceda a emitir la norma faltante, una eventual sanción por incumplimiento, una medida resarcitoria en favor del promovente, hasta, en algunos casos, la facultad otorgada al juez constitucional para

⁵ Siguiendo a Néstor Sagüés, las respuestas constitucionales a esta figura se clasifican de la siguiente manera:

1) Denuncia ante un órgano superior, que implica que vista la omisión legislativa, se haga del conocimiento de la autoridad jerárquicamente superior.

2) La recomendación, donde el órgano superior o de control simplemente recomienda a la autoridad omisa que cumpla con su labor.

3) El llamado de atención lo sitúa en Portugal, y que, como su nombre lo dice, no es más que un extrañamiento a la autoridad omisa.

4) La intimación, que implica el otorgamiento de un plazo para que se colme el vacío legal.

5) La cobertura, señalando los casos de Brasil y Veracruz, donde ante el incumplimiento de la autoridad el juzgador dictará las bases temporales mientras se expide la ley en cuestión, aquí cabe incluir, por nuestra parte, al estado de Coahuila y recientemente Chiapas.

6) La cobertura y el resarcimiento, contemplados en la Provincia de Río Negro en Argentina, en cuya Constitución se prevé que ante el incumplimiento se integrará el orden jurídico, y si esto no fuera posible se estipulará un resarcimiento en favor del promovente.

7) La compulsión constitucional, se presenta en los casos en que las propias Constituciones determinan que no pueden ser incumplidas por falta de ley reglamentaria, de modo que el juez debe ingeniárselas para resolver la situación de mérito; se conoce principalmente en Ecuador y Paraguay.

Véase Sagüés, Néstor, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires, Konrad Adenauer, Ad-Hoc, 2006.

que dicte las medidas particulares y provisionales que sean necesarias para subsanar la omisión en el caso particular, en tanto se expide la norma definitiva por el órgano competente.

Por otra parte, en los sistemas jurídicos donde la omisión legislativa no se encuentra específicamente regulada se ha resuelto en sede jurisdiccional con base en criterios jurisprudenciales de los tribunales constitucionales o magistraturas encargadas del control constitucional. Aquí el panorama es aún más incierto, ya que todas las cuestiones antes indicadas quedan sujetas a la consideración del órgano respectivo; por ejemplo, en el tema de la solución a estos vicios de inconstitucionalidad se ha incurrido en la emisión de sentencias denominadas “atípicas”, que como sugiere su propia nomenclatura ofrecen alternativas distintas a la estimación o desestimación de la inconstitucionalidad.

3. *Situación en México de la omisión legislativa*

A. *A nivel local*

En la República mexicana, a partir del 2000 hemos visto una amplia actividad emanada de los constituyentes reformadores estatales, encaminada a incluir en su norma fundamental instrumentos de control de la constitucionalidad de sus órdenes jurídicos internos;⁶ podría pensarse que se trata de una tendencia innovadora, pero basta con una mirada a nuestra historia constitucional local para percatarnos de que los estados tienen largos antecedentes en este sentido, e incluso podría decirse que en muchos casos han sido pioneros, dejando rezagada a la Federación.⁷

Esta tendencia tiene su fundamento en el carácter supremo de las Constituciones; es decir, si bien la Constitución federal de un país es sin

⁶ Son veinte ya las entidades federativas que cuentan con algún tipo de mecanismo de justicia constitucional local. *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La regulación de los mecanismos de control constitucional en las entidades federativas (esbozo comparativo)”, en González Oropeza y Ferrer Mac-Gregor (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.

⁷ Véase González Oropeza, Manuel, “El control constitucional en las entidades federativas” y “Desarrollo del control constitucional en las entidades federativas”, ambos en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, *cit.*, nota anterior.

duda alguna la norma jurídica por excelencia de mayor jerarquía de su orden jurídico, en igualdad de circunstancias, a nivel estatal la Constitución local estará en la cúspide normativa y será la que determine la regularidad del orden jurídico dentro de su circunscripción territorial. Como parte del desarrollo de esta justicia constitucional local, encontramos vigente el tema de la omisión legislativa. Aquí el fenómeno consiste en que este instituto jurídico no ha sido positivizado a nivel federal, en tanto que cinco Constituciones locales la han adoptado: Veracruz,⁸ Tlaxcala,⁹ Chiapas,¹⁰ Quintana Roo¹¹ y Coahuila,¹² sobre las cuales haremos apenas algunos comentarios.

⁸ Sobre justicia constitucional en Veracruz véase: 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” y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La nueva Sala Constitucional en el estado de Veracruz”, ambos en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003. Asimismo, Astudillo Reyes, César, “Las salas constitucionales en México”, González Rebolledo, Haydeé, “Los juicios de protección de derechos humanos en Veracruz. Análisis de los problemas en la resolución de casos presentados en el 2003”, Morales Carrasco, Ricardo, “Medios de control constitucional en Veracruz” y “Las facultades constitucionales de la Sala Constitucional del estado de Veracruz”, todos en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, cit., nota 6.

⁹ Respecto a la justicia constitucional en Tlaxcala véase: García Domínguez, Hugo G., “La protección integral de la Constitución del estado de Tlaxcala”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, cit., nota 6; Astudillo Reyes, César I., *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México. Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, Mexico, UNAM, 2004.

¹⁰ En cuanto a la justicia constitucional en Chiapas véase: Robles Solís, Enrique, “La protección de los derechos humanos en Chiapas” y Sierra Sánchez, Luis Alfredo, “La justicia constitucional en el estado de Chiapas”, ambos en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, cit., nota 6; Astudillo Reyes, César I., *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México*, cit., nota anterior.

¹¹ Por lo que hace a la justicia constitucional en Quintana Roo véase: Ávila Fernández, José Manuel, “La justicia constitucional en Quintana Roo”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, cit., nota 6.

¹² En lo concerniente a la justicia constitucional en Coahuila véase Froto Madariaga, Germán, “La justicia constitucional en Coahuila”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, cit., nota 6.

El estado de Veracruz-Llave modificó su Constitución Política en 2000,¹³ siendo pionero en establecer medios de control constitucional local, dentro de los cuales se incluye a la omisión legislativa. Ésta se limita a los casos en que se estime que el Congreso no ha “aprobado” alguna ley o decreto y que esto constituya violación a la Constitución. Se establece una especie de jurisdicción dividida, en tanto corresponde la tramitación, estudio y elaboración del proyecto de resolución a la Sala Constitucional, quien le dará cuenta al Pleno del Tribunal Superior de Justicia para su resolución definitiva; se confiere legitimación para promoverla al gobernador del estado y a cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos. Una vez constatada por parte del órgano jurisdiccional la omisión legislativa, se otorgará un plazo de dos periodos de sesiones para expedir la ley o decreto en cuestión, además contiene una fórmula especial para el cumplimiento de la sentencia respectiva, ya que se determina que si transcurrido dicho plazo no se expidiera la norma correspondiente, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, mientras se expide la normatividad faltante.

Por su parte, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala sufrió modificaciones sustanciales,¹⁴ dentro de las cuales destaca la incorporación de la acción contra la omisión legislativa. Se prevé en su artículo 81, el cual otorga competencia para su resolución al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, quien actúa como tribunal constitucional local. Se trata de una acción popular y se procede ante la “falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general” cuya obligación de dictarlas conste en la Constitución federal, la Constitución de Tlaxcala e incluso en las leyes. Opera ante omisiones imputables al Congreso, al gobernador de la entidad, a los ayuntamientos o consejos municipales, respecto de las disposiciones de carácter general que debieran expedir de conformidad con las normas indicadas. Para el caso de constatarse la omisión legislativa, en la sentencia respectiva se otorgará a la autoridad en cuestión un término no mayor de tres meses para que emita la norma faltante, y lo que es más importante, prevé la responsabilidad para el caso de incumplimiento por parte de la autoridad. Cabe destacar que es la

¹³ Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del Estado de Veracruz el 3 de febrero de 2000.

¹⁴ Decreto publicado en el *Periódico Oficial* de Tlaxcala el 18 de mayo de 2001.

Ley del Control Constitucional del Estado de Tlaxcala¹⁵ la que regula específica y más concretamente a esta acción.

Por cuanto a Chiapas, si bien su Constitución política ya contemplaba la acción de omisión legislativa,¹⁶ mediante decreto publicado el 16 de mayo de 2007 se actualizó una muy importante reforma constitucional relativa al Poder Judicial de la entidad, convirtiéndose en el estado que establece formalmente el primer Tribunal Constitucional en nuestro país, mismo que se conforma por tres magistrados nombrados por el Congreso local a propuesta del Ejecutivo estatal. Dentro de las atribuciones de control constitucional de este Tribunal, se conservó la acción por omisión legislativa, la cual precede “cuando se considere que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución”. Cabe destacar que se refiere a la legislación que deba emitir el Congreso por mandato de la Constitución federal o local. Están legitimados para promoverla el gobernador, la tercera parte del Congreso, de los ayuntamientos y cuando menos el 5% de los ciudadanos. De decretarse la existencia de la omisión legislativa, se determinará el plazo de un periodo ordinario de sesiones del Congreso local para que resuelva la omisión correspondiente, y si no acata la resolución, el Tribunal Constitucional tiene facultades para resolver sobre la omisión provisionalmente, “y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa”.¹⁷ Cabe comentar que esta última atribución fue adicionada en la reciente reforma, ya que antes no la tenía.

¹⁵ Publicada el 30 de noviembre de 2001.

¹⁶ Efectivamente, este instituto jurídico ya se encontraba regulado con anterioridad a la reforma que ahora se comenta. La hipótesis de procedencia era la misma, cuando el Congreso no haya “resuelto” una ley o decreto y que a falta de los mismos no se pueda dar debido cumplimiento a la Constitución local. El órgano competente para resolver, que era el Pleno de la Sala Superior del Supremo Tribunal de Justicia con el carácter de tribunal de control constitucional, determinaba la existencia de la omisión legislativa y establecía un plazo que comprendía dos periodos ordinarios de sesiones del Congreso del Estado para que resolviera sobre la normatividad en cuestión. Se aprecia que su objetivo final es simplemente coaccionar de alguna manera (si es válido usar esta expresión) al legislador para evitar la excesiva tardanza en la discusión y aprobación de las iniciativas presentadas, lo cual se infiere de la lectura de la Ley de Control Constitucional para el Estado de Chiapas. No obstante que esta ley deberá ser adecuada a la nueva normatividad constitucional, dado que la hipótesis de procedencia de la acción es la misma, se estima que aún le es aplicable.

¹⁷ Según lo dispone el artículo 56, fracción III, de la Constitución estatal.

