

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
AMPARO

“EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS
OMISIONES LEGISLATIVAS, MEDIO NO INVASIVO DE
LAS FACULTADES LEGISLATIVA”

T E S I S

PARA ÓBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

ROGELIO VARGAS VILLALOBOS

ASESOR: DR. COVIÁN ANDRADE MIGUEL

Ciudad Universitaria 2014





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DE AMPARO

Cd. Universitaria, D.F., 12 de agosto de 2014.

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

Por este conducto, me permito comunicar a usted, que el pasante **VARGAS VILLALOBOS ROGELIO**, con número de cuenta 30727217-1 bajo la supervisión de este Seminario, elaboró la tesis intitulada **"EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS, MEDIO NO INVASIVO DE LAS FACULTADES LEGISLATIVAS"**, realizada con la asesoría del profesor **Dr. Miguel Covián Andrade**.

Con fundamento en los artículos 8º fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
DIRECTOR DEL SEMINARIO


LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI

DEDICATORIAS:

A mi padre; por sus grandes consejos que ayudaron a mi formación humana.

A mi madre; por impulsar en mí el deseo del ser mejor cada día.

A mis hermanos; por su amistad y paciencia.

A mi asesor; por su ayuda incondicional en este proceso

A cada uno de mis amigos y compañeros de la Facultad, por todas y cada una de las experiencias que vivimos juntos.

A cada uno de mis maestros de la Facultad; por darme las herramientas técnicas y morales.

A mi amada Facultad de Derecho; por el conocimiento y otorgarme una de las mejores etapas de mi vida.

A mi alma mater; la Universidad Nacional Autónoma de México; por las grandes bondades que me otorgo en mi formación profesional, y por darme el honor y orgullo de formar parte de ella.

Con todos ellos estaré enteramente agradecido.

Capitulado

Introducción	1
Capítulo Primero División de poderes y Facultades constitucionales	4
I. Antecedentes de la teoría de la división de poderes	4
A. Antecedentes de la teoría de la división de poderes en México	8
II. Concepto actual de división de poderes	11
A. Crisis del viejo Concepto del Principio de División de Poderes	11
B. Características del concepto actual del Principio de División de Poderes	13
C. Perspectiva judicial de la división de poderes	18
III. Facultades constitucionales	22
A. Concepto de Facultad	23
B. Clasificación de las Facultades Constitucionales	24
1. Facultades explicas	25
2. Facultades implícitas	25
3. Facultades Concurrentes, coincidentes y residuales	26
a) Facultades concurrentes	26
b) Facultades Coincidentes	27
c) Facultades Residuales	27
4. Facultades coexistentes	29
5. Facultades de auxilio	30
IV. Facultades constitucionales de los poderes federales	30
A. Facultades constitucionales del Poder Legislativo	31
1. Función legislativa	31
2. Función de Control	32

3.	Función financiera	33
4.	Función jurisdiccional	33
5.	Función de representación	33
B.	Poder Judicial	34
1.	Función jurisdiccional	34
2.	Función administrativa	35
3.	Función financiera	35
4.	Función de control de la constitucionalidad	35
a)	Control de constitucionalidad indirecto	36
b)	Control de constitucionalidad directo	36
Capitulo Segundo control constitucional de los poderes federales		
	federales	37
I.	Constitución	37
A.	Concepto de constitución	37
B.	Naturaleza de la Constitución.	42
C.	Partes de la Constitución.	45
II.	Justicia constitucional	48
A.	Principio de supremacía constitucional	48
B.	Elementos constitutivos del control de la constitucionalidad	53
C.	Control de la constitucionalidad	55
1.	Antecedentes del control de la constitucionalidad.	55
a)	Antecedentes del modelo norteamericano	57
b)	Antecedentes del modelo europeo o austriaco	58
c)	Polémica del guardián de la constitución (Kelsen- Schmitt)	59
d)	Carl Schmitt y el guardián de la constitución	60
e)	Kelsen y el tribunal constitucional.	62
2.	Características del control difuso y concentrado de la constitucionalidad	
a)	Control europeo o concentrado	63
b)	Control americano o difuso	65

3.	Concepto de Control de la constitucionalidad	67
4.	Órgano que ejerce el control de la constitucionalidad	69
5.	Sujeto legitimado	74
6.	Objeto del control de la constitucionalidad	75
	a) Control de los actos de los poderes federales	76
	b) Control contra leyes generales	78
	c) Control contra omisiones	80
7.	Efectos de las sentencias de los controles constitucionales	81
	a) Efectos de la resolución en contra de normas generales	82
	b) Efectos de la resolución en contra de actos	83
	c) Efectos de la resolución en contra de omisiones	84
	Capítulo Tercero Omisiones Legislativas	86
I.	Concepto de omisión legislativa	86
II.	Elementos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa	90
	A. Mandato Constitucional	90
	1. Mandato explícito	91
	2. Mandato implícito	93
	B. Inconstitucionalidad en relación a derechos fundamentales	94
	C. Relación entre mandato y facultades legislativas	96
	D. Temporalidad.	97
III.	Tipos de omisiones legislativas	99
	A. Omisiones Absolutas	99
	B. Omisiones relativas	99
IV.	Omisiones legislativas en México	100
	A. Figura de las omisiones legislativas a nivel local.	100
	1. Veracruz	101
	2. Tlaxcala	102

3.	Chiapas	103
4.	Quintana Roo	105
5.	Coahuila	106
B.	Omisiones legislativas a nivel federal	106
V.	Omisiones legislativas en el derecho comparado	110
A.	Portugal	110
B.	Brasil	112
C.	Colombia	114
D.	Alemania	115

Capítulo Cuarto Control de la constitucionalidad Ad-hoc de las omisiones legislativas **118**

I.	Reformas constitucionales	118
A.	Ampliación de la acción de inconstitucionalidad	118
B.	Adición de una fracción para crear un medio autónomo	124
II.	Ley secundaria del Control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas.	128
A.	Estructura del control constitucional	129
1.	Órgano que conocerá del Control	129
2.	Sujetos legitimados para interponer el medio de control.	130
3.	Desarrollo de los elementos de la inconstitucionalidad	130
4.	Admisión, Improcedencia y sobreseimiento	130
5.	Los órganos correspondientes	131
6.	Procedimiento	131
7.	Efectos y Alcances de la sentencia	132

Conclusiones

134

Bibliografía

143

Introducción

En la presente propuesta nos encargaremos de estudiar, el tema relativo a la regulación y control de las omisiones legislativas. Y este medio de control tiene la pretensión de estar diseñado principalmente para no vulnerar o invadir las facultades legislativas. Por esta razón tenemos que desarrollar una serie de conceptos para poder entender en qué momento un control de la constitucionalidad de omisiones legislativas es invasivo. Para ello tenemos que estudiar en primer lugar en que consiste el principio de la división de poderes, para ello examinaremos sus antecedentes.

Dentro de estos antecedentes, estudiaremos la concepción que tenía en Grecia hasta llegar a la época moderna, en este recorrido histórico podremos apreciar la evolución que ha sufrido esta teoría. Hasta llegar a las concepciones realizadas por Locke y Montesquieu, de las cuales se han basado las principales doctrinas jurídicas y políticas para incluirlo como principio en la constitución. Posteriormente pasaremos a estudiar la concepción actual o contemporánea de este principio donde veremos que se ha flexibilizado, como consecuencia de las necesidades que han surgido tanto de la sociedad, como de la coherencia normativa. Ya que como veremos el viejo modelo sufrió una crisis, derivada de que actualmente ya no se habla de una división de poderes tajante, y se ha optado por una distribución de competencias.

También estudiaremos el concepto de facultad, a la cual entenderemos como esa potestad, que es entregada por la Constitución, en el caso de los Poderes federales y otros órganos, o por la ley, para la administración en general. Y esto con la finalidad de entender perfectamente en lo que consiste una facultad, y los tipos de facultades constitucionales que existen, las cuales son facultades explícitas, implícitas, y veremos la diferencia entre las facultades concurrentes, coincidentes y residuales. Ya que veremos un conflicto que se suscitaría entre el estado de Tlaxcala y la propuesta de esta investigación. Precisamente entre los

tipos de facultades. Y para terminar el primer capítulo estudiaremos las clases de facultades que tiene el poder legislativo y judicial.

En cuanto al concepto de control de la constitucionalidad, primero es necesario establecer un concepto de constitución, ya que esta constituye el parámetro bajo la cual se da la comparación de los actos y leyes, los cuales deberán estar acorde con las formas y el contenido de esta. Y de no estarlo se declararan inconstitucionales, además estudiaremos su doble naturaleza, la política y la jurídica que es de suma importancia para conocer que conforma la constitución. Debido a que no solo las normas jurídicas contenidas en esta, son lo que constituye el punto de comparación. Por lo cual se establecerán las partes que conforman la constitución que serán los principios ideológicos, las garantías y derechos humanos contenidos en esta y los que son inherentes a las personas, los principios generales del derecho, normas procesales, facultades de los poderes, etc.

Entrando en lo que es un control de la constitucionalidad, el primer punto a tratar es el principio de supremacía constitucional, que es el cimiento o fundamento, bajo el cual se crean los controles de constitucionalidad. Una vez que hemos establecido estos elementos, daremos un repaso breve en los antecedentes del control de la constitucionalidad, para apreciar su evolución, y establecer con mejor precisión en qué consiste este control. Por otra parte estudiaremos los dos modelos de control de la constitucionalidad, el modelo difuso y el modelo concentrado. Ya que en la actualidad los sistemas de control poseen características de ambos modelos.

Estudiaremos de igual modo los elementos fundamentales que conforman el control de la constitucionalidad, como son el órgano que conoce de la constitucionalidad, los sujetos legitimados para interponerlo, el objeto, el cual se divide en tres que son los actos, las leyes y las omisiones. Y por último los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, los cuales son el elemento que definirá si el control de la constitucionalidad, es o no invasivo a las facultades legislativas.

Estudiaremos lo respectivo a las omisiones legislativas estableciendo un concepto, el cual tiene la pretensión de ser lo más completo posible. Posteriormente estableceremos los elementos que hacen que la inactividad del legislador sea inconstitucional. Ya que, como veremos en el desarrollo del tercer capítulo, no toda inactividad del legislador constituye una violación a la constitución. Es por esto que desarrollaremos los requisitos para que la omisión sea inconstitucional. Tales como los tipos de mandatos constitucionales, que son los mandatos explícitos e implícitos.

Otro de los requisitos que veremos, es cuando, la inactividad del legislador vulnere el pleno ejercicio de un derecho fundamental, tanto de sus gobernados como de los extranjeros. Y dentro de estos requisitos veremos si la temporalidad, forma parte de estos. Del mismo modo es necesario estudiar los tipos de omisiones toda vez que estos son el objeto del control de la constitucionalidad. Por lo que es preciso entender en qué consisten las omisiones absolutas y las relativas.

Para terminar de ver lo referente a las omisiones legislativas haremos un estudio comparado de esta figura, por lo cual como primer requisito debemos estudiar la forma en que el sistema mexicano ha conocido de estas. Empezando por la perspectiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y posteriormente la regulación local que le han dado los Estados. Una vez que tengamos estos elementos, los compararemos con los sistemas portugués, brasileño, colombiano y alemán.

El último capítulo está dedicado a la propuesta de un control de la constitucionalidad ad-hoc de las omisiones legislativas. El cual no pretende ser invasivo de las facultades legislativas. Comenzando por dos opciones de reforma que puede adoptar el sistema mexicano, el primero una ampliación al objeto de la acción de inconstitucionalidad, y el segundo un medio autónomo de control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. También se propondrá reformar la ley secundaria, y de establecer la estructura del medio de control para que este no sea invasivo de las facultades legislativas.