En 2003, la Constitución Política del Estado de Quintana Roo sufrió una reestructuración de su Poder Judicial y se incluyó el control constitucional; ahí se contemplan, entre otras, la acción por omisión legislativa, la cual se puede ejercer “cuando se considere que el Congreso del estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución”. Por su parte, la Ley Reglamentaria de los Artículos 104 y 105 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo¹⁸ establece que: “se entenderá que afecta al debido cumplimiento del texto fundamental, cuando por el propio mandato constitucional el Congreso del estado esté obligado a expedir alguna ley o decreto y éste no lo haga; o que expidiendo la ley o decreto lo haga de forma deficiente que no regule adecuadamente el precepto constitucional”. La resolución de esta acción corresponde al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, aunque la tramitación y elaboración de proyecto lo hace la Sala Constitucional y Administrativa. Si en ella se constata la existencia de una omisión legislativa inconstitucional, se conminará al Legislativo para que en el periodo ordinario de sesiones en curso o el inmediato siguiente emita la normatividad respectiva, e incluso puede disminuirse el plazo si el interés público lo justifica.

En el caso de Coahuila, es en la reforma habida en 2005 donde se positiviza a la acción por omisión legislativa dentro del capítulo IV de la Constitución, dedicado a la “Justicia constitucional local”, regulándose en una doble vertiente. Teniendo como base el control difuso adoptado por la entidad, la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza,¹⁹ en su artículo 65, dispone que “en el ejercicio de este control difuso, los jueces también podrán analizar la inconstitucionalidad por omisión cuando la falta de norma requiera ser colmada o resuelta para garantizar la tutela judicial efectiva”. Desafortunadamente, no se especifica cuál es la mecánica o procedimiento para ello, pero de una interpretación sistemática de la legislación se deduce que operaría a través de la cuestión de inconstitucionalidad.

Por otra parte, a nivel constitucional también encontramos cierta regulación de esta acción. El artículo 158, fracción II, regula la acción de inconstitucionalidad, señalando en su número 3, inciso *f*, que las mismas

¹⁸ Ley publicada en el *Periódico Oficial* del Estado de Quintana Roo, el jueves 15 de diciembre de 2005.

¹⁹ Publicada en su *Periódico Oficial* el 12 de julio de 2005.

proceden en contra de “la omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria”. Ante la falta de precisión de dichas disposiciones, la Ley Reglamentaria, en su artículo 71, fracción V, indica que existe este tipo de inconstitucionalidad “cuando la Constitución del estado resulta incumplida por falta de las disposiciones de carácter general necesarias para hacer aplicables sus preceptos”, y finalmente se determina que cuando el Pleno del Tribunal Superior de Justicia, en su carácter de tribunal constitucional local, verifique la existencia de inconstitucionalidad por omisión, lo comunicará al órgano competente para que éste, en un plazo razonable, dicte las disposiciones legislativas necesarias que permitan se aplique el precepto de la Constitución falto de reglamentación, pero en todo caso “expedirá los principios, bases y reglas normativas a regular conforme a su fallo”.

Cabe destacar que ha transcurrido poco tiempo para hacer un balance en cuanto al éxito (o fracaso) de la acogida de la omisión legislativa en las entidades federativas antes señaladas, por lo que habrá que esperar un poco para estar en aptitud de ello.

B. A nivel federal

Ahora bien, el hecho de que la Constitución federal no contemple una acción específica en contra de la omisión legislativa no ha impedido que se hayan presentado casos ante el Poder Judicial federal en donde se han alegado violaciones a la Constitución causadas por el ocio legislativo, lo que ha generado el inevitable pronunciamiento sobre el caso pese a las dificultades relativas a la falta de una acción *ad-hoc* y de competencia constitucional expresa para ello, entre otras.

El primer medio que se trató de utilizar para corregir estas violaciones a la carta magna fue el juicio de amparo. Se desprende del artículo 80 de la Ley de amparo que este medio de control constitucional procede en contra de actos de autoridad de carácter positivo, e igualmente en contra de los negativos u omisivos. En el primer caso, el efecto de la sentencia concesoria de amparo será el de restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, y en el segundo, será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija. Derivado

de lo anterior, vemos que el manto protector del juicio de garantías alcanza tanto a los actos positivos que violen los derechos fundamentales de los gobernados, como los casos en que la pasividad u omisión por parte de las autoridades sean los que transgredan tales derechos. No obstante, la práctica judicial ha llevado a los tribunales federales a establecer por vía jurisprudencial una excepción a esta regla general, en el sentido de que el juicio de amparo no es procedente en los casos de omisión legislativa, esto debido a la incompatibilidad de los efectos que se generarían al dictarse una sentencia concesoria de amparo con el principio de relatividad de las sentencias.

Han sido varios los juicios que se han presentado y nos limitaremos a traer a colación sólo dos de forma ejemplificativa. Destaca la contradicción de tesis 18/98 entre las sustentadas por los tribunales colegiados Primero y Tercero del Cuarto Circuito, ambas en torno a la posibilidad de impugnación de las determinaciones de no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público. Ante la omisión del legislador de estipular mecanismo alguno para efectivizar ese derecho, o bien establecer expresamente la procedencia del amparo para su impugnación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó que este juicio es procedente, debido a que la omisión legislativa (aunque no la llame con este nombre) no puede obstaculizar el ejercicio de la garantía individual²⁰ concedida por el citado precepto, y que tampoco puede la misma quedar en suspenso hasta que el legislador emita la norma que regule el procedimiento para hacer valer este derecho.

Igualmente señalaremos el amparo en revisión 743/2005²¹ promovido por Jorge Castañeda Gutman, en el que reclamó, entre otras cosas, la omisión imputable al Congreso de la Unión consistente en la falta de expedición de normas que reglamenten la posibilidad de que los ciudadanos tengan acceso a un cargo de elección popular como candidatos independientes. Por actualizarse varias causales de improcedencia el amparo fue sobreseído, entre ellas debido a que “conforme al artículo 107, fracción II, párrafo primero, de la Constitución federal, en el juicio de amparo rige el principio de relatividad a partir del cual sólo se podrá otorgar

²⁰ Hemos utilizado aquí la expresión “garantía individual” debido a que proviene de la resolución que se comenta, aun cuando no aceptamos dicha terminología.

²¹ Respecto al presente amparo véase *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Caso Castañeda*, México, núm. 13, 2006.

la protección a quien lo ha promovido, sin tener efectos generales, por lo que, como ya lo ha sustentado este alto tribunal, no podría vía amparo obligarse a las autoridades responsables a legislar en un determinado sentido”.

De este modo, y sustancialmente por contraponerse la omisión legislativa en sí misma considerada y los efectos que ésta pudiera desplegar con la fórmula Otero, es que se ha determinado por criterios jurisprudenciales la improcedencia del juicio de amparo en contra de omisiones legislativas.

Ahora bien, en el campo de las acciones de inconstitucionalidad también se han alegado omisiones absolutas y relativas en diversos procedimientos; en el primer caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado expresamente que no procede la acción de inconstitucionalidad,²² lo cual resulta comprensible si se toma en consideración que por su propia naturaleza no son compatibles las dos instituciones jurídicas, y en cuanto a las segundas no se ha logrado un criterio uniforme, como veremos a continuación.

La acción de inconstitucionalidad 22/2001 y sus acumuladas 23/2001 y 24/2001²³ fueron promovidas por tres diferentes partidos políticos, quienes solicitaron se decretara la invalidez del decreto 216 por el que se reformó la Ley Electoral del Estado de Hidalgo. Al momento de resolver, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de 10²⁴ votos y sin mayores discusiones, determinó declarar procedentes y parcialmente fundadas las acciones de inconstitucionalidad, declarando la invalidez del artículo 38, fracciones I, inciso *h* y II, inciso *e*, de la Ley Electoral por ser contrarios a lo que establecen los artículos 41, fracción II, y 116, fracción IV, inciso *f*, de la Constitución general, en virtud de

²² Cfr. acción de inconstitucionalidad 7/2003.

²³ Ejecutoria publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de septiembre de 2001. Consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, septiembre de 2001, t. XIV, p. 825.

²⁴ Resuelta en la sesión del 23 de agosto de 2001, por unanimidad de diez votos de los ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y Genaro David Góngora Pimentel. No asistió el ministro Mariano Azuela Güitrón, por estar de vacaciones. Fue ponente en este asunto el ministro Humberto Román Palacios.

que se excluye a los partidos políticos de reciente creación o que no tengan antecedentes electorales en las elecciones para diputados, del financiamiento público para “actividades generales” a que tienen derecho conforme a la Constitución federal.

Destaca el hecho de que la Corte determinó que la Legislatura debería emitir una nueva disposición que previera dicho financiamiento en un plazo de veinte días naturales contados a partir de la publicación de la ejecutoria en el *Diario Oficial de la Federación*.

No obstante el anterior precedente, la Suprema Corte da un giro en su criterio, como veremos ahora. La acción de inconstitucionalidad 26/2006 fue interpuesta por 47 senadores de la LIX Legislatura del Congreso de la Unión, demandando la invalidez de diversos artículos de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión. Por la naturaleza de este estudio, aquí solamente comentaremos el concepto de invalidez consistente en la inconstitucionalidad por omisión legislativa, relativa al acceso a los medios de comunicación para los pueblos y comunidades indígenas. En un hecho inusitado, la Suprema Corte determinó hacer públicos todos sus trabajos respecto a la acción, y dio a conocer el dictamen emitido por el ministro ponente. En él se proponía la procedencia del concepto respectivo, tomando en cuenta los precedentes en este sentido, y fundamentándose también en la controversia constitucional 14/2005,²⁵ que sentó criterios muy importantes en torno al tema. Se calificó a la omisión como el incumplimiento de una competencia de ejercicio obligatorio por parte del legislador. No obstante, el dictamen no fue acogido por el Pleno, hubo intensas discusiones ante criterios encontrados, razón por la cual la sentencia se emitió, en el punto concreto, por mayoría de cinco votos contra cuatro, determinando la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad en esta materia. Respecto de este asunto queremos dejar sentada la preocupación que causa el cambio de criterio de la Corte mexicana; en primer lugar, desde la óptica de la institución de la omisión legislativa implica un retroceso, ya que en esta línea se hace improcedente la acción de inconstitucionalidad cuando antes se había admitido e incluso se había exhortado al legislador a emitir la norma omitida, y en segundo lugar, debido a que el fondo de la cuestión radica en la efectivización de derechos sociales en favor de las comunida-

²⁵ Esta controversia constitucional se comentará más adelante.

des y pueblos indígenas, lo que conlleva tristemente una pobre defensa de los derechos fundamentales.²⁶

Finalmente comentaremos que las controversias constitucionales también se han promovido para combatir la omisión legislativa. Estimamos que éstas han tenido un poco más de fortuna, no obstante que el alto tribunal no ha llegado todavía a una convicción generalizada sobre su procedencia. En primer lugar comentaremos la controversia 4/2005, iniciada por la magistrada presidenta del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tlaxcala, quien en representación del Poder Judicial del estado acudió a este proceso constitucional federal con la finalidad de que se invalidara la convocatoria para elegir magistrados del propio Tribunal. Independientemente de los hechos que la provocaron, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia analizó una cuestión que denominó “precisión previa”, consistente en una omisión legislativa inconstitucional. Esta omisión consiste en que el Congreso de Tlaxcala no ha dado cumplimiento a la reforma a la Constitución federal de marzo de 1987, en la que se modificaron, entre otros, los artículos 17 y 116 a fin de consolidar al Poder Judicial tanto federal como local, y por ello el alto tribunal determinó conminar al Congreso “para que a la brevedad posible dé cumplimiento al mandato constitucional a que se ha venido haciendo referencia, y proceda a realizar las adecuaciones a la normativa estatal, adecuándolas a los principios establecidos en el artículo 116, fracción III, de la Constitución federal”.

Así también comentaremos el caso de la controversia constitucional 14/2005, promovida por el municipio de Centro, estado de Tabasco, en la cual demandó, entre otros, la invalidez de la omisión imputable al Congreso local de dictaminar y resolver respecto de la iniciativa de actualización a las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones. La Corte estimó que esta cuestión configura una competencia de ejercicio obligatorio a cargo del órgano legislativo local, porque deriva de un mandato expreso del constituyente reformador de la Constitución federal dirigido al legislador estatal, y que ha incurrido en una omisión legislativa de carácter absoluto debido a que no se acreditó que el Congreso local hubiere dictaminado la iniciativa señalada, por lo cual declaró fundado el concepto de invalidez respectivo. Así, la Suprema Corte determinó que

²⁶ Al respecto véase el voto particular emitido por el ministro Góngora Pimentel, visible en la página de Internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: www.scjn.gob.mx.

el Congreso del Estado de Tabasco, dentro del segundo periodo de sesiones, “deberá pronunciarse de manera fundada, motivada, razonada, objetiva y congruente, respecto de la iniciativa de propuesta de la actualización a las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que servirán de base para el cobro de las contribuciones correspondientes presentada por el municipio actor”. Esta resolución suscitó interesantes debates en el seno del Pleno de la Corte, pero al final se llegó a la determinación de asentar en el cuerpo de la ejecutoria, en forma expresa y general, una clasificación de la omisión legislativa dependiendo de su clase y en relación con el tipo de competencia de la cual provenga, y que se resume de la siguiente manera:

- a) Omisiones absolutas en competencias de ejercicio obligatorio.
- b) Omisiones relativas en competencias de ejercicio obligatorio.
- c) Omisiones absolutas en competencias de ejercicio potestativo.
- d) Omisiones relativas en competencias de ejercicio potestativo.

Con estas consideraciones se ha avanzado sustancialmente en materia de omisión legislativa, no obstante estimamos que esto no es suficiente para resolver de fondo el problema.

II. LAS INTERROGANTES

Ahora bien, habiendo sentado ya un panorama de la situación de la omisión legislativa tanto en el extranjero como en nuestro país, procederemos a hacer algunos planteamientos de las interrogantes que circundan a este instituto jurídico y que de alguna manera inciden en la resistencia que existe tanto de incluir la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en su derecho positivo como de analizar y resolver estos vicios de inconstitucionalidad por la vía jurisdiccional.²⁷ No pretendemos

²⁷ Inclusive algunos autores dedican sendos epígrafes a la conveniencia de la adopción de este medio de control constitucional a través del análisis de las razones a favor y en contra de ello; por ejemplo, Fernández Rodríguez, *Inconstitucionalidad por omisión...*, cit., nota 2; Tajadura Tejada, Javier, “La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes...*, cit., nota 1; Carpio Marcos y Eto Cruz, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado (reflexiones a propósito del caso peruano)*, México,

aquí encontrar las soluciones a cada una de ellas, sino simplemente poner de manifiesto una serie de cuestiones que deberán analizarse si se pretendiese incluir la acción en el derecho positivo federal, de modo que su regulación sea la más adecuada para evitar problemas jurídicos colaterales, e igualmente resultaría favorable tener en cuenta estos cuestionamientos para orientar el criterio de los jueces constitucionales al momento de resolver casos como éstos (con o sin normatividad expresa sobre la omisión legislativa).

La metodología que se utilizará será plantear el cuestionamiento y hacer algún comentario, señalar posturas doctrinales respecto del mismo, sin que implique la adopción de un criterio específico para su respuesta; así también, en ciertos casos se ejemplificará el criterio que han sostenido al respecto los ministros de la Suprema Corte mexicana,²⁸ todo esto para ofrecer elementos de juicio y a la vez mostrar la complejidad que acompaña a la omisión legislativa y a su eventual admisión plena en nuestro orden jurídico. Estos planteamientos se agruparán por rubros para facilitar su exposición.

1. *Cuestionamientos generales*

1. La primera interrogante, y tal vez la más importante sea: ¿deben o no controlarse las omisiones legislativas? Esta pregunta constituye el punto clave de la cuestión que nos ocupa, ya que desde aquí encontramos dificultades para llegar a un concierto. Al respecto, algunos autores, juzgadores y abogados en general esgrimen razones muy atendibles para negar la viabilidad y conveniencia del control de las omisiones del legislador, tales como el hecho de que se trata de cuestiones políticas no justiciables (*political questions*), que se vulnera la cualidad política de los órganos legisferantes, la invasión de competencias, la trasgresión a la división de poderes, la violación al principio de reserva de ley, además de resaltar al-

Fundap, 2004; Casal, Jesús, “La protección de la Constitución frente a las omisiones”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, cit., nota 8, entre otros.

²⁸ Las transcripciones aquí realizadas han sido extraídas textualmente de las versiones estenográficas de las sesiones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o bien de votos particulares emitidos por los ministros. Esta información es consultable en la página de Internet de la Corte mexicana: www.scjn.gob.mx.

gunas cuestiones fácticas y económicas; por otro lado, también se escuchan argumentos muy sólidos que propugnan por el control de actos y omisiones de todos los poderes y sus órganos, en función de la supremacía constitucional, de la regularidad del orden jurídico, de una consolidación del Estado constitucional de derecho y, sobre todo, de una irrestricta defensa y protección de los derechos fundamentales.

Cabe destacar que, en el caso de México, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tampoco han logrado un consenso sobre esta cuestión, ya que algunos se han pronunciado a favor²⁹ y otros en contra,³⁰ lo que incide directamente en el resultado de los asuntos que se les plantean.

Aquí cobra aplicación el siguiente comentario:

Yo quisiera hacer una advertencia, pero sí una consideración previa en este sentido. Me queda clarísimo que incursionar en el terreno de la omisión legislativa es algo harto difícil, es muy difícil, técnicamente muy difícil, se transita en un terreno donde la línea divisora es muy tenue, y se corre el riesgo que aquí apunta el señor ministro Azuela Güitrón de que este poder incurra en una intromisión a las atribuciones de otro.

Continuando con la argumentación, admite el control de las omisiones legislativas e indica:

...en el caso concreto, la ley es la que no dice lo que la Constitución le ha dicho que debe decir, y si no existe un medio, un camino para poner este

²⁹ En reiteradas ocasiones, los ministros Góngora Pimentel, José Ramón Cossío Díaz y Sergio Salvador Aguirre Anguiano han argumentado en favor del control de la omisión legislativa; así también, el ministro Silva Meza sostiene que “en un futuro no muy lejano, tendrá que desarrollarse el problema de los efectos de la inconstitucionalidad por omisión, para lo cual seguramente servirá la existencia de precedentes de derecho comparado en numerosas jurisdicciones. En relación con dicho tema, se tendrá que llegar a una solución equilibrada entre la función jurisdiccional y el papel del legislador” (Silva Meza, Juan, “A diez años de la Novena Época. Discursos”, *Efectos de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los procesos constitucionales*, México, SCJN, 2005, p. 30).

³⁰ Como ejemplo podemos decir que la ministra Luna Ramos ha sostenido reiteradamente su desacuerdo con el control de las omisiones legislativas a través de los medios de control constitucional vigentes en nuestro país; en igual sentido se han pronunciado los ministros Mariano Azuela Güitrón y Ortiz Mayagoitia.

remedio a un desacato a un mandato constitucional, pues ese sería un camino muy fácil para que por la vía legislativa se hiciera nugatoria una expresión del Constituyente.³¹

2. ¿Acaso puede decirse que el cumplimiento de la Constitución es selectivo y que sólo algunos de sus destinatarios tienen el deber de cumplirla en tanto otros pueden hacer caso omiso a sus disposiciones?, ¿es que los mandatos constitucionales sólo operan sobre los gobernados y no sobre los órganos de gobierno y los poderes constituidos? Sin menospreciar la legitimidad democrática que detentan los órganos legislativos, ¿son ajenos a los mandatos de la Constitución, a pesar de que su creación, organización y competencias provengan de ella? Si la respuesta a las anteriores preguntas es negativa, entonces no se justifica que exista tanta renuencia a controlar sus omisiones, sobre todo considerando que ya es generalmente aceptado el control de sus actos, es decir, las normas jurídicas.

Íntimamente relacionado con esto, ¿se sostiene realmente que la Constitución es la norma fundamental del sistema jurídico aun cuando no se garantice su exacto y total cumplimiento por todos sus destinatarios? Habrá que pensar que no se protege la Constitución si no se toma ninguna medida para que sea siempre y en todo momento cumplida en todas y cada una de sus partes.

3. Si se concluyera que es imperativo que las omisiones del legislador sean objeto de control constitucional, ¿sólo podría llevarse a cabo su control bajo estricto mandato del derecho positivo o sería posible crear una solución pretoriana? Una de las objeciones principales que se hace a la admisión o incorporación de la omisión legislativa es precisamente la ausencia de previsión en la legislación,³² pero no debe olvidarse que existen abundantes antecedentes de países que aun careciendo de este instituto, por vía jurisprudencial han aceptado el reto de su control, como en el caso de Alemania, Italia, Austria, España, entre otros.

Al estar analizando una acción de inconstitucionalidad, en concreto su procedencia en casos de omisión legislativa, se ha dicho:

³¹ Ministro Silva Meza. Versión taquigráfica de la sesión del Pleno del 6 de junio de 2007 relativa a la acción de inconstitucionalidad 26/2006.

³² Véase, por ejemplo, Tajadura Tejada, Javier, "Inconstitucionalidad por omisión y derechos sociales", en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes...*, *cit.*, nota 1.

Habría la posibilidad de que el Constituyente pudiera en un momento dado, si se sensibiliza ante estas situaciones, añadir, además de las normas generales, las omisiones legislativas que puedan existir, no, yo creo que esto es responsabilidad de los cuerpos legislativos, habría muchos ejemplos que yo podría dar de órdenes que hay en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a pesar de pasar años y años no se cumplen por las legislaturas de los estados, pero es una omisión legislativa, quedan dentro de la responsabilidad de los legisladores, pero cómo la Suprema Corte de Justicia va de pronto a añadir sin que la Constitución la autorice, una materia que ni siquiera existen los elementos reglamentarios en la ley que pudiera dar la solución de cómo puede uno afrontar esta problemática.³³

4. Refiriéndonos al caso concreto de México, nos cuestionamos: ¿sería posible establecer a través de la jurisprudencia una vía para la impugnación y corrección de las omisiones legislativas, aun cuando al interior de la Corte existen posturas encontradas al respecto, además de que se han dado importantes cambios de criterio en cuanto a la pertinencia del estudio de la omisión legislativa parcial en las acciones de inconstitucionalidad? No hay que olvidar que existen muchos ejemplos en el ámbito jurídico de instituciones que se han creado por vía jurisprudencial, como el caso del propio amparo en Argentina y República Dominicana, pero para llegar a estas importantes determinaciones es indispensable el consenso de los integrantes de los órganos jurisdiccionales respectivos.