Capítulo Primero División de poderes y Poderes clásicos

En este primer capítulo trataremos el tema referente al principio de la división de poderes, con la finalidad de esclarecer las siguientes preguntas, ¿en qué consiste el principio de la división de poderes consagrado en el artículo 49 de la constitución mexicana?, ¿el control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas representa una violación al principio tradicional de la división de poderes?, y en consecuencia, ¿el control de la constitucionalidad de las omisiones representa una invasión de las facultades del legislativo, por parte del poder judicial? Para responder las interrogantes anteriores, en un primer momento, el presente capítulo se centralizara en analizar los antecedentes doctrinales y pragmáticos de la división de poderes, tanto en el sistema jurídico mexicano como en distintos sistemas jurídicos del mundo para poder establecer su evolución. Y para comenzar daremos un breve esbozo sobre los antecedentes de la teoría de la división de poderes.

Para después pasar al análisis el concepto de facultad y los tipos que existen, según la constitución y la doctrina, con la finalidad de ir delimitando en qué consisten las facultades de los poderes. Y por último daremos un breve repaso a los poderes y a sus funciones o atribuciones de manera genérica y no exhaustivo por no ser el tema de la presente tesis, enfocándonos en específico sobre dos poderes, en el Legislativo y en el Judicial, por ser de relevancia en el esclarecimiento de si existe o no invasión de facultades.

I. Antecedentes de la teoría de la división de poderes

En este apartado nos encargaremos del estudio de los antecedentes que dieron el origen a la teoría de la división de poderes, con la finalidad de establecer la evolución que ha tenido, hasta llegar a consolidarse tal y como la conocemos. Tanto de manera doctrinaria como en la forma en que la han llevado a cabo los

diversos estados que han optado por dicha teoría, para la organización de sus instituciones. Una vez establecidos los antecedentes que dieron origen a esta teoría nos enfocaremos en la aplicación y evolución de la teoría consagrada como principio constitucional dentro del sistema jurídico mexicano.

El primer antecedente de la división de poderes podemos rastrearlo en la Grecia antigua. Ya que “encuentra sus orígenes en Aristóteles y Platón, pero es a través de Polibio y a partir de las ideas de Locke y Montesquieu, cuando alcanzó su más acabada expresión ideológica”¹, y es de ciertas reformas en Grecia donde partiremos el repaso histórico de esta teoría con la finalidad de demostrar su evolución. Para poder entender el surgimiento de la teoría es indispensable entender los procesos de la democracia en Grecia, el primer proceso que tenemos que tener en cuenta son las reformas de Pericles y Clistenes, las cuales tenían como objetivo que las clases desprotegidas tuvieran acceso a las Magistraturas, cabe resaltar que solo tenían acceso los ciudadanos Griegos ya que los esclavos era considerados como cosas, estas reformas se llevaron a cabo en el siglo V y VI a. C, lo cual fue importante para la formación de las sociedades griegas.

Una vez que se llevaron las reformas democráticas, Platón contribuyo a la construcción de la teoría, en su libro “La Republica” escribe que “el poder está en una sola facción, lo que pretendía era la creación de una *politeia* para determinar con la *statis*”.² Tomando esto en cuenta la postura de Platón, Aristóteles afirma que “esa sociedad tiene que sujetarse a un orden natural para que funcione. Para ello el orden natural es que el poder se reparte, se divida y que sean los que están más preparados los que gobiernen”³ y es mediante esta evolución ideológica que los griegos llegaron a la teoría de la división de poderes.

Primero se tuvo que crear o perfeccionar la participación de las clases mediante las reformas antes mencionadas, para así poder llegar a una sociedad democrática, para después establecer un concepto de la *politeia* que era la forma

¹ Estrada Michel, Rafael (Comp.), *La división del poder público. Temas constitucionales*, México, Porrúa, 2007, p. 154

² *Ibidem*, p.155

³ *Ídem*

en que se conformarían los estados Griego, para poder llegar así a su naturaleza de las Politeias, que como bien establecieron los griegos se tenía que dividir para su ejercicio, esto con la finalidad de evitar la tiranía y lograr la forma pura de gobierno a la que denominaron democracia.

Por su parte el historiador griego Polibio establece la idea central de la división de poderes, es decir, parte de la idea que “el poder corrompe, de que los hombres en general no se les puede cambiar, por tanto sería más fácil limitar y disciplinar el poder.”⁴ Como era bien sabido por Aristóteles, “la pertinencia de la división del poder político, y por ende, la no concentración del mismo en una sola persona u órgano, es una idea arraigada en el pensamiento político del gran filósofo griego”⁵ y en general en la sociedad Griega de la época.

Otro de los que contribuye a la teoría de la división de poderes es Cicerón el gran político y orador romano, parte de “abogar por una ciudad donde impere la libertad y la igualdad. Considera que solamente se podrá ser libre cuando el poder supremo del gobierno recaiga en el pueblo”⁶, es decir, el también opta por un pueblo democrático al cual denomina como republica, que sería uno de los ideales que se mantuvieron a lo largo de la historia romana. Y para llegar a este ideal el planteaba la idea de que las funciones del estado deberían de ser accesibles a los ciudadanos romanos.

Para los romanos era un tema de suma importancia la división de poderes pues de esta manera evitaban la tiranía, como podemos observar a lo largo de su historia, al juntar los poderes en un individuo este se convertía en tirano y perjudicaba a su desarrollo, sin embargo, como podemos ver en la historia de esta, la división de poderes como principio, no se consideraba rígido. Debido a que se tenían excepciones, principalmente cuando Roma corría peligro ya sea por guerra o rebelión, se concentraba temporalmente el poder en una persona para hacer frente a este peligro, e inmediatamente se regresaba al Status Quo que se

⁴ Ibídem, p. 156

⁵ Algorri Franco, Luis, *La división y legitimación del poder político*, Ponencias, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/93/4.pdf>

⁶ Ibíd.

tenía. Es importante que se tenga presente esta flexibilidad que contemplan los romanos, ya que en apartados posteriores analizaremos el criterio judicial que se tiene al respecto en México.

Ahora bien es hasta las figuras de Locke y Montesquieu donde la figura de la división de poderes se consolida tal y como la conocemos actualmente, es una reacción frente al panorama de los estados absolutistas. En donde el poder se concentraba en manos de una persona o una institución, la cual tenía un amplio margen de actuación, lo que tenía como consecuencia que se violentaran las libertades de los gobernados.

Con gran interés por recuperar esa libertad del individuo, se retomo este principio. Para comenzar esta etapa moderna empezaremos por Locke que es el padre de la teoría de la división de poderes moderna, para él “lo importante es controlar a ese tercero (poder) creado por el pacto social de tal manera que no exista un solo poder soberano, limitando al poder con el poder mismo creando un sistema de pesos y contra pesos entre poderes.”⁷

Lo que Locke propone es un sistema de más de un poder, en el cual, entre ellos ejerzan un control entre órganos, con la finalidad de que no se cometieran arbitrariedades en el ejercicio de sus funciones. “Enuncia claramente la división del poder político de la siguiente forma: el poder de hacer las leyes recae en el Poder Legislativo, mientras que al Ejecutivo le compete la ejecución de las leyes interiores de la sociedad sobre sus partes,”⁸ es decir, comienza a delinear los poderes tradicionales que conocemos actualmente.

Montesquieu es el principal divulgador de la división de poderes. Su idea central es “que existe una sola ley, en donde si existe un poder soberano que tiene que dividirse.”⁹ Es decir debido al contexto histórico en el que le toca vivir, sabía que era perjudicial para la libertad de los individuos la concentración del poder en una sola persona o en una institución. De esta forma él afirmaba que la mejor forma de

⁷ Estrada Michel, Rafael (Comp.), Óp. cit., Nota 1, p. 157

⁸ Algorri Franco, Luis, Óp. cit. Nota 5, p. 61

⁹ Estrada Michel, Rafael (Comp.), Óp. cit., Nota 1, p. 157

evitar la tiranía era, “la limitación del poder público mediante su división, es para este teórico, la garantía de la libertad individual.”¹⁰ Como ultimo antecedentes que podemos mencionar está el de la constitución de Norte América de 1787, que junto con la revolución francesa fueron las principales influencias para México. En esta constitución se ven las ideas de Montesquieu, y se establece el principio de la división a nivel constitucional.

Dentro de los antecedentes que dieron origen estos son los grandes aspectos históricos que salta por su importancia. Ahora bien en el sistema mexicano, también tiene antecedentes de la división de poderes, y estos antecedentes los estudiaremos a partir de la conformación del Estado Mexicano actual. Si bien podríamos hacer un estudio de los antecedentes desde los aztecas, por no ser relevante para el tema central del presente estudio no se realizara. Y solo comprenderá lo relativo a la época de independencia y los subsecuentes.

A. Antecedentes de la teoría de la división de poderes en México

En este apartado examinaremos los antecedentes de la división de poderes en México, para ello haremos mención de los hechos y documentos más relevantes y que contemplan este principio. Muchos autores afirman que el constitucionalismo mexicano inicia con la constitución de Cádiz de 1812. Punto de vista que no comparto, ya que no es un documento elaborado por y para México, es un documento que fue pensado para el imperio español. Lo que no cabe duda es que la constitución de 1812 es un documento que influyo en los ordenamientos mexicanos posteriores y claro esta tenía un apartado para la división de poderes. “En ella se establecieron los tres poderes clásicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), denominándose Cortes, Rey y Tribunales” respectivamente.”¹¹

Por su parte considero que los primeros antecedentes mexicanos los encontramos en los siguientes documentos de la etapa de la independencia, que son, el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, así como, los

¹⁰ Ídem.

¹¹ Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, *Teoría de la división de poderes y la cultura física*, México, Porrúa, 2006, p. 110

Elementos constitucionales de Ignacio López Rayón, los Sentimientos de la Nación de José Ma. Morelos y Pavón, y por último el Reglamento para la Reunión del Congreso expedido por Morelos en 1813. “A partir de entonces, el principio aparece insistentemente en todos los documentos constitucionales posteriores a la independencia.”¹² En esta etapa se puede ver la gran influencia de las ideas de la revolución francesa y de la Constitución Norte Americana de 1787.

Ahora bien, en 1823 se establece el Imperio Mexicano, en el que tenía dos realidades contrarias una de la otra, una normativa y otra pragmática, en la primera se concentra en una persona, el Emperador Iturbide, mas de una función o poder contrario al principio de la división de poderes, mientras que en lo normativo pasaba lo contrario. “La división de poderes se estableció de manera expresa en el artículo 23 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano”¹³ El cual, como ya referimos, no se llevo a cabo en el breve instante en que existió el Imperio. Sin embargo un año después restableciéndose la idea original de crear una republica, se contemplo nuevamente como base de la organización el principio de división de poderes.

Como hemos referido en “El Acta Constitutiva de la Federación Mexicana el año de 1824, fue el primer texto fundamental que se promulgo en México una vez concluido el movimiento de Independencia nacional”¹⁴, en la cual en su artículo 9 contempla la división de poderes como forma esencial de organización, el cual textualmente dice lo siguiente: “El poder supremo de la federación se divide, para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial; y jamás podrán reunirse dos o más de estos en una corporación o persona, ni depositarse el legislativo en un individuo”.¹⁵ Con la experiencia tenida con el fugaz Imperio Mexicano y para evitar la tiranía, en el nuevo estado que estaba naciendo, se mantuvo presente en todos los ordenamientos.

¹² Azuela Güitron, Mariano, *Serie grandes temas del constitucionalismo mexicano, La división de poderes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 29

¹³ *Ibídem*, p. 30

¹⁴ Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, *Óp. cit.* Nota 11, p. 111

¹⁵ Azuela Güitron, Mariano, *Óp. cit.* Nota 12, p. 30

Más adelante en la época del centralismo podemos destacar la creación del Supremo Poder Conservador que “disponiendo la existencia de prohibiciones para que ninguno de los tres poderes traspasase el ámbito de sus competencias,”¹⁶ muchos lo consideraban un órgano que por su naturaleza está en contra de la división de poderes tradicional, ya que se encuentra por encima de los otros tres poderes tradicionales, es decir, un súper poder.