5. La decisión de controlar o no las omisiones legislativas por vía jurisdiccional tiene mucho que ver con el activismo del órgano de control o con el grado de *self restraint* que adopte. ¿Cuál sería la justa medida? En nuestro contexto se ha dicho:

¿vamos a permitir que se violente la Constitución, y finalmente se haga burla de ella?, o bien, vamos a comportarnos conforme al espíritu de la Constitución, a la interpretación de la misma, ¿con cierta audacia?, no me gusta la palabra, pero la voy a decir, ¿con cierto activismo?³⁴

³³ Ministro Azuela Güitrón. Versión taquigráfica del 6 de junio de 2007 correspondiente a la acción de inconstitucionalidad 26/2006.

³⁴ Ministro Aguirre Anguiano, discusión de la controversia constitucional número 46/2002.

De la Corte se ha dicho que es activista cuando... su decisión no encuadra en los esquemas mentales de aquel que siente que le fue desfavorable la decisión de la Corte; de la Corte también se ha dicho que actúa medrosa y tímidamente, que pudiendo dar más apogeo a sus interpretaciones, se chincha (*sic*) a la literalidad de la ley, y utiliza la técnica para la técnica misma, y no como un instrumento al servicio del hombre. Entonces, siempre estamos entre las dos puntas de la pinza, o somos activistas, o somos medrosos y tímidos.³⁵

Por otra parte, también al discutirse la posibilidad de análisis de la omisión legislativa en acción de inconstitucionalidad, se ha escuchado:

...me parece que en el caso concreto, hay un límite que debe respetar la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, que es el otorgamiento de las facultades que le da la Constitución; de no ser así, pues sería un poder sin ningún límite, inclusive sobrepuesto al Poder Constituyente y al poder revisor de la Constitución; y a pesar de lo plausible de los argumentos y de las tesis que se han sostenido, yo honestamente, no encuentro ni en la Constitución ni en la ley, ninguna norma que las pueda sustentar.³⁶

Siendo tan válidos como son ambos pensamientos, nos surge una duda: ¿podría encontrarse un punto intermedio que no traspase los límites constitucionales, pero que tampoco solape el incumplimiento de la carta magna?

6. Asumiendo que se aceptara el control de las omisiones legislativas, ¿alguno de los medios de control constitucional vigentes sería la vía idónea para impugnar una omisión legislativa en México? Como es sabido, a nivel federal no existe una vía específica para ello ni tampoco se han establecido en derecho positivo la competencia o las condiciones en que pudiera actuarse en los procesos constitucionales vigentes, lo que ha provocado que se tengan que forzar aquellos con los que se cuenta.³⁷ En el

³⁵ Ministro Aguirre Anguiano. *Cfr.* versión taquigráfica de la sesión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 6 de junio de 2007, acción de inconstitucionalidad 26/2006.

³⁶ Ministro Franco González Salas. Versión taquigráfica de la sesión del Pleno del 6 de junio de 2007, acción de inconstitucionalidad 26/2006.

³⁷ La ministra Luna Ramos ha dicho: “yo considero que ninguno de los medios de control constitucional, ni el juicio de amparo ni la controversia, pueden llevarnos a deter-

amparo se ha establecido una causal de improcedencia respecto de los conceptos de violación que versen sobre omisiones legislativas; en acción de inconstitucionalidad se ha negado el acceso a las omisiones totales, en tanto que en las parciales el tema ha sido por demás debatido,³⁸ declarándose procedente en algunos casos y posteriormente se ha cambiado el criterio hacia la improcedencia; finalmente, en el rubro de las controversias constitucionales, aun cuando la Corte ha sido mucho más proclive a analizar las omisiones legislativas, las discusiones han sido mayores.³⁹

7. Sin importar el medio de control que se haya intentado para corregir una omisión legislativa, ¿qué pasa con los derechos afectados que hay detrás de los promoventes de los procesos constitucionales? Si bien cada uno de ellos tiene peculiaridades distintas (en concreto, en el amparo se requiere de un interés jurídico y un agravio efectivamente causado, en tanto que en las controversias constitucionales es suficiente con un interés legítimo que provoque su ejercicio y, finalmente, en las acciones de

minar que una omisión legislativa pueda ser declarada inválida”. Controversia constitucional 46/2002, versión estenográfica del 10 de marzo de 2005.

³⁸ Así, se ha dicho: “creo que tratándose de omisión legislativa, la acción tanto de inconstitucionalidad como de controversia constitucional debe declararse improcedente; nuestra jurisdicción, en materia de leyes, es solamente la prevista en la acción de inconstitucionalidad y tiene como finalidad invalidar aquellas disposiciones ya emitidas y que en el análisis jurídico de las mismas, advertimos como contrarias a la Constitución”. Ministro Ortiz Mayagoitia, versión estenográfica de la discusión de la controversia constitucional número 46/2002. En contrario, el ministro Góngora Pimentel ha dicho: “considero que debería ampliarse en este aspecto la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, llenando el vacío que dejó el poder reformador, que cuando calla no dice sí, pero tampoco no a la procedencia de la acción, en este caso de omisión”. Versión estenográfica de la acción de inconstitucionalidad 7/2003.

³⁹ Atiéndase, por ejemplo, a lo siguiente: “cuando en una controversia constitucional un municipio se viene quejando de que el estado y específicamente el Legislativo, no ha emitido una determinada ley, no ha legislado, y aquí yo estaría de acuerdo en el sentido que se promueve, se propone por los señores ministros disidentes, si se tratara de la ley en general, no has legislado sobre esto, pero aquí se trata en realidad de una cosa diferente que deberemos tomar muy en cuenta, no has cumplido con la Constitución, la Constitución en el artículo 115 establece, desde 1999, según las reformas correspondientes, que a las legislaturas corresponde emitir determinadas leyes”. Ministro Díaz Romero, discusión de la controversia constitucional 46/2002. En otro tenor: “yo en lo personal considero que la controversia constitucional no procede respecto de omisiones legislativas”. Ministra Luna Ramos, controversia constitucional 80/04, versión estenográfica del 12 de julio de 2005.

inconstitucionalidad basta con el interés simple que busca la regularidad del orden jurídico) no puede negarse que debe existir algún motivo subyacente que provoque el impulso necesario para poner en acción a la jurisdicción constitucional.

8. Ahora bien, en los órdenes jurídicos donde la omisión legislativa no tiene una aceptación en el derecho positivo, ¿es que en aquellos casos en que existan normas constitucionales de necesario desarrollo y que contengan un mandato o encargo al legislador para que lo realice, si éste no lo hace, este acto omisivo y contrario a la Constitución no tiene forma de ser corregido?, ¿es que este vicio de inconstitucionalidad debe prevalecer indefinidamente sin que pueda corregirse?

Esta preocupación ha estado presente en el seno de la Corte; al efecto se ha cuestionado: “Si el legislador decidiera no dictar las leyes para configurar los derechos en cuestión ¿serían letra muerta? Si la respuesta a esta última pregunta es afirmativa, entonces la Constitución es vigente sólo cuando las leyes le dan permiso, y me parece que tenemos muchos precedentes que rebaten esa conclusión”. Ésta es un pregunta formulada por el ministro Góngora Pimentel⁴⁰ referida en concreto a los derechos fundamentales, la cual por sí misma muestra la inquietud en torno al tema y su preocupación tanto de salvaguardar a la norma fundamental y procurarle el respeto que merece, como de proteger por cualquier vía los derechos de los gobernados.

Respecto a este cuestionamiento, solamente podríamos agregar que aun cuando es innegable que debe darse un trato preferente a los derechos humanos, el planteamiento puede ampliarse a casos donde el órgano legisferante no cumple el mandato de legislar en otros rubros, como las normas que crean entes estatales, las de tipo organizativo, las que asignan competencias, etcétera, ya que en cualquier caso una obligación constitucional debe cumplirse independientemente de la materia a que se refiera.

En este orden de ideas, al discutirse una cuestión análoga se ha dicho:

...aquí yo encuentro una cosa muy diferente de una simple omisión genérica, aquí es una omisión de legislar, pero en relación con una obligación expresamente atribuida por el Constituyente a las legislaturas locales, esto

⁴⁰ En la discusión relativa a la acción de inconstitucionalidad 26/2006.

tiene que ser tomado en cuenta por la Suprema Corte de Justicia, si no se tomara en cuenta entonces resultaría que la letra y los mandatos de la Constitución general no sirven para nada, ante la omisión de las legislaturas locales, si la legislatura local no quiere emitir o pasa por alto esta obligación, pues sencillamente no hay quién lo pueda obligar, si no es a través de lo que se establece en la Constitución como un medio para que se cumpla con ella, y creo que la controversia constitucional es el medio adecuado para hacerlo.⁴¹

Estas aseveraciones ponen de manifiesto la necesidad de encarar el problema y darle una solución.

9. Ahora bien, si se toma en cuenta que la base de la omisión legislativa, como su nombre lo dice, son actos negativos imputables a los órganos legislativos, es importante hacer una precisión terminológica. ¿Es lo mismo silencio, laguna y omisión, ya que todos estos términos hacen alusión a una ausencia de normatividad?, ¿recibirán el mismo tratamiento ante su inconstitucionalidad?

Estimamos que en realidad no se trata de términos ni fenómenos jurídicos idénticos; tienen diferencias sustanciales en cuanto a su propia naturaleza, origen, consecuencias y forma de subsanarlos, es por ello que adquiere suma importancia hacer una distinción, ya que de esto dependerá la solución jurídica que se utilice para afrontar el problema que se tenga enfrente.⁴²

⁴¹ Ministro Díaz Romero, discusión de la controversia constitucional 46/2002.

⁴² Al respecto, podemos citar lo siguiente: “Aquí lo que se nos plantea es una omisión en el sentido de que la Legislatura incumplió un deber que le impone el artículo 115 constitucional, no estamos frente a un silencio administrativo, no estamos por ejemplo frente a una situación que podríamos decir la Legislatura no ha emitido tal reglamento, eso es una omisión, pero de otro tipo, o no reguló esta hipótesis, ese sí sería silencio, no dijo nada, hay que integrar la laguna, pero aquí estamos frente a un desacato a algo que directamente ordena la Constitución, por lo tanto, es una omisión y hago mucho hincapié en esto porque recordarán señores ministros que yo pasé un dictamen en el cual no estaba de acuerdo con el proyecto porque se trataba de una omisión; sin embargo, reflexionando precisamente en la distinción que establece el ministro Cossío, yo retiro mi dictamen, yo estoy de acuerdo con el proyecto y sí, hay que distinguir entre un silencio, simplemente el legislador no ha legislado y hay que preguntarse si el tribunal constitucional puede obligarlo a legislar al otro aspecto, el legislador ha incumplido un deber que le impone la Constitución, yo creo que eso sí puede un tribunal constitucional compelerlo a que cumpla con ese deber”. Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, controversia constitucional 14/2005, versión estenográfica del 3 de octubre de 2005.

2. Cuestionamientos relativos a los elementos intrínsecos de la omisión legislativa

1. Es aceptado por autores como Fernández Segado,⁴³ Fernández Rodríguez,⁴⁴ Aguiar de Luque,⁴⁵ Salvador Leal,⁴⁶ Dermizaky Peredo,⁴⁷ entre otros, que un elemento presente y necesario en la omisión legislativa son los “encargos al legislador” o, dicho de otra manera, “mandatos” de legislar.

Ahora bien, ¿es correcto hablar de “mandatos de legislar” o “encargos al legislador”? ¿es necesario que exista un mandato de legislar para que se configure una omisión legislativa? La interrogante surge porque Villaverde sostiene que el mandato para legislar no es un elemento indispensable de la omisión legislativa inconstitucional,⁴⁸ y por su parte Báez Silva incluso niega la existencia de tales “deberes u obligaciones” de legislar.⁴⁹

43 “La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXVIII, núm. 83, mayo-agosto de 1995.

44 Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión...*, cit., nota 2.

45 “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 24, 1987.

46 “Inconstitucionalidad por omisión”, *Cuestiones Políticas*, Zulia, núm. 28, 2002.

47 Ex presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia. “La inconstitucionalidad por omisión”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 6, 2002.

48 Indica: “para que ese silencio sea lesivo de la Constitución no es necesario que afecte a aquellos deberes, explícitos o no, de legislar que la Constitución pueda imponerle... ya que basta con que su silencio constituya una indebida forma de cierre de la apertura constitucional propia de las Constituciones democráticas, o, mas simplemente, su silencio mantenga o cree situaciones jurídicas contrarias a la Constitución”. Villaverde, I., “La inconstitucionalidad por omisión, un nuevo reto para la justicia constitucional”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes...*, cit., nota 1, p. 73.

49 Al efecto indica: “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”. Báez Silva, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXV, núm. 105, septiembre-diciembre de 2002, p. 760.

2. Íntimamente relacionado con lo anterior, cabría preguntarse: ¿solamente cuando hay un mandato de legislar surge una omisión legislativa inconstitucional, o habrá otras causas? La respuesta a este cuestionamiento hasta cierto punto dependerá de la postura que se tome en el punto que antecede; por ejemplo, los que aceptan la necesidad del requisito de un mandato al legislador o “competencia de ejercicio obligatorio”, como lo propone la jurisprudencia mexicana, en cierta medida hacen depender de esta circunstancia la calificación de inconstitucional de la omisión sujeta a estudio; en cambio, citábamos por ejemplo la postura de Villaverde, quien habla de otras formas de omisiones legislativas inconstitucionales que crean situaciones contrarias a la Constitución.

3. Ahondando un poco en el tema del mandato o encargo al legislador, ¿éste debe ser expreso, puede estar implícito en la norma o basta con una remisión a la ley ordinaria para que se tome como tal? Esta interrogante es de mucha relevancia, ya que al estar decidiendo un asunto en vía jurisdiccional, resulta evidente este mandato cuando está contenido en la norma constitucional de forma expresa, pero cuando no es tan claro, deja abierto el campo a la duda, la discusión y posiblemente la ausencia de control constitucional.

4. En la doctrina se ha discutido que de aceptarse la existencia de un “mandato de legislar”, entonces también debe admitirse que hay un correlativo derecho a la legislación. ¿Existirá realmente este derecho?, ¿cuál sería la forma de hacerlo valer?, ¿sería la acción por omisión legislativa el medio idóneo? Éste es sin duda un planteamiento interesante, como muchos otros respecto de los cuales habrá que reflexionar detenidamente.

5. Por otra parte, valdría la pena preguntarse: ¿qué pasa con los casos en que el constituyente impone la obligación concreta y expresa a los cuerpos legislativos, sean locales o federales, de emitir determinadas normas y —más aún— les establece un plazo para su realización y el órgano respectivo no atiende a este mandato? Al respecto se ha dicho:

La cuestión es cuando la Constitución misma tiene un mandato, mediante el cual se ordena a los estados de la Federación, legislar, ¿pueden éstos hacer caso omiso de la norma constitucional y rebasando los plazos que la Constitución les dio para hacerlo, dejar de hacerlo?, sin que esto pueda tener control constitucional alguno, ¿o sanción alguna?, yo creo que esto no es posible.

Y continúa diciendo:

la pregunta es la siguiente: en estos casos en que existe el imperio de una disposición expresa de la Constitución que obliga a legislar y se desentiende, con esto quedará el Estado liberado de las obligaciones que pesan a su cargo. Pienso que no, yo pienso que del sistema de protección constitucional, el agio que hoy se contiene, debe de estar la posibilidad instrumental de obligar a legislar.⁵⁰

Cabe hacer el señalamiento de que en hipótesis como éstas la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado procedente la vía de controversia constitucional, declarado la existencia de una omisión legislativa relativa e incluso ha conminado a los cuerpos legislativos a emitir la normatividad pendiente.

6. En este punto plantearemos una idea no sólo interesante sino incluso “exótica”: ¿todas las omisiones legislativas son inconstitucionales o puede haber otras “constitucionales”, o dicho en otros términos, que no violenten la Constitución aunque en ciertos casos fuera preferible e incluso deseable que el legislador emitiera cierta regulación? Aquí podría hablarse, por ejemplo, de los casos en que la Constitución prevé una determinada situación o hipótesis jurídica, en la cual no existe una orden de legislar y el cuerpo legislativo no emite ninguna ley, no obstante que sería conveniente que lo hiciera para dar seguridad jurídica, clarificar algunas cuestiones al respecto y facilitar su aplicación.⁵¹

⁵⁰ Ministro Aguirre Anguiano, discusión relativa a la controversia constitucional 46/2002.

⁵¹ Un ejemplo que consideraríamos perteneciente al rubro de omisión legislativa “constitucional” o, más propiamente hablando, que no podría ser declarada inconstitucional, sería el caso de la facultad de investigación que detenta al Suprema Corte de Justicia mexicana en términos del artículo 97 de la carta magna. Esto es así debido a que el precepto constitucional en ningún momento establece la obligación y ni siquiera la necesidad de que el legislador intervenga para regular este rubro. No obstante el ejercicio de dicha facultad, que ha cobrado mucho auge en tiempos recientes, indica que es indispensable contar con una legislación que la regule y establezca sus procedimientos, alcances y límites, la cual se ha pretendido suplir con reglas generales emitidas por la propia Corte (mediante el acuerdo general 16/2007). De este modo, al no existir una “competencia de ejercicio obligatorio” o, dicho de otra forma, un “mandato o encargo” al legislador, es que se configura un caso como el antes señalado. El texto del artículo 97 en lo conducente dice: “La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún juez de distrito o magistrado de circuito, o designar uno o varios comisiona-

7. En una línea similar de pensamiento, pero en la hipótesis contraria, esto es, que no existe un mandato de legislar pero

...el órgano legislativo emite una disposición en ejercicio de facultades potestativas como es la creación de cualquier ley, y al hacerlo genera una norma a tal punto imperfecta que se considera no sólo que hay una laguna, sino que hay una omisión, y el tema es: esta Suprema Corte de Justicia ¿puede o no puede determinar la nulidad de esa norma general, por razón de esa mala o muy mala actuación del propio órgano legislativo?

Éste es un planteamiento que hace el ministro José Ramón Cossío Díaz al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁵² el cual es por demás interesante, ya que no hay un concreto mandato para legislar, pero sí una facultad para hacerlo, la cual se ejerce de conformidad con su libertad de configuración, pero se crea una norma que omite regular aspectos que conforme a las directivas constitucionales debieron haber sido contemplados por ella.

8. Por otra parte, una cuestión por demás interesante y en términos mucho más amplios que la omisión legislativa, es lo relativo a las llamadas normas constitucionales de eficacia diferida. ¿Éstas son eficaces por sí mismas o ineludiblemente requieren de la ley inferior para poder ser aplicadas? Evidentemente no hay concierto en la doctrina. Al respecto, el doctor Sagüés⁵³ nos da cuenta de diversas posturas, como son las teorías de la ineficacia, de la eficacia y de la eficacia parcial de dichas normas, lo que invita a repensar el tema con especial énfasis en la incidencia sobre la omisión legislativa y su control constitucional.

dos especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las cámaras del Congreso de la Unión, o el gobernador de algún estado, únicamente para que averigüe algún hecho o hechos sólo que constituyan una grave violación de alguna garantía individual. También podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal. La Suprema Corte de Justicia está facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión. Los resultados de la investigación se harán llegar oportunamente a los órganos competentes”.

⁵² El 3 de octubre de 2005 al discutirse la controversia constitucional 14/2005.

⁵³ Sagüés, Néstor, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, cit., nota 5.

Ahora bien, todavía podríamos ir más lejos con esta interrogante: ¿todas las normas y principios constitucionales son de necesario desarrollo legislativo?, y aquellas que sí lo son, ¿en caso de inactividad por parte del legislador simplemente no pueden desplegar ningún efecto o tienen un núcleo básico, normativo o de principio que puede ser aplicado directamente?, ¿qué consideración merece aquí la fuerza normativa⁵⁴ de la Constitución, si es que se admite siquiera que la posee? Estos cuestionamientos, que por supuesto no sólo tienen que ver con el tema de la omisión legislativa, aquí toman especial relevancia por cuanto a la calidad e intensidad del control que se ejerza sobre la omisión. Al respecto, también se ha dicho:

...quiero manifestar que los principios constitucionales y los derechos y las libertades fundamentales que vinculan a todos los poderes públicos del Estado mexicano, los que por ser derecho positivo y vigente son fuente directa de derechos y obligaciones [y] no meros principios programáticos, su fuerza vinculante es plena y exigible ante cualquier otro órgano del Estado; sobre todo si se toma en cuenta que este principio general de aplicabilidad inmediata no tiene más excepciones que las que imponga la propia Constitución expresamente, o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable.⁵⁵

9. Directamente relacionado con lo anterior, ¿en todos los casos el legislador diligente está realmente en posibilidades de dar contenido a esas normas o principios constitucionales? Sagüés,⁵⁶ por ejemplo, nos da cuenta de una serie de causas que ocasionan la inactividad legislativa sin que sean directamente imputables al órgano legislativo, sino más bien a las propias Constituciones, que en ciertos casos contienen cláusulas o declaraciones que califica de “utópicas” o “demagógicas”, entre otras, y que

⁵⁴ Véase Bidart Campos, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, Ediar-UNAM, 2003; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.

⁵⁵ Ministro Silva Meza. Versión taquigráfica de la sesión del Pleno del 6 de junio de 2007 relativa a la acción de inconstitucionalidad 26/2006.