Por su parte la constitución de 1857 en su artículo 50 estableció este principio general. Con la siguiente variable “el predominio del poder legislativo frente al ejecutivo quedo asegurado constitucionalmente en las diferentes clausulas que otorgaron predominio que otorgaron prerrogativas exclusivas a favor del Congreso de la unión.”¹⁷ En esta constitución no se tenía un régimen presidencial como posteriormente lo tendría el país, debido al temor de que se volviera una tiranía en especial con el antecedente de la dictadura de Santa Anna. Y el equilibrio que se esperaba de la división de poderes no se había conseguido hasta el momento.

Sin embargo esta división de poderes se vería violada debido a que “el caudillismo y dictadura porfirista convirtieron al Ejecutivo en un poder supremo situado por encima del Legislativo y Judicial.”¹⁸ en esta etapa, la constitución de 1857 seguía vigente, y en consecuencia el principio de la división de poderes también. Y una vez que triunfa la revolución se sigue teniendo en mente este principio, “el constituyente de 1916 adoptaron la tesis de un solo poder público, el cual se divide para su ejercicio en los tres poderes tradicionales,”¹⁹ normativamente, es lo más aproximado a lo que tenemos y entendemos por división de poderes. Esta consagraba el principio en su artículo 49, el cual dice lo siguiente:

Artículo 49.- El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, ni depositarse el Ejecutivo en un individuo,

¹⁶ Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, Óp. cit. Nota 11, p. 112

¹⁷ Ídem

¹⁸ Azuela Güitron, Mariano, Óp. cit. Nota 12, p. 31

¹⁹ Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, Óp. cit. Nota 11, p. 115

salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29.

En ningún otro caso se otorgarán al Ejecutivo facultades extraordinarias para legislar.²⁰

Este artículo fue reformado por primera vez “bajo la presidencia de Lázaro Cárdenas del Río, por decreto de agosto de 1938”²¹, con el propósito de evitar que el congreso le diera facultades extraordinarias al Ejecutivo, estas facultades no tiene relación con las referidas por el artículo 29 constitucional, esta reforma va en el sentido de la suspensión de garantías individuales.

Hoy en día el principio de la división de poderes consagrado en la constitución podemos decir que se ha perfeccionado en la práctica, aun falta tener un mejor equilibrio, y control interrogarnos pero tiene un gran avance. Y aun más después de la alternancia ya que no existe un partido hegemónico y por ende el ejecutivo ya no es un poder que esta encima de los demás.

II. Concepto actual de división de poderes.

A. Crisis del viejo Concepto del Principio de División de Poderes

Hasta ahora estudiamos los antecedentes de la división de poderes desde su origen hasta su consolidación en los sistemas jurídicos contemporáneos, así como los antecedentes de este principio en el sistema jurídico mexicano. Ahora toca estudiar el concepto y las características, que algunas de ellas se dieron en los antecedentes, para poder responder la primera pregunta que hicimos al inicio de este capítulo que es ¿en qué consiste el principio de la división de poderes consagrado en el artículo 49 de la constitución mexicana? Para después poder contestar las siguientes preguntas. Con la finalidad de que al lector le quede clara la propuesta aquí planteada en esta tesis.

²⁰ Texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Que reforma la de 5 de febrero de 1857, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>

²¹ Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, Óp. cit. Nota 11, p. 118

Lo primero que podemos decir de la división de poderes como principio constitucional, es que, debido al desarrollo y evolución histórica de la sociedad actual, este principio entro en una crisis. Lo que genero un cambio en la concepción tradicional que se tenía. Esta crisis tiene su origen en “la contradicción entre una formulación histórica y una realidad constitucional actual.”²² Por lo que este principio sufrió una pérdida de su contenido y principio fundamental, es decir, “como separación, autonomía e independencia entre poderes.”²³

Lo anterior atiende a una razón muy simple, debido a la gran demanda social, el estado ha implementado la creación de distintos órganos e instituciones. Las cuales no se limitan a la simple organización de división de poderes, ya que existen órganos que hacen más de lo establecido originalmente por este principio, sin que esto represente una violación al mismo, debido que estas excepciones se encuentran permitidas por la Constitución misma.

Para autores como Manuel Gámez Mejías, la crisis que sufre el principio de la división de poderes no representa una desaparición radical del mismo. Él contempla tres formas a través de las cuales el principio se ha transformado en la actualidad, y son, la renovación, superación o reformulación del principio. En el mismo orden de ideas, “los planteamientos de renovación o reformulación responden a tres modelos diferentes: i) la fosilización a partir de la transformación en dogma, ii) cambio del contenido manteniendo el continente y iii) superación.”²⁴

De los anteriores el más importante es el segundo, lo que implica “el rechazo de la división de poderes como dogma histórico supone afirmar que la Ley Fundamental ha establecido la división de poderes con un contenido propio.”²⁵ Es decir, son los estados los que llenan de nuevo contenido a este principio a través de su constitución. En primer lugar a través de su poder legislativo, que es el órgano que se encarga reformar el contenido constitucional, y en segundo lugar las cortes

²² Gámez Mejías, Manuel, *Significado jurídico actual del Principio de División de Poderes en las constituciones parlamentarias*, Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado, Universidad Carlos III de Madrid, 2004, p. 295

²³ *Ibidem.*, p. 297

²⁴ *Ibidem.*, p. 296

²⁵ *Ibidem.*, p. 298

supremas o el poder judicial, el que determina el contenido, mediante los criterios, tesis y jurisprudencias.

Ya que, en el caso de México, la constitución es lo que la Suprema corte de Justicia de la Nación dice que es. A continuación explicaremos las principales características actuales de este principio, para que se tenga claro en lo que consiste la división de poderes en la actualidad, para posteriormente ver los criterios que tiene el poder judicial mexicano, respecto a los límites y alcances jurídicos que tiene el principio de la división de poderes.

B. Características del concepto actual del Principio de División de Poderes

Como vemos en la actualidad el Principio de la división de poderes tiene un nuevo contenido, el cual es resultado de la reacción de los Estados frente a los nuevos retos de la sociedad y su creciente globalización. Lo que conlleva que el Estado ordene racionalmente sus tareas, generando un cambio en el concepto tradicional, y en consecuencia crean un nuevo concepto. Y a continuación estudiaremos las principales características de este concepto.

Y la primera característica es, que este principio es un medio de defensa de la constitución. Es decir, “la defensa de la constitución consiste en un conjunto de estructuras que varían de un sistema a otro, las cuales se establecen en las normas constitucionales con el propósito de evitar o impedir que lo que en ellas se prescribe sea desobedecido.”²⁶ El principio de la división de poderes está consagrado en el artículo 49 constitucional, y es un mecanismo que tiene por objetivo el evitar o impedir que dos o más poderes sean uno mismo, “a fin de evitar que un gobierno no se convierta en tiránico, como ha sucedido en la experiencia de los siglos.”²⁷

Otra de las cualidades de la división de poderes es la “operativización del ejercicio de las facultades conferidas a los llamados poderes constituidos, que deriva en un

²⁶ Covián Andrade, Miguel, *Fundamentos Teóricos del control de la constitucionalidad*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, p. 11

²⁷ Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, Óp. cit. Nota 11, p. 61

sano funcionamiento de los sistemas políticos constitucionales,”²⁸ con la consolidación de los estado liberales este principio se ha convertido en uno de los dogmas políticos por considerarlo esencial para el funcionamiento de los Estados Actuales. Con él se pretende garantizar una defensa de la libertad que se pretende lograr con el reparto de las atribuciones Estado.

Como consecuencia de esto hace que los estados especialicen las funciones indispensables para su existencia. Hace un sistema de servidores públicos profesionales en la materia. Lo cual genera que, “como el Estado de bienestar propiciará un sinfín de cargos públicos.”²⁹ Y es por ello que las funciones del estado y sus servidores debe de ser operativizadas y especializadas, para atender la demanda de servicios que exige la sociedad actual, siempre teniendo en cuenta el evitar mediante un imperativo constitucional, la tiranía, y por otra parte, la defensa de la libertad mediante sistemas de contrapesos entre poderes.

Es importante rescatar que “la división de poderes subyace, tanto en su sentido histórico como ideológico, en un telos en común: evitar la concentración de poder en manos, esencialmente, del titular del ejecutivo.”³⁰ Y para esto es necesario que exista un equilibrio, además de una autonomía de los órganos, de manera que permita un ejercicio adecuado de las facultades o atribuciones de los órganos, sin que sean anulados por otro, siempre y cuando se encuentren dentro de los parámetros de constitucionalidad y legalidad.

Como hemos visto hasta el momento el principio de la división de poderes se caracteriza principalmente por ser un principio de separación y especialización funcional del Estado. Y el autor Ramírez Jiménez propone dos postulados fundamentales que reafirman lo anterior y son los siguientes:

- a) Cada función del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) ha de tener un titular distinto (poderes).

²⁸ Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, Óp. cit. Nota 11, p.61

²⁹ Rodríguez Arana, Jaime, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, México, Ed. Novum, 2011, p. 28

³⁰ Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, Óp. cit. Nota 11, p.62

- b) En el marco de esta separación, los poderes se vinculan recíprocamente mediante una serie de correctivo y de vetos (statuer y empecher); en donde la facultad de statuer (derecho de fiscalización) denota el derecho de ordenar por sí mismo o de corregir lo que ha sido ordenado por otro (órgano constitucional en el cual se deposita una de las facultades del Estado), mientras que la facultad de empecher (derecho de veto), implica el derecho de anular la resolución tomada por otro (órgano).³¹

Los anteriores postulados son el reflejo de la idea principal de Lucke y Montesquieu la cual consiste en que el poder detenga al poder. En el primero la idea fundamental es establecer un titular para cada una de las funciones del Estado. Sin embargo este postulado debe responder a la complejidad social y jurídica que viven los estados actuales. Una de ellas y la más importante es, el creciente derecho internacional, el cual tiene, cada vez más, una injerencia en los asuntos fundamentales del Estado. Que no estaba contemplado en la visión tradicional de la división de poderes, pero se da en la realidad de los Estados, y muchos doctrinarios consideran que es una violación a este principio. Sin embargo como lo mencionamos al principio de este apartado, los Estados en reacción de estas circunstancias han hecho flexible al principio y le han dado un nuevo contenido, para que responda eficazmente ante la evolución de los sistemas jurídicos contemporáneos.

En cuanto al segundo consiste en un sistema de contrapesos entre los poderes. Es importante abundar sobre esta vinculación recíproca de una serie de correctivos y vetos, por ser de relevancia para los siguientes capítulos. En cuanto al veto, “significa censura, oposición o negativa a algo. La acción de vetar supone desaprobación, censurar, negar, impedir o prohibir algo.”³² La figura del veto cumple con el propósito de “frenar o negar la aprobación y promulgación de un proyecto de ley presentado indistintamente por cualquiera de los poderes autorizados para

³¹ *Ibíd.*, p. 63

³² NAVA ESCUDERO, Óscar, *Reflexiones Jurídicas Sobre el Veto al Presupuesto de Egresos*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Numero 17, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/17/ard/ard6.htm>

ello.”³³ Y atiende a una cuestión política, es decir, supone más un control de carácter político más que jurídico, debido a que no está sujeto a un parámetro normativo, como sería la constitución o la ley. Y en cambio atiende a una voluntad política de los factores de poder, para que dicha ley no sea aprobada.

Por su parte en los correctivos se dan dos hipótesis principales, la primera nos habla de un control intraróganico, en el cual los poderes tienen procedimientos internos para el ejercicio de sus atribuciones de un ámbito competencial, que es un control realizado por sus estructuras internas. Es decir, en “los controles intraórganicos, su diseño estructural consiste en que para el ejercicio de alguna atribución asignada a determinado ámbito competencial se establece la intervención de por lo menos dos instancias que pertenecen al mismo órgano.”³⁴Y la segunda hipótesis es un control interóganico, a diferencia de la anterior no es el mismo poder el que ejerce el control, es un poder distinto.