⁵⁶ Sagüés, Néstor P., *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005; “Poder Judicial, Estado social de derecho y derechos imposibles”, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, cit., nota 5. Véase “La dimensión sociológica de la «mora legisferante»”.

realmente no son susceptibles de efectivización, al grado de hablar de “derechos imposibles”. Las posturas a favor y en contra deberán ser analizadas en conciencia.

10. En muchas ocasiones se da por sentado que en los casos de omisión legislativa el objeto de control es la inactividad del legislador, pero hay quien lo niega, entonces, ¿es susceptible de control constitucional el hecho de no legislar (ante el imperativo de un mandato constitucional), es decir la conducta del legislador, o lo que debe controlarse son las consecuencias que se generan con la inactividad del órgano legisferante? Éste es un punto muy importante, ya que dependiendo de la postura que se adopte cambiará sustancialmente la concepción que se tenga de este instituto jurídico, las consecuencias que se le asignen y principalmente la solución que se tome, ya sea por vía legal o jurisprudencial.⁵⁷

11. En otro orden de ideas, Constituciones como la de la Provincia de Río Negro, en Argentina, así como las de los estados de Veracruz-Llave, Coahuila y recientemente Chiapas, en México, autorizan al órgano encargado del control constitucional para subsanar las omisiones mediante la emisión de disposiciones o bases generales. El ejercicio de esta facultad ¿traspasa el principio de división de poderes?,⁵⁸ ¿provoca una invasión de competencias? Si la respuesta fuera afirmativa ¿podría pensarse que existieran disposiciones dentro de la propia Constitución que fueran inconstitucionales, a pesar de las teorías que sostienen lo contrario?, y si

⁵⁷ Villaverde y Báez Silva optan por la segunda alternativa. Este último sostiene: “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”. Villaverde, Ignacio, “Inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes...*, cit., nota 1, p. 762.

⁵⁸ En adición a intensas argumentaciones en este sentido de tipo doctrinal, podemos destacar el siguiente comentario: “lo que me parece más grave, ya que en este tema ha salido a relucir mucho el respeto a la división de poderes, que aquí para mí, haya una clara intromisión del Poder Judicial en el Poder Legislativo, en un momento dado, qué consecuencia tendrá decir que es inconstitucional una omisión legislativa, vinculamos a un cuerpo plural a que con violación a la libertad de expresión de cada uno de sus integrantes, tenga que acatar lo que dice la Suprema Corte, pues por esta vía de acciones de inconstitucionalidad por omisiones legislativas, de pronto vamos a legislar por la Federación y vamos a legislar por los estados de la República”. Ministro Azuela Güitrón, versión taquigráfica del 6 de junio de 2007 correspondiente a la acción de inconstitucionalidad 26/2006.

en cambio la respuesta fuera negativa, atendiendo a que dichas bases regirían solamente para el caso concreto y que serían provisionales en tanto el órgano legislativo emite la normatividad definitiva y generalizada, ¿cómo se podría evitar que el órgano de control cayera en excesos?, ¿cuál sería el límite en el ejercicio de esta facultad? Sin duda, éste es uno de los puntos más álgidos y discutidos en el tema del control constitucional de las omisiones legislativas.

12. Continuando con las consideraciones de los efectos que pueden generarse en el control de la omisión legislativa, ¿qué pasaría con aquellos casos que no pueden ser resueltos mediante la aplicación directa del precepto o principio constitucional debido a que involucran recursos presupuestales o determinación de políticas administrativas y de procedimientos de operación e infraestructura que están fuera de la órbita competencial y funcional del órgano de control? Esto cobra especial relevancia en el tema de los derechos sociales, que si bien enfrentan serias dificultades para su actualización, es innegable que son derechos justiciables y que debe propugnarse por su respeto y cumplimiento. Al respecto, resulta muy ilustrativa la parte conducente del voto particular del ministro Gónzora Pimentel derivado de la acción de inconstitucionalidad 26/2006.⁵⁹

13. En caso de que se estableciera la acción por omisión legislativa en el derecho positivo mexicano, ¿cuál sería la fórmula adecuada?, ¿se aceptaría una legitimación popular, semipopular o restringida?; en cuanto a los órganos causantes de la omisión legislativa ¿se limitaría al Poder Legislativo o se ampliaría su procedencia a la inactividad del Poder Ejecutivo respecto a su facultad reglamentaria cuando su omisión también violente la Constitución?, ¿cuál sería la magistratura competente?, ¿qué vía o proceso constitucional sería el que se implantaría?, ¿sería un mecanismo nuevo o se ajustaría alguno de los ya vigentes?, y el tema más álgido: ¿qué opción de solución se adoptaría?, ¿sería suficiente con hacer la

⁵⁹ En dicho voto se sostiene de forma ejemplificativa lo siguiente: “los derechos sociales con las dificultades que puede plantear en algunos casos su concreción, son justiciables... me parece claro que los derechos sociales no son normas programáticas entendidas como conceptos de contenido esencialmente político, pues al encontrarse en la Constitución generan obligaciones efectivas para el Estado... Estimo que si bien hay casos en que puede resultar un tanto complicado que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda directamente establecer las obligaciones a cargo del Estado, como podría ser en el caso en que implique la asignación de recursos presupuestales; sin embargo, la experiencia comparada demuestra que ello no constituye un obstáculo insalvable”.

declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa y comunicarlo al Legislativo omiso?, ¿éste órgano actuaría en consecuencia?, ¿sería necesario establecer la facultad de ordenar al Legislativo que emita las disposiciones conducentes?, ¿qué vinculatoriedad tendrían estas resoluciones?, ¿se establecería alguna sanción al órgano incumplido?, ¿se concedería algún derecho de resarcimiento al afectado con la omisión legislativa?, ¿se le permitiría al órgano jurisdiccional cubrir las omisiones en los casos en que sea posible? Evidentemente no hay una respuesta correcta para estos cuestionamientos, solamente debe intentarse encontrar la que sea más adecuada y conveniente para el país, en estricto apego al orden jurídico vigente, pero inspirados en la primacía de la Constitución y de la defensa de los derechos contenidos en ella; en razón de lo cual no queda duda de que tendría que hacerse un serio trabajo de análisis y reflexión de todas estas cuestiones antes de adoptar alguna determinación definitiva al respecto.

3. Omisión legislativa y juicio de amparo

Ya se ha comentado el estado de la omisión legislativa en esta materia, ahora bien, ¿es una justificación válida que el principio de relatividad de las sentencias de amparo hagan improcedente el juicio y por tanto inobjetable por esta vía las omisiones legislativas?, ¿debe subsistir la fórmula Otero? Aquí debe hacerse una precisión. Efectivamente, el “obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija”,⁶⁰ podría implicar darle efectos generales a la sentencia, pero no siempre es así. En el primer caso, por ejemplo cuando el acto reclamado consiste en la ausencia de legislación que incide en cuestiones orgánicas, de procedimiento o de reglamentación, es evidente que obrar en el sentido de respetar la garantía y cumplir lo que la misma exija sí implicaría la emisión de normas abstractas de carácter general, aplicables por tanto a un sinnúmero de casos; no obstante, debe tenerse en cuenta que en nuestro sistema jurídico el amparo es la vía *ad-hoc* para hacer valer las violaciones a los derechos humanos causadas por actos de autoridad, de ma-

⁶⁰ Según lo dispone el artículo 80 de la Ley de Amparo como efecto de la concesión del amparo de la justicia federal en contra de actos de carácter negativo.

nera que cuando el ejercicio de un derecho fundamental se ve obstaculizado por el ocio legislativo, de proceder el amparo éste desplazaría solamente efectos particulares, en concreto restitutorios para el quejoso, si se acude al núcleo del derecho violado y se aplica directamente el mismo, resolviendo así el problema individual sin que necesariamente se deba tener efectos generales. Como ejemplo de esta hipótesis remitimos al comentario hecho líneas arriba respecto a la omisión del legislador de establecer la vía y procedimiento específico para hacer efectivo el derecho constitucional concedido de impugnar las resoluciones del no ejercicio de la acción penal en una averiguación previa, lo cual se resolvió en ciertos juicios particulares mediante la admisión de la procedencia del juicio de amparo en concreto para el quejoso, solución que no implicó efectos generales. Esto sin perjuicio de que más adelante se clarificara la situación vía jurisprudencia por contradicción de tesis y posteriormente se determinara mediante una reforma de tipo legislativo (ambas en el 2000).

4. Omisión legislativa y la acción de inconstitucionalidad

1. ¿Es posible analizar la omisión legislativa a través de la acción abstracta de inconstitucionalidad?, ¿es técnicamente correcto? Se ha dicho constantemente que la omisión legislativa no puede analizarse a través de la acción de inconstitucionalidad debido a que son por naturaleza opuestas,⁶¹ en la primera se habla de la ausencia de disposiciones generales, en tanto que el objeto de control en la segunda precisamente son las normas generales; no obstante, también se ha propugnado por su admisión, al menos por lo que hace a omisiones parciales, ya que en este supuesto sí hay una norma general defectuosa o incompleta cuyas omisiones pueden válidamente analizarse a través de este medio de control constitucional.

En este tenor se ha reconocido que “en la acción de inconstitucionalidad la jurisdicción y la sentencia son limitados; sin embargo, ¿no es verdad que el silencio del legislador viola la Constitución cuando desplaza

⁶¹ “La omisión legislativa no puede conocerse por vía de acción de inconstitucionalidad, toda vez que el diseño constitucional de este medio de control hace imposible analizar e invalidar una norma general que no existe”. Ministro Valls Hernández, versión taquigráfica del 6 de junio de 2007, acción de inconstitucionalidad 26/2006.

con su acto omisivo a la voluntad del poder constituyente y con ello se alteran las intenciones del contenido normativo de la propia Constitución?⁶² En la misma línea se ha sostenido: “estábamos abordando el espinoso tema de la omisión legislativa, y debo de reconocer que el artículo 115 constitucional no es el anillo al dedo para resolver casos de la envergadura del que se presenta en la especie, que es lo siguiente: por razones de estricta técnica, yo diría a ultranza, ¿vamos a permitir que se violente la Constitución, y finalmente se haga burla de ella?”.⁶³ Asimismo, se ha dicho: “Si la acción de inconstitucionalidad, medio de control constitucional que se promueve con el único interés de la salvaguarda de la Constitución... si esta acción no sirve para controlar estos graves desacatos a la norma fundamental, entonces qué estamos haciendo aquí”.⁶⁴ La diferencia de criterios al interior del más alto tribunal mexicano es lo que ha provocado que en algunas acciones se haya declarado procedente el vicio de inconstitucionalidad por omisión legislativa y que incluso se haya señalado al legislador la necesidad de cubrir los vacíos encontrados en vía de acción de inconstitucionalidad, y que en fechas recientes se haya cambiado el criterio no admitiendo su estudio.

2. Es válido sostener que hay una concepción generalizada tanto en la doctrina como en el ambiente judicial de que no procede la acción de inconstitucionalidad en contra de omisiones absolutas,⁶⁵ con lo cual, en principio, coincidimos, pero dadas las condiciones que imperan en nuestro país en los diferentes medios de control constitucional, ¿acaso esto no implica que existe un área exenta de control constitucional y que por ello puede llegarse al extremo de que impunemente no se dicten disposiciones generales que de acuerdo con la Constitución son imperativas, sin que pueda jurídicamente hacerse nada al respecto? El tener rubros ajenos

⁶² Ministra Sánchez Cordero, versión taquigráfica del 6 de junio de 2007 sobre la acción de inconstitucionalidad 26/2006.

⁶³ Ministro Aguirre Anguiano, discusión de la controversia constitucional 46/2002.

⁶⁴ Ministro Góngora Pimentel en la discusión relativa a la acción de inconstitucionalidad 26/2006.

⁶⁵ Por ejemplo se ha dicho: “yo creo que la Suprema Corte de Justicia difícilmente puede entrar a analizar los casos de omisión absoluta, ahí sería tanto, me parece, como sustituirnos en el órgano que no ha emitido, mejor dicho, la disposición que se impugna; sin embargo, creo que sí tenemos atribuciones para analizar, y en su caso, declarar la invalidez de una omisión relativa”. Ministro José Ramón Cossío, versión estenográfica del 11 de julio de 2005 sobre la controversia constitucional 80/04.

al control constitucional ciertamente no es conveniente para un Estado de derecho y mucho menos para aquel que pretenda ser o consolidarse como un Estado constitucional de derecho, sin importar la materia sobre la que verse la norma que debe ser emitida, aunque por supuesto el problema se agrava si se encuentra dentro de la órbita de los derechos fundamentales y su protección.⁶⁶ Si bien se admite que tal vez la solución idónea a esta problemática no sea la acción abstracta de inconstitucionalidad, no queda la menor duda de que es necesario encontrar o ajustar mecanismos para evitar que esto suceda.

3. Como ya se adelantaba, respecto de las omisiones parciales o relativas la Corte mexicana ha entrado a su estudio en algunos casos y en otros no, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada uno de ellos. En alguno de esos procedimientos se ha dicho:

...yo sí considero y lo he considerado siempre, porque siempre he votado en contra de la omisión legislativa, a menos que la Constitución la estableciera de manera específica y que se nos diera el mecanismo y la forma para poder llevar a cabo la ejecución de la sentencia, que en un momento dado se emitiera en este sentido, pero en la forma en que actualmente se encuentra redactada la Constitución, estructurada la naturaleza y la razón

⁶⁶ Por ejemplo, el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de julio de 2007 modificó el artículo 6o. de la carta magna, incluyendo por vez primera el derecho de acceso a la información. En el artículo segundo transitorio del mismo se establece que “la Federación, los estados y el Distrito Federal, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán expedir las leyes en materia de acceso a la información pública y transparencia, o en su caso realizar las modificaciones necesarias, a más tardar un año después de la entrada en vigor de este Decreto”. Asimismo, cabe hacer mención que en la fracción II se estipula que “la información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes”. Aquí debemos hacer dos comentarios. El primero respecto al derecho de acceso a la información: ¿qué pasaría si vence el plazo marcado por el constituyente y no se cumple con lo ordenado?, y por otra parte, también se está incluyendo al derecho a la protección de datos personales, respecto de la cual sólo se hace la mención de que se protegerá “en términos de ley”. En este último caso, si transcurre un tiempo excesivamente largo sin que se emita la regulación respectiva, el respeto a ese derecho se verá notablemente limitado, ya que si bien al tratarse de un principio constitucional tiene un núcleo que debe ser respetado y aplicado directamente, no debe olvidarse que en el caso específico no se contará con los mecanismos y procedimientos para ello, y tampoco se habrán determinado los alcances y excepciones del mismo, lo que haría prácticamente nugatorio el derecho en cuestión.

de ser de la acción de inconstitucionalidad. Yo reitero el criterio que siempre he reiterado en materia de omisión legislativa, que no es la acción de inconstitucionalidad el medio procedente a través del cual vamos a obligar al Legislativo a realizar sus funciones, ni es la Suprema Corte de Justicia de la Nación el órgano competente para poder decirle al Legislativo qué debe legislar, cómo debe legislar, y cuándo debe legislar.⁶⁷

Es precisamente por esta disparidad de opiniones por la que creemos que sería conveniente el establecimiento de un criterio general que permita prever si en casos de omisión legislativa parcial se logrará el estudio (que no la estimación de la inconstitucionalidad por omisión legislativa), lo que se traduce en seguridad y certeza jurídica.

4. Ahora bien, en los casos en que se ha declarado procedente la acción de inconstitucionalidad contra omisiones parciales, en realidad los vicios por omisión legislativa se han reconducido a una inconstitucionalidad digamos “tradicional”, en tanto que derivado de la omisión encontrada la norma sujeta a control no es concordante con la Constitución. ¿Es esto técnicamente correcto? Con esta postura ¿no se estaría dejando de lado el mandato para legislar y su incumplimiento?

5. La omisión legislativa y las controversias constitucionales

La naturaleza y configuración de las controversias constitucionales en México permite de una forma un tanto menos forzada la impugnación de las omisiones legislativas; no obstante, debe reconocerse que no fue diseñada expresamente para ello, por lo que también existen varias cuestiones técnicas que no son completamente compatibles,⁶⁸ razón por la cual —a pesar de que en varias ocasiones se ha admitido el estudio y declarado la existencia de omisiones legislativas— estas determinaciones no han estado exentas de amplios debates en el seno de la Suprema Corte de

⁶⁷ Ministra Luna Ramos, versión taquigráfica del 6 de junio de 2007 sobre la acción de inconstitucionalidad 26/2006.

⁶⁸ Se ha dicho: “si bien es cierto que algunos aspectos técnicos como que no coinciden muy bien, yo preferiría hacer de lado estos requerimientos formales para cumplir con la finalidad fundamental que tiene la Suprema Corte de Justicia de hacer cumplir lo que establece la Constitución”. Ministro Díaz Romero, discusión de la controversia constitucional 46/2002.

Justicia mexicana,⁶⁹ razón por la cual surge la duda de si ¿sería conveniente o más bien necesario que se establecieran criterios claros y uniformes respecto a la procedencia del estudio de la omisión legislativa a través de las controversias constitucionales en nuestro país?

6. *En cuanto a las soluciones para la omisión legislativa, la sentencia constitucional y su cumplimiento*

1. Asumiendo que se ha aceptado el control sobre los actos omisivos del legislador, ¿cuál es la solución adecuada para la omisión legislativa inconstitucional? En países altamente desarrollados como Alemania o España, donde cuentan formalmente con un Tribunal Constitucional que además se ha legitimado ante la población a través de sus resoluciones y de una muy efectiva defensa de los derechos fundamentales, la pura declaratoria de la existencia de la omisión legislativa o una simple recomendación puede ser suficiente para que el legislador actúe en consecuencia, pero ¿esto sería así en otras latitudes donde más que equilibrio entre los poderes parece que existe una lucha por la sobreposición de unos respecto a otros?

2. En el caso de que el órgano de constitucionalidad determine conminar o requerir al legislador para que emita las normas omitidas o incompletas, si éste continúa con su conducta contumaz ya no sólo habría incumplimiento a un mandato directo del constituyente sino también de

⁶⁹ Como ejemplo citaremos las siguientes expresiones: “El primer problema que se presenta, y que salva el señor ministro ponente es: procede la controversia constitucional ¿en contra de omisiones? Por qué siempre se había o generalmente se acepta, y se ha aceptado por la Suprema Corte, que la controversia constitucional procede pero en contra de actos y en contra de leyes, esto es —aspectos positivos—, pero no como omisiones; sin embargo, ya ha habido en otro tipo de resoluciones, inclusive me parece que en acciones de inconstitucionalidad, se ha planteado el mismo problema, y por mayoría de votos se ha dicho, la controversia constitucional, y en su caso la acción, también proceden en contra de las omisiones, no solamente en contra de leyes y en contra de actos en sentido positivo digámoslo así, no en contra de omisiones”. Ministro Díaz Romero, controversia constitucional 14/2005. Versión taquigráfica del 3 de octubre de 2005. En otro tenor: “votamos en contra el señor ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia, el señor ministro José de Jesús Gudiño Pelayo y su servidora, porque consideramos que la controversia constitucional es improcedente cuando se trata de un problema de omisión legislativa”. Ministra Luna Ramos, versión estenográfica del 12 de julio de 2005 sobre la controversia constitucional 80/04.

una sentencia judicial que por naturaleza es vinculatoria. ¿Habría alguna manera de coaccionarlo, o de lo contrario se permitiría que continúe la cadena de actos que transgreden el sistema jurídico?, ¿sería por tanto conveniente o incluso necesario fijar un procedimiento especial para el cumplimiento forzoso de las sentencias dictadas por la jurisdicción constitucional que conminen al legislador a cumplir con los mandatos de la carta magna?

3. Para conseguir el cumplimiento forzoso de las sentencias que, previa determinación de la omisión legislativa inconstitucional, ordenen se expida la legislación omitida, ¿sería aplicable el procedimiento establecido en la Ley de Amparo para la ejecución de las sentencias?, ¿resultaría efectivo? Al respecto se ha dicho: “quisiera destacar cómo esto lo llamo exótico, porque de acuerdo con el sistema de cumplimiento de sentencias, en acciones de inconstitucionalidad y en controversias se aplica el régimen de la Ley de Amparo, esto puede llegar a culminar con la separación del cargo y la consignación ante el juez de Distrito que corresponda”.⁷⁰ De aquí surgen serias incógnitas respecto a su efectividad y posibilidades de aplicación.

4. Ante el incumplimiento reiterado de la Constitución y sus mandatos ¿habría lugar a alguna responsabilidad por parte del órgano legisferante? Aquí debe tenerse en cuenta que hay sólidas posturas que niegan la posibilidad de imponer sanciones al legislador por su conducta omisiva;⁷¹ en cambio, se ha sostenido:

...yo me pronunciaré en este punto aceptando y admitiendo que hay una omisión hasta el día de hoy, particularmente estas leyes que hemos visto, que hay una responsabilidad del Poder Legislativo de cumplir con un mandamiento constitucional, y que consecuentemente hay otras vías para exigirle esa responsabilidad, me inclino a pensar que no es la vía la acción de inconstitucionalidad para revisar una omisión legislativa.⁷²

El cuestionamiento aquí sería, ¿cuáles son esas vías?, ¿serían de tipo político, administrativo, de responsabilidad patrimonial?

⁷⁰ Ministro Azuela Güitrón, versión taquigráfica del 6 de junio de 2007 correspondiente a la acción de inconstitucionalidad 26/2006.

⁷¹ Véase, por ejemplo, Ruiz Miguel, Carlos, *op. cit.*

⁷² Ministro Franco González Salas, versión taquigráfica de la sesión del Pleno del 6 de junio de 2007, acción de inconstitucionalidad 26/2006.