En el interóganico para la realización de determinadas atribuciones requiere de la intervención de un órgano de un poder distinto del que ejerce dicha atribución, esto es, esta “sujeta a diversos subsistemas de control del poder.”³⁵ Uno de los ejemplos más claros de este tipo de control, en el caso del sistema mexicano, es la firma de los tratados internacionales. La firma de los tratados internacionales está a cargo del Ejecutivo, que en este caso es el Presidente, los cuales deben ser ratificados por el Congreso General, lo que implica la intervención de más de un poder.

Este principio requiere de ciertas particulares en los sistemas jurídicos, la primera es la existencia de un órgano constituyente, el cual se encarga de establecer la N1 o la constitución, que incluye la forma de organización del estado, subsecuentemente tenemos a los órganos constituidos, que son aquellos que se encuentra regulados por la constitución y por distintos principios constitucionales. Otro presupuesto que es necesario es el de un Estado de Derecho, cuya esfera

³³ Ibídem

³⁴ Covián Andrade, Miguel, Óp. cit. Nota 26, p. 12

³⁵ Ibídem., p.

de poder o actuación del Estado debe de respetar los derechos fundamentales de los individuos, y este último se encuentra tutelado por el derecho mismo.

Muchos autores consideran como prerrequisito para el desarrollo de la división de poderes al Estado de derecho, el cual garantice una democracia, pues consideran que la división de poderes y la democracia como principios del estado constituyen una unidad institucional. Esto es, si no existe una división de poderes difícilmente podemos hablar de un régimen democrático, ya que sin el sistema de contrapesos el gobierno, según la experiencia histórica, tiende a una tiranía. Y como efecto de esta en una tiranía desaparece el Estado de Derecho junto con los derechos fundamentales de los gobernados. Y por último ser una democracia, implica que hay una renovación de los cargos mediante elección popular, debido a que la división de poderes, actualmente, no se limita a la simple distribución de competencias entre poderes, va más lejos de estos alcances y a continuación los explicaremos.

Como ya referimos la función principal de este principio es la división de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial a cada uno de los titulares, sin embargo, otra de las características que tiene este principio es “la división de carácter temporal que se refiere a la duración limitada y la rotación en el ejercicio del poder, esto es, que los cargos públicos de superior nivel estén sujetos a una temporalidad precisa.”³⁶ Con esta rotación se asegura que los cargos tengan una continua renovación y una mayor eficacia dentro de los asuntos fundamentales del Estado, garantizando un Estado de Derecho y con ello un estado democrático donde los individuos puedan elegir a sus Gobernantes.

En la teoría de la división de poderes también existen dos tipos de división, el primero es la división horizontal, que como ya hemos visto, es la distinción entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial que son repartidas entre distintos órganos. Y el segundo se refiere a la división vertical o mejor conocida como

³⁶ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La división de poderes y la función jurisdiccional*, Revista Latinoamericana de Derecho, Año IV, número 7-8, enero- diciembre de 2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt7.pdf>, p. 182

federalismo, “que se refiere a la distribución del poder entre la instancia central y local.”³⁷ Por lo que la división de poderes no se limita a la división horizontal, sino que también abarca la división vertical.

Y como ya lo hemos mencionado, para que esto no ocurra la “división de poderes en última instancia significa sujeción del poder público a la constitución y a las leyes.”³⁸ evitando en una mayor medida los abusos de los órganos del estado frente a los derechos individuales. Como se afirmó en el principio del esta apartado y la característica que más nos importa es la de que es un medio de defensa de la constitución para evitar que los órganos violen sus mandatos. En cuanto a su rigidez como en la concepción tradicional, en la actualidad a cambiado, debido a la complejidad de los estados actuales. Ahora bien veamos qué es lo que dice el criterio judicial al respecto. Que es otro de los factores que ha dado un nuevo contenido al concepto actual de la división de poderes.

C. Perspectiva judicial de la división de poderes

Hasta el momento nos hemos enfocado en el punto de vista doctrinal, pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como uno de los factores que ha ayudado a dar un nuevo contenido a este principio, ha emitido criterios interpretativos de los alcances y limitaciones que tiene este principio. Ahora bien es prudente recordar dos cosas, la primera es que el principio es flexible que es una característica que forma parte del nuevo contenido antes estudiado, y que, en el apartado de antecedentes se menciona la flexibilidad de este principio, en casos de emergencia, en específico con los romanos.

Durante la existencia de Roma, el principio de la división de poderes estuvo vigente, sin embargo, como en la actualidad se tenían ciertas hipótesis bajo las cuales el poder podía ser reunido en una sola persona, principalmente cuando la republica o el imperio corría un grave riesgo, y siempre era con una temporalidad corta. Ahora bien, en la actualidad, este nivel de flexibilidad no se da. Pero no por

³⁷ Algorri Franco, Luis, Óp. cit. Nota 5, p. 75

³⁸ Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, Óp. cit. Nota 11, p. 92

ello podemos hablar de una división tajante y rígida, debido a que la misma doctrina hace una clasificación de atribuciones formales y materiales, y esto es respaldado por los criterios judiciales como el siguiente:

DIVISIÓN DE PODERES. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER FLEXIBLE. La división de poderes consagrada en la Constitución federal no constituye un sistema rígido e inflexible, sino que admite excepciones expresas consignadas en la propia Carta Magna, mediante las cuales permita que el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o el Poder Judicial ejerzan funciones que, en términos generales, corresponde a la esfera de las atribuciones de otro poder. Así, el artículo 109 constitucional otorga el ejercicio de facultades jurisdiccionales, que son propias del Poder Judicial, a las cámaras que integran el Congreso de la Unión, en los casos de delitos oficiales cometidos por altos funcionarios de la Federación y los artículos 29 y 131 de la propia constitución consagran la posibilidad de que el Poder Ejecutivo ejerza funciones legislativos en los casos y bajo las condiciones previstas en dichos numerales. Aunque el sistema de división de poderes que consagra la Constitución General de la República es de carácter flexible, ello no significa que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial puedan, motu proprio, arrogarse facultades que corresponden a otro poder, ni que las leyes ordinarias puedan atribuir, en cualquier caso, a uno de los poderes en quienes se deposita e ejercicio del Supremo Poder de la Federación, facultades que incumben a otro poder. Para que sea Válido, desde el punto de vista constitucional, que uno de los poderes de la Unión ejerza funciones propias de otro poder, es necesario en primer lugar, que así lo consigne expresamente la carta magna o que la función respectiva sea estrictamente necesaria para hacer efectivas las facultades que le son exclusivas, y, en un segundo lugar, que la función se ejerza únicamente en los casos expresamente autorizados o indispensables para hacer efectiva una facultad propia, puesto que es de explorado derecho que las reglas de excepción son de aplicación estricta.³⁹

³⁹ Amparo en revisión 2606/81, Sucesión de Carlos Manuel Huarte Osorio y otros, 22 de octubre de 1981, unanimidad de 4 votos, Ponente Jorge Iñárritu, vols. 115-120, p. 65, Amparo en Revisión 4277/77, Héctor Mestre Martínez y Coagraviados (acumulados), 30 de noviembre de 1978, 5 votos, ponente: Carlos del Río

En esta primera tesis el poder judicial a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece como criterio la flexibilidad del principio constitucional de la división de poderes. Y a su vez limita la flexibilidad de este principio, reduciéndola a las excepciones, las cuales les permite a los poderes ejercer funciones que no son propias de ellos, de manera que deben estar expresamente establecidas en la constitución. Con lo que impide que en las leyes secundarias se establezcan funciones contrarias al principio. Otra de las limitantes es que esta función que no es propia del poder, debe de ser estrictamente necesaria para el ejercicio de sus facultades que le son exclusivas, y deben de ser de estricta aplicación.

DIVISIÓN DE PODERES. La organización política, basada en la división de los poderes es, conforme a la Constitución vigente la esencia del nuestro sistema de gobierno; pero tal división no es absoluta y el principio tiene numerosas excepciones, pues cada uno de esos poderes ejecuta, autorizado por la constitución, actos que corresponden a cualquiera de los otros; y así, las autoridades agrarias y obreras tienen facultades para decidir controversias entre particulares, y, atribuírselas la Constitución, estableció nuevas excepciones al principio de la división de poderes y dio carácter judiciales innegables a los procedimientos administrativos agrarios y obreros; consecuentemente, sus resoluciones tienen el carácter de irrevocables, pues de lo contrario carecería de la respetabilidad necesaria; y la más sana teoría de derecho administrativo extiende tal carácter judicial, cuando por revocación de ellas se afecte intereses de terceros.⁴⁰

Por su parte esta tesis refuerza el criterio que se maneja en la tesis anterior, al de primero retoma la idea de que el sistema de gobierno mexicano se basa en la división de poderes, aclarando que la constitución no le da un carácter absoluto, ya que admite numerosas excepciones. Lo que les permite a los poderes, debidamente autorizados por la constitución, ejecutar funciones que no son

Rodríguez, Séptima Época, Segunda Sala, Seminario Judicial de la Federación, t. 151-156, tercera parte, p. 117

⁴⁰ Amparo en revisión, Gómez Jesús, C., 17 de julio de 1926, mayoría de 7 votos, Quinta Época, Pleno, Seminario Judicial de la Federación, t. XIX, p. 96

propias de ellos. Esta última tesis habla de las prohibiciones con la finalidad de evitar la vulneración del principio, y dice lo siguiente:

DIVISIÓN DE PODERES. PARA EVITAR LA VULNERACIÓN A ESTE PRINCIPIO EXISTE PROHIBICIONES IMPLÍCITAS REFERIDAS A LA NO INTROMISIÓN, A LA NO DEPENDENCIA Y A LA NO SUBORDINACIÓN ENTRE PODERES PÚBLICOS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS. El artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prescribe implícitamente tres mandatos prohibitivos dirigidos a los poderes públicos de las entidades federativas, para que respeten el principio de la división de poderes, a saber: a) a la no intromisión, b) a la no dependencia y c) a la no subordinación de cualquiera de los poderes con respecto a los otros. La intromisión es el grado más leve de la violación al principio de la división de poderes, pues se actualiza cuando uno de los poderes se inmiscuye o interfiere en una cuestión propia de otro, sin que de ello resulte una afectación determinante en la toma de decisiones o que genere sumisión. La dependencia conforma el siguiente nivel de violación al citado principio, y representa un grado mayor de vulneración, puesto que implica que un poder impida a otro, de forma antijurídica, que tome decisiones o actúe de manera autónoma. La subordinación se traduce en el más grave nivel de violación al principio de división de poderes, ya que no sólo implica que un poder no pueda tomar autónomamente sus decisiones, sino que además debe someterse a la voluntad del poder subordinante; la diferencia con la dependencia es que mientras en ésta el poder dependiente puede optar por evitar la imposición por parte de otro poder, en la subordinación el poder subordinante no permite al subordinado un curso de acción distinto al que le prescribe. En ese sentido, estos conceptos son grados de la misma violación, por lo que la más grave lleva implícita la anterior.⁴¹

La tesis anterior, nos muestra una de las intenciones implícitas que pretende prohibir la constitución. Y que además es uno de los objetivos fundamentales del principio de división de poderes, la peculiaridad de esta tesis son dos situaciones jurídicas, la primera como podemos ver se refiere al contenido del artículo 116 de

⁴¹ Novena Época, Pleno, *Seminario Judicial de la Federación* y su Gaceta, t. XX, septiembre de 2004, tesis P./J. 80/2004, p. 1122. Controversia constitucional 35/200. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, 22 de junio de 2004, unanimidad de nueve votos, Ausente: Mario Azuela Güitron, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón y Roberto Lara Chagoyán.

la Constitución mexicana, por ende, va dirigido a las instituciones o poderes públicos de las entidades federativas, siendo el sujeto principal del mandato constitucional. Y la segunda en segunda nos da una clasificación de los niveles de violación o vulneración del principio; en el cual nos presenta tres niveles de vulneración. Y estos son: la intromisión, la dependencia y la subordinación. Esta clasificación forma parte de una misma violación, y depende de la intensidad o gravedad de vulneración que cometa un poder público, al principio, frente a otro poder público.

El primer grado y por consiguiente el más leve, es la intromisión la cual consiste en que uno de los poderes, de la entidad federativa, interfiere en la ejecución de las facultades propias de otro poder, sin que ello afecte en la decisión final. El segundo grado es la dependencia, la cual consiste cuando uno de los poderes impide a otro, de forma antijurídica, que tome decisiones o actúe de manera autónoma. Es decir, limita su facultad de decisión. Y la tercera y última que representa la más grave de las anteriores es la subordinación, que consiste en que uno de los poderes, en que este no pueda decidir de manera autónoma, sino que además se somete completamente a las decisiones que toma otro de los poderes. La anterior tesis “pretende eliminar del ejercicio del poder público toda reminiscencia de arbitrariedad, de abuso; en definitiva, de ejercicio ilimitado y absoluto del poder.”⁴²

Una vez que hemos repasado en qué consiste la División de poderes de manera histórica, así como el nuevo concepto, creado por los estados contemporáneos, junto con las características que lo conforma. De la misma manera que hicimos a los criterios más sobresalientes emitidos por la suprema corte de justicia. Para el lector será importante recordar tanto las características como los criterios para los capítulos posteriores ya que con lo anterior podremos responder las preguntas aquí planteadas. Ahora toca el turno de estudiar en lo que consiste las atribuciones y su clasificación con la finalidad de ahondar, y dar mayores elementos para poder responder si el control de la constitucionalidad de las

⁴² Rodríguez Arana, Óp. cit. Nota 29, p. 55

omisiones legislativas vulnera el principio de la división de poderes, y posteriormente si es invasivo con las facultades legislativas.

III. Facultades constitucionales

A. Concepto de Facultad

En este apartado nos encargaremos del estudio del concepto de Facultad en el sentido jurídico general, para luego establecer lo que es una facultad constitucional. Y una vez que se tenga un concepto de facultad, pasaremos a hacer una clasificación de las facultades constitucionales. Esto para que en los apartados siguientes se vean en qué consisten las facultades tanto del Poder Legislativo como del Poder Judicial.

Para iniciar debemos mencionar que fuera de la perspectiva imperativista, el elemento central es “el concepto facultad (del latín *facultas-atis*) que significa poder o habilidad para realizar una cosa.”⁴³ En el sentido jurídico se entiende por facultad una potestad otorgada por la constitución o la ley para que una persona o institución realice un acto, relevante para el derecho, con la finalidad de realizar un objetivo fundamental del Estado. Es decir, lo que implica el concepto de facultad es que una institución “está investida jurídicamente (por una norma de derecho) para realizar un acto jurídico válido, para producir efectos jurídicos previstos.”⁴⁴ Y es un medio por el cual se limita el poder de las instituciones, con la finalidad de evitar las arbitrariedades o excesos en su ejercicio.

El objetivo principal que cumplen las facultades es “precisamente la función de atribución o facultamiento de poderes (*Ermächtigung*), necesaria para la creación (y modificación) de todo orden jurídico”.⁴⁵ Es decir, las actuaciones de todo poder del estado, tiene que estar necesariamente legitimado en una norma jurídica. Debido a que para el “derecho público la noción de facultad se encuentra asociada a la noción de competencia, competencia material, que se identifica con las

⁴³ Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. introducción a la ciencia jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1986, p. 60

⁴⁴ *Ibidem.*, p. 61

⁴⁵ *Ibidem.*, p. 63

facultades del órgano.”⁴⁶ Y por su parte una facultad constitucional, es una atribución, o competencia, que le otorga la constitucional, a uno de los órganos o poderes.

B. Clasificación de las Facultades Constitucionales

En este apartado estudiaremos la clasificación de las facultades constitucionales, para poder contestar la siguiente pregunta, ¿el control de la constitucionalidad de las omisiones representa una invasión de las facultades del legislativo, por parte del poder judicial? Para comenzar la idea de “clasificación implica la definición en categorías de análisis mediante la identificación de rasgos peculiares de los objetos que puedan ser reconducibles a esa clase”⁴⁷ por lo cual identificaremos esas peculiaridades en las facultades. Iniciaremos en la clasificación más general para después centrarnos en la clasificación más específica y extensa, por ser de relevancia para nuestro tema.

Dentro de las posibles clasificaciones encontramos la más generalizada, la cual se distingue entre los órdenes de gobierno, es decir, se clasifica en facultades federales, Locales o estadual y las municipales. En las cuales dependerá de la tendencia de absorción o centralización de funciones o facultades del ámbito federal, o por el contrario la delegación o descentralización de funciones o facultades. En el caso mexicano, la federación acapara o centraliza funciones, dejándole facultades residuales a los otros dos niveles, por el contrario en Estados Unidos, son los estados los que ganan terreno al ámbito federal.

Hora bien nos centraremos en las facultades de la federación según las características que tienen o como son otorgadas a los órganos las cuales son: 1) facultades explícitas, 2) facultades implícitas, 3) facultades concurrentes, 4) facultades coincidentes, 5) facultades residuales, 6) facultades coexistentes, y por último, 7) Facultades de auxilio. En cuanto a las facultades concurrentes, coincidentes y residuales se estudiarán a manera de un cuadro comparativo entre

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Scarciglia, Roberto, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Dykinson, 2011,

la doctrina norteamericana y la recepción del sistema mexicano para ver como las percibe y los posibles errores de apreciación.

1. Facultades explícitas

Comenzaremos con las facultades explícitas y como su nombre lo dice las facultades explícitas “son las conferidas por la Constitución a cualquiera de los poderes federales, concretas y determinante en alguna materia.”⁴⁸ Es decir, las facultades explícitas son aquellas que el constituyente establece de manera expresa en la constitución, las cuales tienen como característica ser concretas, es decir limita el actuar del poder federal, y establecen la materia en que este va a actuar. Son estas facultades “las que sirven de base al principio de distribución de competencia previsto en el artículo 124 constitucional.”⁴⁹ Y también sirve para el principio de división de poderes y las tendremos que tener muy en cuenta para los capítulos posteriores.

2. Facultades implícitas

Por su parte las facultades implícitas son consecuencia de las facultades explícitas, es decir, sirven “como medio indispensable para ejercer alguna de las facultades explícitas.”⁵⁰ Y son los mismos poderes los que pueden conceder estas facultades siempre y cuando sea para el ejercicio de las explícitas. Ya que su expresividad ayuda a delinear, mediante los alcances y límites, las actuaciones de los órganos. Y entre las dos “siempre debe existir relación, pues las implícitas no funcionan de manera autónoma.”⁵¹

Estas facultades para que cualquiera de los poderes pueda otorgárselas deben de cumplir ciertos requisitos, entre los cuales se encuentran los siguientes: 1)

⁴⁸ Azuela Güitron, Mariano, Óp. cit. Nota 12, p. 73

⁴⁹ Aguirre Saldívar, Enrique, *Los retos del derecho público en materia de federalismo. hacia la integración del derecho administrativo federal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1997, p. 122

⁵⁰ Azuela Güitron, Mariano, Óp. cit. Nota 12, p. 75

⁵¹ Carbonell Sánchez, Miguel, *El estado federal en la constitución mexicana: una introducción a su problemática*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Biblioteca Electrónica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Num. 91, 2011, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/91/art/art4.htm>

debe de existir una facultad explicita, 2) debe de reunir la categoría de medio necesario con respecto al fin, que es la relación entre las dos facultades, 3) debe de haber un reconocimiento por parte del Congreso General, sin los anteriores requisitos las facultades implícitas se encontrarían fuera de la constitución.

3. Facultades Concurrentes, coincidentes y residuales

En este apartado estudiaremos tres facultades debido a que tienen una relación estrecha desde el punto interpretativo del sistema norteamericano y argentino, y la recepción del sistema mexicano. Primero iniciaremos dando las definiciones de cada una y posteriormente como las entiende los sistemas jurídicos. Y comenzaremos por las facultades concurrentes.

a) Facultades concurrentes

Para comenzar debemos mencionar que las facultades concurrentes representan una excepción al principio de distribución de competencias establecido en el artículo 124 constitucional. “Recibe este nombre en el derecho norteamericano,⁵²” bajo esta tesis: las facultades concurrentes “son las que pueden ejercer los Estados en tanto la federación no ejerza las facultades que le han sido concedidas”.⁵³

Es decir, para poder llevar a cabo estas facultades, es necesario que el congreso federal no legisle o no abarque en su totalidad una materia, de esta manera los estados podrán suplir la deficiencia. Debemos aclarar que los congresos locales no pueden legislar en todas las materias, solo pueden en aquellas materias que no sean asunto nacional, “y si las necesidades locales requieren diversidad en la regulación, los estados pueden legislar y su legislación privará y será efectiva sólo hasta que la legislación del congreso se sobreponga a la del Estado”.⁵⁴ Una vez que el congreso federal legisle sobre la materia se derogan las leyes locales. Y nunca coinciden. Por su parte en argentina, es aceptado utilizar la tesis

⁵² TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano, Decimo sexta edición*, México, Editorial Porrúa, 1978. P. 119

⁵³ Azuela Güitron, Mariano, *Óp. cit.* Nota 12, p. 75

⁵⁴ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Óp. cit.* Nota 54, p. 120

norteamericana, sin embargo realizan otra clase de facultad que veremos a continuación.

b) Facultades Coincidentes

Por su parte la tesis argentina crea una nueva categoría de facultades, para ellos las llaman coincidentes y las diferencia de las concurrentes debido a que en el sentido gramatical, como en el precepto jurídico, el verbo concurrir significa contribuir a un fin prestar influjo, ayuda. Tomando esto en cuenta las facultades Coincidentes “son las que se ejercen simultáneamente por la federación y los Estados,”⁵⁵ que da como resultado la coexistencia de los dos gobiernos, el federal y el local, que tienen facultades simultáneas que ejercen uno u otro. Para que se puedan dar estas facultades se necesita que exista, una coordinación y colaboración entre ambos órdenes de gobierno. Y constituyen “excepciones al principio del sistema federal.”⁵⁶

En el derecho constitucional mexicano las materias que aparentemente contienen facultades coincidentes son las siguientes: salubridad, vías de comunicación y educación, ya que le corresponde a la federación y a los estados legislar simultáneamente, hasta cierto nivel, debido a que en cada una de las materias que mencionamos anteriormente existen zonas o áreas reservadas tanto para la federación como para los estados. Y por lo tanto no son coincidentes, pero caben dentro de otra categoría que se explicara posteriormente.

c) Facultades Residuales

Facultades residuales, son aquellas facultades que no están expresamente concedidas para la federación, por consiguiente se entiende que son de los estados. Otra condición para que los estados puedan ejercer estas facultades, es que no esté expresamente prohibido su ejercicio y que no necesiten regulación general. A continuación les presentamos un cuadro comparativo de las facultades antes analizadas con la finalidad de que sea más fácil su comprensión.