5. En el tema de la posible responsabilidad atribuible al legislador, en concreto de tipo político, nos preguntamos: ¿cómo operaría en la práctica?, ¿se iniciaría juicio político a todos los integrantes del Congreso o sólo a algunos? ¿Aquellos que eventualmente presentasen la iniciativa se librarían de responsabilidad?

Estas interrogantes también han sido planteadas en el Pleno de la Corte; se ha dicho:

...llegamos a un cuerpo plural, Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, Cámara de Senadores, bueno, dada la factibilidad de que reconozcan el carácter supremo de la Suprema Corte, se da cuenta en una de las sesiones, la Suprema Corte nos dio un plazo para emitir esta norma, unanimidad de votos, no hay problema, pasa la colegisladora, unanimidad de votos y la Corte gloriosa verá consagrada en la conducta de los legisladores su sometimiento a esta rara tesis, bueno pero ¿esto será lógico con la pluralidad que hoy hay en los órganos legislativos?, ¿les parecerá a los que están integrando estos cuerpos legislativos, entre los cuales puede haber algunos que estuvieron involucrados en las leyes que se declararon inconstitucionales y van a aceptarlo?, ¿y si en un momento dado, no se da la mayoría? a quiénes separamos de su cargo, ¿a los que quisieron aprobar lo que dijo la Corte?, ¿por qué? Pues qué culpa tienen ellos si ellos votaron a favor, ¿se separa a todos los que votaron en contra?⁷³ Con esto, resulta evidente que si se admitiese esta vía de responsabilidad, habría que hacer algunos ajustes para hacerla plenamente operativa.

6. Ante la existencia reiterada de vicios de inconstitucionalidad causados por omisión legislativa, y la necesidad de resolver los medios de control sometidos a la jurisdicción constitucional, ¿cabría la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación adoptara medidas más concretas? Debe decirse que en algunos casos ha emitido sentencias donde declara la inconstitucionalidad con efectos de invalidez de la norma que adolece de la omisión legislativa parcial y además ha establecido la necesidad de que el órgano legisferante emita la normatividad omitida. Ahora bien, en el derecho comparado se aprecia la creciente práctica de los tribunales o magistraturas constitucionales de acudir a sentencias de-

⁷³ Ministro Azuela Güitrón, versión taquigráfica del 6 de junio de 2007 correspondiente a la acción de inconstitucionalidad 26/2006.

nominadas “atípicas”;⁷⁴ algunas de ellas evitan la declaratoria de inconstitucionalidad y dejan sentado que la norma todavía es constitucional pero que está en camino de no serlo, y por tanto apelan a que el legislador corrija el vicio; o que decretan la inconstitucionalidad sin invalidar la norma y además conminan al legislador a actuar en consecuencia, y en ciertos casos le establecen los lineamientos que deben cubrir las disposiciones generales que al efecto se emitan. ¿Sería probable que en nuestro sistema se dicte una sentencia como las señaladas?, ¿en caso afirmativo, sería bien recibida por la comunidad jurídica o por la sociedad?

Aún más, en reiteradas ocasiones los tribunales constitucionales deciden dar directamente una solución a los vicios de inconstitucionalidad por omisión legislativa parcial por cuenta propia, resolviendo el problema de forma inmediata sin tener que esperar a que el legislador subsane la omisión; esto lo realizan a través de las sentencias aditivas,⁷⁵ añadiendo los supuestos o sujetos que han sido omitidos por el legislador, generalmente en violación al principio de igualdad. ¿Sería factible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictara sentencias de este tipo?, ¿cuál sería la reacción de la comunidad jurídica mexicana? Esta posibilidad trae aparejadas críticas que pueden ir en diversos sentidos. Si la respuesta a la primera pregunta fuera afirmativa, en el mejor de los casos podría alabarse su papel como verdadera defensora de la Constitución, de las

⁷⁴ No hay concierto en la doctrina respecto a las sentencias dictadas en la jurisdicción constitucional denominadas “atípicas”, en contraposición a las “típicas” que estiman o desestiman la inconstitucionalidad de las normas sujetas a estudio. Existen diversas clasificaciones y nominaciones, en tanto dependen del sistema jurídico que se analice y la práctica judicial que dé origen a las mismas. Podría decirse que hay concordancia en que en esencia todas estas sentencias son interpretativas, con diversas variables. Ahora bien, en el rubro de la omisión legislativa, entre otras, se han utilizado sentencias de las siguientes clases: exhortativas: las cuales pueden subdividirse en exhortativas “de delegación”, de “inconstitucionalidad simple”, y de constitucionalidad precaria. Siguiendo aquí a Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, cit., nota 5. También destacan las sentencias apelatorias, admonitorias y por supuesto las aditivas.

⁷⁵ En este tipo de sentencias, “el Tribunal Constitucional realiza todas las operaciones propias de las sentencias interpretativas simultáneamente: no se toca la disposición enjuiciada, ésta es considerada conforme con la Constitución (aunque formalmente sea declarada inconstitucional por lo que no prevé), se declara inconstitucional una norma, conforme con la Constitución, obtenida a partir de ésta y que, considerada significado de la disposición enjuiciada, convierte a ésta en conforme a la Constitución y permite su permanencia en el ordenamiento”. Ezquiaga Ganuzas, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 266.

normas, principios y derechos contenidos en ella, y en el peor tildársele de activista; en caso contrario, podría enfrentarse a serios cuestionamientos por ser excesivamente conservadora e incluso medrosa y de una inadecuada aplicación del *self restraint*.

7. También se ha dicho que las sentencias que hacen recomendaciones al legislador o, peor aún, las que le conminan a colmar los vacíos causados por su inactividad, afectan frontalmente la libertad de configuración del legislador. Si bien es cierto que ésta es inherente a los órganos legislativos por su naturaleza política, también deberán ponderarse las consecuencias negativas que se generan tanto para el propio orden jurídico como para los derechos o competencias involucrados en la omisión legislativa, al no actuarse para evitar o al menos sancionar estos vicios de inconstitucionalidad so pretexto de no afectar este principio.⁷⁶

8. Se observa que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido construyendo una teoría judicial respecto a la omisión legislativa, en la cual se han hecho generalizaciones en torno a las competencias de ejercicio potestativo y obligatorio en relación con el tipo de omisión de que se trate. Es innegable que estas construcciones generales facilitan el conocimiento del tema y su aplicación práctica, No obstante, ¿es válido que se lleven a cabo dentro del cuerpo de las sentencias judiciales?, ¿esta doctrina vincula de alguna manera a la propia Suprema Corte? Este tema resulta de especial interés debido a que ante la ausencia de parámetros legales o constitucionales a los que deba sujetarse la Corte en materia de omisión legislativa, la elaboración de criterios que puedan ser de aplicación para casos futuros otorga certeza hacia el gobernado.⁷⁷

⁷⁶ En su voto particular emitido con motivo de la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006. Al respecto, el ministro Góngora Pimentel ha dicho: “Tanto la administración como el Poder Legislativo tienen deferencia para la configuración y/o elección de las medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento de los derechos sociales. En el caso de que no cumpla con tal obligación corresponde al Poder Judicial señalar tal omisión y conminar a su desarrollo. Si se han tomado medidas, como la expedición de una ley, la libertad de configuración aún siendo amplia tampoco resulta absoluta, pues en tal supuesto las disposiciones podrán ser tamizadas por un test de razonabilidad”.

⁷⁷ Respecto a la construcción de esta doctrina se ha dicho: “Lo que yo traté de hacer entonces, es presentar un problema que es recurrente en esta Suprema Corte, se presentan cuestiones de omisiones parciales, luego aparecen, luego desaparecen, el último caso que recuerdo es el amparo promovido por Jorge Castañeda, que sí podemos o no podemos analizar estas cuestiones. Entonces la propuesta del proyecto es tratar de sistematizar en términos utilizando mejor herramienta de teoría general del derecho el problema de la

III. REFLEXIONES FINALES

Estimamos que con las consideraciones vertidas en las líneas que anteceden se ha puesto de manifiesto, en términos muy generales, la situación que guarda la omisión legislativa en el ámbito jurídico nacional, destacando sobre todo los puntos o temas controvertidos que deberán ser objeto de serias reflexiones en torno a dicha institución jurídica.

Se ha expuesto también (aunque de forma ejemplificativa) el aumento considerable de procesos constitucionales a nivel federal, en las distintas modalidades de juicio de amparo, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, en los que se han alegado vicios de inconstitucionalidad por omisión legislativa y que han provocado que inevitablemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronuncie sobre los mismos, aun sin contar con un sustento legal para ello.

En razón de lo anterior, en primer lugar debería determinarse si se acepta el control de las omisiones legislativas o no, aunque no debe perderse de vista que el problema está latente y que ya el más alto tribunal en varias oportunidades ha admitido el mismo, por lo que parece inclinarse la balanza en sentido afirmativo, lo cual además implica el beneficio de abonar en el sistema de control constitucional mexicano, dejando cada vez menos rubros fuera de este control.

De este modo, se hace necesario que se determine en forma clara la postura que ha de seguirse en la resolución de estos contenciosos consti-

omisión, para desde esa perspectiva, tratar de generar un criterio que pueda ser aplicable a este caso concreto y a otros casos concretos... lo que traté de hacer, en el ánimo de colaboración que todos tenemos con las funciones de este Tribunal, es presentar el tema, en términos más abstractos, a efecto de ver si es posible generar, un criterio para decidir casos futuros de una forma más consistente, como siempre ha sido la pretensión de este Tribunal... me parece que justamente el Tribunal debe ir tratando de refinar los criterios, este caso me tocó a mí y no sé si lo consideren, qué bueno o qué malo, pero en este caso me tocó a mí; en otros casos, otros compañeros ministros han tratado de hacer lo mismo, de ir expandiendo el sentido de la doctrina, ir dándonos más instrumentos, explicitarlos a las partes, tenemos las sesiones públicas, tenemos las resoluciones públicas, bueno, entre más explicitemos los elementos de resolución del caso presente y cómo podríamos resolver a casos futuros, a mí me parece que cumplimos mejor con nuestra función constitucional” (ministro Cossío Díaz, versión estenográfica de la controversia constitucional 14/2005 en la sesión del 29 de septiembre de 2005 y el último de los comentarios pertenece a la discusión de la misma controversia pero de fecha 3 de octubre de 2005.) Cabe destacar que aún el establecimiento de la postura que quedó consignada en la controversia constitucional mencionada fue objeto de amplio debate.

tucionales. Ya sea que por vía legislativa se instaure el mecanismo para el control de las omisiones legislativas, con la consecuente determinación de todas y cada una de sus peculiaridades, o bien que por vía jurisprudencial se emitan criterios unánimes, claros y ciertos que establezcan lineamientos concretos respecto de la forma en que tendrían que encararse estos casos en el futuro. Ambas alternativas incidirían en la certeza y seguridad jurídica que debe prevalecer en todo orden jurídico, así como un avance hacia la consolidación de México como un verdadero Estado constitucional de derecho.