⁵⁵ Azuela Güitron, Mariano, Óp. cit. Nota 12, p.81

⁵⁶ *Ibíd.*

Cuadro comparativo			
Estado/Facultades	Facultad concurrente	Facultades coincidentes	Facultades residuales
Estados Unidos de Norte América	<p>1.- Los Estados pueden legislar mientras que la federación no legisle sobre la materia</p> <p>2.- No pueden legislar en la totalidad de las materias, solo en determinadas materias</p> <p>3.- El Congreso legisla para unificar criterios, y se sobrepone a lo local</p>	En el sistema americano no se contemplan las facultades coincidentes	No hace mención en específico de cómo funcionan en Norte América.
Estados Unidos Mexicanos	<p>En México no está prohibido ninguna de las dos tesis (americana y argentina)</p> <p>Criterio de la</p>	<p>1.-Tiene facultades simultáneas que ejercen uno u otro.</p> <p>2.-La regulación que hace la</p>	<p>1.- que no sea de materia que amerite reglamentación general;</p> <p>2.- que no esté prohibida a los</p>

	<p>SCJN:</p> <p>Las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, incluso el D.F., los Municipios y la Federación puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación a través de una ley general⁵⁷.</p>	<p>federación no deroga la local, subsisten simultáneamente</p>	<p>poderes de los estados; y</p> <p>3.- que no esté atribuida en forma exclusiva o privativa a los poderes federales</p> <p>Están previstas en el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.</p>
--	---	---	---

4. Facultades coexistentes

Este tipo de categoría responde el conflicto que se vio en el caso mexicano con las facultades coincidentes, pero antes de decir a que nos referimos es preciso decir en qué consisten. Las facultades coexistentes “son aquellas en que una

⁵⁷ El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 142/2001, de rubro: “FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES Jurisprudencia visible en la página 1042 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XV, enero de 2002, Novena Época, registro: 187,982.

parte se atribuye a la federación y la otra a los Estados,”⁵⁸ como sucede en los casos mencionados en las facultades concurrentes, es decir, salubridad, vías generales de comunicación y educación, que si bien son simultaneas, tienen áreas o zonas que son exclusivas para la federación y otras para los Estados.

5. Facultades de auxilio

Por último en esta clasificación tenemos a las facultades de auxilio que son “aquellas en que una autoridad ayuda o auxilia a otra por disposición constitucional.”⁵⁹ Lo que se pretende con esta facultad es que las autoridades estatales y municipales presten auxilio a la federación en la realización de sus mandatos constitucionales. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el artículo 130 de la constitución, en el último párrafo de dicho artículo dice lo siguiente: “Las autoridades federales, de los estados y de los municipios tendrán en esta materia las facultades y responsabilidades que determine la ley.”⁶⁰ Ahora bien este último párrafo va relacionado en lo relativo a la laicidad de estado, es decir, la separación del Estado y la iglesia. En donde la Ley de Asociaciones Religiosas indica que es responsabilidad del Poder Ejecutivo a través de la Secretaría de Gobernación la aplicación de la ley y las autoridades estatales y municipales auxiliaran para el cumplimiento de este mandato.

Bien una vez terminado el estudio de las clasificaciones de las facultades constitucionales, iniciaremos el estudio de las facultades que le corresponden a los Poderes legislativo y judicial, las cuales se agruparan en las principales funciones. Con la finalidad de establecer los límites y alcances que tengan en su actuación. Y es muy importante tener presente todo lo estudiado hasta este punto, para poder contestar las preguntas, que se hicieron al principio de este capítulo.

IV. Facultades constitucionales de los poderes federales (legislativo y judicial)

⁵⁸ Azuela Güitron, Mariano, Óp. cit. Nota 12, p. 83

⁵⁹ Ibídem, p. 85

⁶⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sacada de la pagina de Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

Hasta ahora hemos dado los elementos del principio de la división de poderes y de la clasificación de facultades, ahora comenzaremos el estudio de las facultades que le competen a los poderes legislativo y judicial, todo esto con la finalidad, de establecer, después de explicar el medio de control de las omisiones legislativas, si existe alguna violación a las facultades del poder legislativo, cuando se realiza el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, y consecuentemente si existe una violación al principio de división de poderes o al de distribución de competencias, todo esto con los elementos que se aportaron en este capítulo.

A. Facultades constitucionales del Poder Legislativo

Ahora es momento de analizar y estudiar las facultades que tiene el poder legislativo. Es debido aclarar que “el poder legislativo ha experimentado una transformación radical en lo que se refiere a las funciones que desempeña en el Estado contemporáneo.”⁶¹ Lo que ha dado como consecuencia, por lo menos en el caso del Estado mexicano, que el poder legislativo se fortaleciera, frente al ejecutivo. Por lo que, “la clásica teoría de la tripartición del poder adolece de mucha deficiencia,”⁶² y va directamente relacionado con la evolución del concepto de división de poderes. Debido a que la complejidad social y política, impulsa a que los poderes tengan más facultades, y diferentes a las de su naturaleza, con la finalidad de ser eficaz frente a la sociedad.

Ahora bien, bajo este orden de ideas podemos ver que el poder legislativo tiene una naturaleza heterogénea y multidimensional, lo que tiene como consecuencia una nueva realidad constitucional. Ahora bien las facultades legislativas las podemos agrupar dentro de las siguientes funciones atribuibles este poder y son las siguientes: 1. Función legislativa, 2. Función de control, 3. Función financiera, 4. Función jurisdiccional, y, 5. Función de representación. Las cuales se describirán a continuación.

1. Función legislativa

⁶¹ Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, Óp. cit. Nota 11, p. 147

⁶² Valadés, Diego, *El Poder Legislativo Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/726/19.pdf>, 1978, p. 450

Esta es la actividad o función central del poder legislativo, y de la misma es donde proviene su nombre, la cual consiste “en la creación de normas de carácter abstracto general e impersonal, denominadas leyes.”⁶³ La creación de leyes entraña en un primer término la aprobación de las propuestas de normas jurídicas, realizadas por sus integrantes o por el poder Ejecutivo, por leyes se refiere a las leyes secundarias, las cuales, teóricamente, tienen que contar con una eficacia general para que se puedan integrar al sistema normativo.

Pero la función no se limita a las facultades de creación de normas de orden jerárquico secundario, ya que también tiene facultades para reformar la constitución, siendo el único órgano legitimado para ello. Esta función es “caracterizada como un proceso, mediante el cual, se formula determinadas reglas jurídicas de observancia general a las que se les da el nombre específico de leyes.”⁶⁴ Para la creación de las normas las cámaras, deben de seguir una serie de pasos, con la finalidad de garantizar una técnica jurídica, que permita una mejor integración y elaboración de las hipótesis normativas, que respete los principios generales de derecho, y los principios constitucionales.

2. Función de Control

Además de las facultades abocadas a la función legislativa, el poder legislativo cuenta con facultades que son de control, “mediante la cual el Poder Legislativo encauza y fiscaliza a otros órganos estatales, particularmente al Poder Ejecutivo.”⁶⁵ Ahora esta función deriva principalmente como un contrapeso frente al Ejecutivo y de esta manera evitar un abuso. Haciendo declarar a este poder respecto a cuales fueron las partidas a las que fue designado el presupuesto, es decir, como gasto su presupuesto, la razón que sea el legislativo es que es un poder que cuenta con la representación del pueblo.

Debido a que sus miembros son elegidos mediante el sufragio. Este control no se limita al Poder Ejecutivo, también abarca al poder judicial, y a los órganos

⁶³ Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, Óp. cit. Nota 11, p. 148

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 150

⁶⁵ *Ibíd.*

desconcentrados y autónomos. Y cuenta con los siguientes mecanismos: “a) los informes; b) las preguntas; c) las investigaciones; d) las interpretaciones, y e) las mociones de confianza y censura.”⁶⁶ Que le ayudan a cumplir con los objetivos de evitar abusos en el presupuesto.

3. Función financiera

Por su parte dentro de las funciones encontramos a la financiera, que va relacionada con la función anterior. Esta consiste en “la autorización del presupuesto, que se concreta en los ingresos y egresos necesarios para el sostenimiento del Estado.”⁶⁷ La relación entre la anterior y esta función reside en que el poder Legislativo tiene facultades para asignar los ingresos y egresos a los demás órganos o poderes, y también tiene facultades para verificar que se cumplió cabalmente con las partidas presupuestales. Sin embargo actualmente en España cuestionan si debe de asignarse a él mismo (poder legislativo) un presupuesto, debido a que existen abusos, por parte de este poder, que no se limita al caso español.

4. Función jurisdiccional

Otra de las funciones que realiza el legislativo es lo relativo a la función jurisdiccional. La cual consiste en juzgar y determinar las responsabilidades de los altos servidores públicos. En el caso de esta función el caso más significativo es el juicio político, en donde “la Cámara de Diputados como órgano de acusación y la Cámara de Senadores como órgano de sentencia-, para hacer efectivo el principio de responsabilidad de los servidores o funcionarios públicos que la Constitución establece.”⁶⁸ Cuya naturaleza es la de una declaración de procedencia.

5. Función de representación

⁶⁶ *Ibíd*em, p. 152

⁶⁷ *Ibíd*em, p. 150

⁶⁸ Glosario del Sistema de Información Legislativa, Secretaría de Gobernación, México, <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=138>

Y por ultimo tenemos a la función de representación y orientación política, ya que depende del legislativo la representación de todas las clases y sectores sociales que estén inmersos en la sociedad mexicana, lo que implica que deben establecer las orientaciones que son requeridas para el Estado mexicano. A grandes rasgos de esta manera podemos englobar a las facultades del poder legislativo.

B. Poder Judicial

En cuanto al poder judicial, podemos decir que es uno de los órganos, en el caso mexicano que cuenta con mayor especialización de sus miembros. Dentro de sus facultades que posee podemos agruparlas en las siguientes funciones: 1. Función jurisdiccional; 2. Función administrativa; 3. Función financiera; 4. Función de control de la constitucionalidad. Las cuales nos permitirán entrar al siguiente capítulo, en especial la última función, a la que se hará mención breve, debido a que en el capítulo siguiente se desarrollara con mayor detenimiento. Comenzaremos con una de las tareas centrales (junto con el control de constitucionalidad) que es la función jurisdiccional.

1. Función jurisdiccional

Como ya se menciona la función central del poder judicial es la jurisdiccional, la cual se entiende “como el mecanismo típico que ofrece el Estado a los particulares para resolver controversias entre estos,”⁶⁹ o entre los particulares con una autoridad gubernamental. Con la finalidad de guardar el orden jurídico de la sociedad. En el sistema mexicano, siguiendo la corriente exegética, los jueces para la solución de las controversias interpretan y aplican la legislación vigente, limitando su actuación, lo que tiene como consecuencia que esté prohibido ser un legislador, tanto positivo como negativo. Para los jueces resulta de suma importancia “el marco legislativo que rige los procesos jurisdiccionales, así como

⁶⁹ Concha Cantú, Hugo (coord.), *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas, Un estudio institucional sobre la justicia local en México*, México, National Center State Courts, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, 2001, p. 167

las reglas que afectan el fondo de la cuestión.”⁷⁰ Resolviendo si existe una violación a la ley o si existe una violación a los derechos, de una persona jurídica.

2. Función administrativa

En lo que respecta a las facultades que recaen bajo la función administrativa, podemos decir que “es un acto jurídico, una declaración de voluntad de deseo, de conocimiento y juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto,”⁷¹ en este caso del Poder Judicial. Entre las funciones administrativas que realiza este poder se encuentra las siguientes: “la administración, vigilancia y disciplina del poder judicial de la federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, está a cargo del Consejo de la Judicatura Federal.”⁷²

3. Función financiera

En cuanto a la función financiera consiste en que el propio poder judicial elabora su presupuesto, consistente, en “la remuneración que perciban por sus servicios los ministros de la corte”⁷³ y todo el aparato judicial federal, es decir, de lo que le asigne el Legislativo el designara según sus decisiones y necesidades.

4. Función de control de la constitucionalidad

Por último tenemos la función de control de la constitucionalidad, la cual nos permitirá entrar al siguiente capítulo, en el cual se estudiara en qué consiste el control de la constitucionalidad, partiendo de los antecedentes, hasta las concepciones actuales, en este apartado solo haremos breve mención del tema. Comenzaremos diciendo que el control de la constitucionalidad se divide a su vez en dos: a) función de control de constitucionalidad indirecto y b) control de constitucionalidad directo.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ Márquez Gómez, Daniel, *Función jurídica de control de la administración pública*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, p. 103

⁷² Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, *Óp. cit.* Nota 11, p. 326

⁷³ *Ibíd.*

a) Control de constitucionalidad indirecto

El control de la constitucionalidad indirecto es en donde “el juez puede iniciar esta consulta o cuestión de inconstitucionalidad, cuando durante un proceso considere que la norma que debe ser aplicada es inconstitucional.”⁷⁴ La característica esencial es que el juez no está facultado para aplicar directamente el control.

b) Control de constitucionalidad directo

Por su parte el control en él se “establece un autocontrol de la ley fundamental, circunscribiendo la actuación de los poderes públicos a su esfera competencial preestablecida.”⁷⁵ Es decir, en este control el juez conoce directamente sobre la posible inconstitucionalidad de un acto o ley.

⁷⁴ Huerta Ochoa, Carla, El control de la constitucionalidad, análisis del artículo 105 constitucional, Boletín mexicano de Derecho comparado, número 93

⁷⁵ *Ibíd.*

Capítulo Segundo Control de la constitucionalidad

En este capítulo trataremos lo concerniente al control de la constitucionalidad, es decir daremos los fundamentos teóricos. Para intentar contestar dos bloques de preguntas. Primero las preguntas referentes al parámetro del control de la constitucionalidad que son las siguientes: ¿Qué es una constitución?, ¿Qué naturaleza tiene la constitución?, ¿Cómo está integrada la constitución?, para después dar paso a las referentes al control de la constitucionalidad ¿Qué es la supremacía constitucional?, ¿En qué consiste el control de la constitucionalidad?, ¿Cuáles son sus principales características? ¿Qué órgano, en el caso mexicano, está facultado para realizarlo? ¿Quién puede solicitar el control? ¿Sobre qué objetos recae el principio de la constitucionalidad? Y por último, ¿Qué efectos tiene la sentencia de anticonstitucionalidad? Elementos que no serán de suma relevancia ya que definirán la estructura del control que aquí se propone.

I. Constitución

A. Concepto de constitución

Para comenzar iniciaremos con el concepto de constitución, y nos referimos al concepto moderno. Es un punto central en nuestro tema lo que nombramos con la voz Constitución, debido a que, esta será, el punto de comparación con los actos y leyes, los cuales deberán estar acorde con las formas y el contenido de esta, de lo contrario violarían el principio de supremacía constitucional. Y el órgano competente, el cual analizaremos posteriormente, en caso de pronunciar la anticonstitucionalidad, tendrá la facultad de subsanar la violación, con diversos efectos.

Ahora trataremos de responder la siguiente pregunta ¿Qué debe entenderse por constitución? Dentro de la teoría más aceptada en México, “la Teoría Pura del Derecho,” explican a la constitución como una norma hipotética fundamental, la cual va a dar validez a las normas inferiores, sin embargo conceptualmente y pragmáticamente tiene serios problemas de justificación respecto al origen de esta

norma. Por lo cual su propio autor, Kelsen, admite su insostenibilidad como una norma de naturaleza meramente jurídica.

Siguiendo el orden de ideas, esto se debe a su origen, nace de hechos históricos y políticos. La constitución no puede ser solamente de naturaleza jurídica, por consecuencia tiene una doble naturaleza una jurídica y una política, por lo cual autores como Wroblecki consideran a “la Constitución es un acto político y legal,”⁷⁶ lo cual explicaremos más adelante. En cuanto al concepto de constitución moderna cada sistema jurídico o país tiene su propia concepción, sin embargo existen puntos coincidentes bajo los cuales podemos estructurar un concepto. En primer lugar podemos ver a “la constitución como: status, orden confirmación, estructura esencial de un ente o de un organismo general.”⁷⁷ Y el status deriva de un hecho histórico de una sociedad determinada, en la cual son impuestos, determinados valores los cuales serán observados por el resto de las normas y la sociedad.

Lo que es congruente con “el sentido jurídico, refiriéndonos al esquema fundamental, determinado por el conjunto de sus principales instituciones. Y constitución se llamará entonces, el ordenamiento supremo del estado.”⁷⁸ Es decir, al ser esta el Status o estructura esencial de un Estado, esta contendrá las principales instituciones, por consiguiente adquiere un nivel supremo, para evitar normas contrarias a ella y entre ellas. Generan un sistema jurídico lógico y sistematizado. Una de sus principales funciones de esta es que “prevé la existencia de poderes, les atribuye facultades, consigna limitaciones y prohibiciones; porque solo él es original y todo el orden normativo restante es derivado.”⁷⁹

Al ser el resto del ordenamiento derivado de la constitución, este debe de seguir los lineamientos de creación y contenido que establece. Ya que ella es la fuente

⁷⁶ Falcón M., Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-colzom, 2010, p. 275

⁷⁷ Suárez Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, México, Ed. Porrúa, 2007, p.6

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, 3era Ed., México, Ed. Oxford, UAM, 2008, p. 947

de legitimidad y validez de las normas secundarias. Como ya hemos mencionado esta ley fundamental es una herramienta de conservación del orden instituido, por consiguiente debe contener una serie de principios y reglas en su parte jurídica, mediante la cual se garantice la coherencia del sistema normativo.

Ahora “para Maurice Hauriou. La constitución de un estado es el conjunto de reglas relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal, considerada desde el punto de vista de la existencia fundamental de ésta”.⁸⁰ Para este autor lo esencial en la constitución son las directrices bajo las cuales el gobierno de una sociedad va a llevar a cabo sus actividades cotidianas, ya que es la constitución la que determinara la existencia de las instituciones esenciales del régimen de gobierno, además de otorgarles las facultades, atribuciones y limitantes.

Un matiz diferente es el del Autor Georges Burdeau; ya que para él la “Constitución es la vía por donde el poder político se convierte en institución estatal, pues comprueba la existencia del Estado como soporte abstracto del poder.”⁸¹ Para él lo esencial es limitar al poder, a través de abstracciones o ficciones jurídicas las cuales permiten tener un mejor control de las actuaciones de este. El plantea que con una Constitución tenemos el cambio de lo Político (el poder) a lo jurídico (derecho) quedando este último como lo ideal para el Estado.

En un sentido muy parecido García Pelayo define a la constitución como “la estructura jurídico-política de un Estado concreto que se integra como un momento en la estructura total del Estado.”⁸² En esta definición resalta la visión estructural que se tiene de la constitución ya que mediante ella nuevamente las instituciones del estado quedaran constituidas. Y al establecer que es jurídico político, admite la doble naturaleza que tiene la constitución.

Carl Schmitt fue el autor por antonomasia que estableció en el concepto de constitución la parte política, en una serie de debates y publicaciones con su contemporáneo Kelsen, ambos con posturas distintas. Pretendían establecer cuál

⁸⁰ Moreno, Daniel, *Derecho constitucional mexicano*, 3era. Ed., México, Ed. Pax-México, 1972, p. 11

⁸¹ *Ibíd*em, p. 10

⁸² *Ibíd*em, p. 11

era la naturaleza de la Constitución, y por consiguiente quien debería ser su protector. El debate se estudiara en apartados posteriores. Para el primero la constitución se podía ver bajo dos puntos de vista primordiales que son los siguientes:

- a) Constitución en sentido absoluto, o sea la manera concreta de ser, resultante de cualquier poder existente; la concreta situación conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado;
- b) Segunda significación: Constitución, una manera especial de ordenación política y social;⁸³

El elemento central en ambas es la ordenación del poder que a su vez se traduce en la política de una sociedad determinada. La cual como consecuencia dará el surgimiento de un Estado. Para Schmitt, el génesis de una constitución deriva de las acciones políticas de las esferas de poder preponderantes en una sociedad. Lo que va a definir los principios aceptados por estos grupos de poder, que de manera revolucionaria o constituyente los elevan a grado constitucional. Por consiguiente podemos decir que “la Constitución en su conjunto expresa más o menos adecuadamente las relaciones políticas de una sociedad organizada en un Estado, fija las estructuras básicas del aparato estatal y funciona como salvaguarda del mantenimiento y desarrollo del sistema sociopolítico.”⁸⁴

Un punto que debemos de aclarar es que “la constitución no sólo es el orden jurídico fundamental del Estado, sino también de la comunidad.”⁸⁵ Al aceptar la visión sociológica, y política implica que es la constitución una fuente generadora de las figuras que influirán en el desarrollo de la vida cotidiana de la comunidad o sociedad, debido a que en ella, por lo menos de manera teórica, se establecen los valores socialmente aceptados por esta. Es por ello que tiene “dos tareas

⁸³ Ibídem, p. 10

⁸⁴ Falcón M., Enrique, Óp. cit. Nota 76, p. 276

⁸⁵ Ibíd.

fundamentales: la formación y mantenimiento de la unidad política y la creación y mantenimiento del orden jurídico.”⁸⁶

Ahora, no podemos dejar de mencionar la visión de la doctrina española que es muy interesante y a completa los elementos del concepto objeto de este capítulo. Según la doctrina española podemos entenderla de la siguiente manera:

“Constitución como un orden económico social y justo, la protección de los españoles en el ejercicio de los derechos humanos, una digna calidad de vida, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, derechos inviolables inherentes a la persona o el respeto a los derechos de los demás..”⁸⁷

Lo relevante en esta definición de Constitución es, el hincapié que se hace en esta figura como la herramienta por excelencia para el ejercicio y desarrollo de los derechos humanos de los españoles, a través de mecanismos de orden jurídico que tienen como tarea esencial el establecer un orden económico social. Y la finalidad jurídica y política de este orden social es el cansar los cánones como por ejemplo la justicia. Es decir, teóricamente para los españoles la constitución no se limita a la mera distribución de competencias, va más lejos, ya que el gobierno es el que debe garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos de sus gobernados. Es una visión muy interesante la cual no es adoptada, por lo menos en la práctica, en nuestro país, ya que, como plantearemos más adelante, la constitución responde a otro tipo de intereses.

Por último podemos destacar a manera de resumen que “una constitución es, fundamentalmente, una obra humana, colectiva, intertemporal e intergeneracional. Es un producto de la cultura, incompleto, inacabado y con un horizonte de posibilidades tan vasto como amplias resultan las posibilidades de las sociedades humanas.”⁸⁸ La cual es establecida de manera fundacional o revolucionaria, que tiene como objetivo el establecer la forma de gobierno, así como, el establecer los derechos humanos y los principios rectores del Estado. Por otra parte pretende ser

⁸⁶ Ibíd.

⁸⁷ Rodríguez Arana, Jaime, Óp. cit. Nota. 29, p. 104

⁸⁸ Falcón M., Enrique, Óp. cit. Nota 76, p. 278

un cauce de las fuerzas políticas. En el siguiente capítulo trataremos lo concerniente a la naturaleza de la constitución y además las partes que la integran.

B. Naturaleza de la Constitución.

Teniendo en cuenta que la constitución no es o no deriva de una norma hipotética fundamental, podemos afirmar que “la constitución es una creación humana, por tanto, hasta ahora se puede considerar como un fenómeno social sustentado en verdades históricas.”⁸⁹ Con lo que se descarta la idea de que la constitución es meramente jurídica, debido a su origen, el cual atiende a hechos históricos concretos de determinada sociedad. Teniendo en consecuencia una doble naturaleza, algunos autores consideran que tiene tres, sin embargo fundamentalmente son dos, debido a que la parte sociológica se engloba dentro de la política, las cuales se explicaran posteriormente.

Ahora bien en cuanto a la primera parte de su naturaleza, la jurídica, podemos decir que esta es el máximo ordenamiento del Estado, es la que constituye, según sus principios y procedimientos al resto del ordenamiento. Por consiguiente se puede afirmar que “una constitución, como norma original, se vislumbra en la naturaleza misma del hombre, quien, como fin último y principio del derecho, ha creado normas reguladoras de las instituciones jurídico-políticas que lo rigen.”⁹⁰ Eso es, la parte jurídica de la constitución está encargada de la regulación de los procedimientos de creación de normas y de las instituciones que a su vez tendrá como objetivo el pleno desarrollo de los quehaceres de la sociedad.

Como norma constituyente del estado tiene en “esencia y atributos es formalmente superior; que por su naturaleza es materialmente fundamental.”⁹¹ En consecuencia todas las normas, son inferiores a ella y deben de estar acorde con esta, de no observar los procedimientos, o el contenido de esta, la norma incurrirá en una anticonstitucionalidad, en ella se contiene los valores socio políticos, por un lado, y

⁸⁹ Suárez Camacho, Humberto, Óp. cit. Nota 77, p.1

⁹⁰ Ibídem p. 3

⁹¹ Arteaga Nava, Elisur, Óp. cit. Nota 79, p. 947

por el otro los principios jurídicos ambos los más aceptados por la sociedad. Y para salvaguardar estos valores interpuestos por un grupo constituyente, es que a la constitución se le da el carácter de rígida y superior para evitar con ello que una ley contravenga dichos principios.

Por esta razón podemos decir que una constitución “es un valor general y permanente, de observancia obligatoria en la emisión de leyes, decretos, actos administrativos y resoluciones judiciales.”⁹² Es decir, hasta ahora hemos mencionado la congruencia y coherencia que debe otorgar en la creación de un ordenamiento jurídico, sin embargo no se limita a la creación y contenido de las leyes, es decir todos los actos de gobierno, o de autoridad, y los actos de particulares deben de estar apegados a las formas y contenidos que están plasmados en esta norma suprema.

Ahora bien cabe aclarar que la constitución “es un valor de aplicación universal, no admite salvedades; no hay excepción que sea válida.”⁹³ Los casos de excepción, como la suspensión de garantías, no es una salvedad, ya que dentro de la constitución están establecidas las hipótesis de suspensión de garantías, es decir, todo caso de excepción o suspensión debe de estar contemplado, para que las autoridades puedan realizarlo de lo contrario estarían violando la constitución y por ende se tendría que someter el acto o ley, según sea el caso, aun control de la constitucionalidad, tema que veremos más adelante.

Por lo que hace a la naturaleza política que tiene esta Ley suprema, en la cual se puede englobar la naturaleza sociológica a la que algunos autores hacen referencia, será un punto central el poder, el cual es el causante de la creación y que en la mayoría de los casos provoca las reformas. Además el “fenómeno del poder, en razón de que en la norma constitucional se define la forma y ejercicio del poder público como facultad para decidir por todos.”⁹⁴ Como ya hemos

⁹² *Ibíd.*, p. 948

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ Suárez Camacho, Humberto, *Óp. cit.* Nota 77, p 1

mencionado antes es a través de esta que los poderes de una sociedad encontrara su legitimación, otorgados por un poder constituyente.

Es importante aclarar lo siguiente, el origen de la carta magna es realizado a través de un poder constituyente. Para algunos autores “la Constitución es un acto de arbitrariedad y usurpación, un primer fundamento cartesiano que no es más que una ficción fundadora pensada para ocultar el acto de violencia fuera de la ley que constituye el principio de la instauración de la ley.”⁹⁵ Para algunos autores de carácter sociológico, esta no representa un acuerdo entre las voluntades políticas de una sociedad como lo es para muchos juristas, es más bien una imposición o acto de arbitrariedad, de los grupos políticos fuertes de una sociedad. Con la finalidad de imponer los principios socio culturales más aceptados por estos grupos dominantes.

Lo anterior es acorde con las constituciones que tienen un origen revolucionario, el ejemplo más próximo de esto, es, la Constitución mexicana de 1917. Aun que podría ponerse en duda si es el caso de la Constitución de los Estados Unidos Americanos, ya que si bien surge de una revolución de independencia, para su creación fueron convocados los representantes de las 13 colonias. Sin embargo, la naturaleza histórica de esta tiene “otro carácter ese refiere a la función, cual es no solo impedir un gobierno arbitrario e ilimitado, sino la de garantizar los derechos de los ciudadanos.”⁹⁶ Es decir frenar los abusos principalmente de los regímenes autoritarios que surgieron en las épocas medievales, y que los lores, en primer término, intentaron limitar al monarca.

Ahora bien es fundamental para los estados modernos establecer un sólido estado de derecho, es por esto que en la actualidad la “legitimidad de la constitución está compuesta por, dos elementos: su contenido racional y justo, y su cualidad de fuente formal originada en la voluntad soberana del pueblo a través de una asamblea constituyente.”⁹⁷ Como vemos aquí se juntan las dos partes de la

⁹⁵ Falcón M., Enrique, Óp. cit. Nota 76, p. 277

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 281

⁹⁷ *Ibíd.*

naturaleza de la constitución, es decir, primero tenemos lo jurídico, el cual debe tener contenido racional, y por el otro debe de ser congruente entre sí y con los elementos de la técnica jurídica en sus hipótesis, y por otro lado debe, a través de los principios jurídicos, aproximarse a los cánones como la justicia.

Por lo anterior la naturaleza jurídica y política, en la actualidad, ha cambiado sus matices, con el auge de los derechos humanos ya que toda “comunidad política que asienta su premisa antropológico-cultural en la dignidad humana,”⁹⁸ tendrá un estado de derecho moderno, integrado además, a la comunidad internacional. La cual ha realizado esfuerzos por que los instrumentos internacionales preserven la dignidad humana como tarea fundamental de todo Estado. Por consiguiente parte de la constitución están consagrados las garantías y los derechos para conservar la dignidad humana.

Por otro lado la constitución representa, como ya lo mencionamos, esa fuente de carácter formal mediante la cual se plasma la voluntad soberana de una sociedad o pueblo determinado, es decir, los grupos o fuerzas políticas, o sociales, son representados por los integrantes de la asamblea constituyente, que tiene como objetivo precisamente tener en cuenta los intereses legítimos de cada grupo. En el siguiente capítulo estudiaremos la integración de la constitución.

C. Partes de la Constitución.

En este apartado se estudiara lo concerniente a las partes que integran la constitución ya que esta es el parámetro con el cual se ejercerá el control de constitucionalidad de los actos, normas y omisiones. Por esto es importante ver que es lo que la integra para saber sobre que se hace el control. “En principio debe entenderse todo el orden normativo existente desde el art. 1 hasta el último, el 136.”⁹⁹ Sin embargo la constitución no se agota con el contenido de los 136 artículos, ya que es más amplio, más adelante desarrollaremos los componentes de lo que conforma las constituciones contemporáneas.

⁹⁸ *Ibíd*em, p. 276

⁹⁹ Arteaga Nava, Elisur, *Óp. cit.* Nota 79, p. 951

Esta es una de las posibles clasificaciones de las partes que comprenden una constitución, y que para nuestro tema es de gran utilidad, y los elementos que se consideran parte de esta son los siguientes:

En primer lugar tenemos a la “declaración de principios ideológicos y motivaciones políticas.”¹⁰⁰ Es decir aquí podemos encontrar las tendencias ideológicas de la sociedad como son en quien recae la soberanía, la forma de Estado, es decir si se constituye en una monarquía, democracia republicana, etc. , la clase de régimen político, el territorio sobre el que ejerce la soberanía, es decir, la jurisdicción que tendrá esta, etc.

Como segundo elemento tenemos a la “Garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos.”¹⁰¹ Esta parte ha cobrado gran importancia en la actualidad al grado de considerar la esencial para la existencia de la constitución y el estado de derecho. Dentro de algunos sistemas actuales existe la distinción de “los derechos humanos fundamentales, intangibles y superiores al mismo ordenamiento constitucional, y los derechos contingentes, históricos o convencionales.”¹⁰² Que vendrían siendo los primeros los derechos humanos fundamentales, un núcleo duro de derechos que no admiten gradualidad, y los derechos humanos de segunda categoría, en la cual se permite una gradualidad para su exigibilidad de los ciudadanos al Estado.

Otro elemento podrían ser “Los principios generales son fuentes del derecho”¹⁰³ y por lo tanto también forman parte aquellos que están establecidos en la constitución de la misma. “Los principios adquieren especial relevancia en la medida que son el alma de la racionalidad jurídica, en la medida en que a través de ellos es posible aspirar a cánones de justicia material que impidan la dictadura del formalismo jurídico.”¹⁰⁴ Además estos principios evitan caer en la en la tiranía de la racionalización de las normas, las cuales en algunas ocasiones son

¹⁰⁰ Aguirre moreno, Judith, *El constitucionalismo mexicano entre liberalismo y democracia*, México, Porrúa, 2012, p. 54

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ Rodríguez Arana, Óp. cit. Nota 29, p.71

¹⁰⁴ *Ibíd.*

instrumentos de los grupos o partidos políticos, los cuales tienen la facultad de reformar tanto las normas como la constitución.

También tenemos lo concerniente a las “regulaciones de las instituciones y órganos del Estado. Fija competencias, relaciones entre ellos y procedimientos a seguir en su cometido.”¹⁰⁵ Lo que muchos autores consideran la parte orgánica de la constitución, en donde quedan constituidas las instituciones del gobierno, y como ya se menciono sus competencias y limitaciones. En el mismo orden de ideas tenemos la parte que “regula la distribución territorial del poder del Estado. Especialmente en los casos de Estados federales.” Es decir, esta parte va en relación con el federalismo del Estado, en el cual se establecen la jurisdicción y competencia que tienen.

Es de suma importancia para nuestro tema aquí planteado el destacar las disposiciones transitorias las cuales “también deben considerarse parte de ella y poseer el atributo de ser supremas; por tanto, los servidores público deben acatar las normas de naturaleza transitoria que aparecen al final de la constitución, así como las reformas que se le han efectuado”¹⁰⁶ Aun que como su nombre y naturaleza lo indican, mientras tengan vigencia, las autoridades deberán acatar los mandatos, debido a que estos sirven para la entrada en vigencia de las reformas o promulgaciones que el legislador realizo.

Dentro de la constitución tenemos los “Procedimientos de contención. Precisa los limites de los órganos del Estado, y busca la garantía de los intereses comunes de forma regular y eficaz.”¹⁰⁷ A la garantía de los intereses comunes se pretende proteger mediante procedimientos de carácter constitucional, que tienen por objetivo la defensa de la Constitución. Uno de los propósitos es el de corregir y dejar sin efectos los actos que sean contrarias a esta. Y es en esta parte donde

¹⁰⁵ Aguirre moreno, Judith, Óp. cit. Nota 100, p. 54

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ SÁCHICA, Luis Carlos, *La Constitución Jurídica del Estado*, Publicado en la pagina <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/323/3.pdf> del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, p. 15

encontramos a los controles de constitucionalidad que son una parte de la defensa de la Constitución. Y que más adelante se explicara con mayor detalle.

II. Justicia constitucional

A. Principio de supremacía constitucional

Una vez que hemos definido lo que es una constitución, debemos aclarar en qué consiste el principio de supremacía constitucional, sin el cual no existiría la figura del control de la constitucionalidad. Este será de suma importancia para el desarrollo de nuestro tema, debido a que es el principio bajo el cual se estructura la defensa de la constitución, poniéndola en la cúspide del sistema normativo, con la finalidad de darle coherencia al sistema, lo cual se explicara a continuación.

Ya que tenemos los elementos del concepto de constitución, su naturaleza y sus partes que la integran, debemos recordar que dentro de la naturaleza y el concepto, pudimos percatarnos que “la constitución es el fruto de la idea central que la anima: el sometimiento del gobierno a la ley.”¹⁰⁸ Es decir, controlar al poder, lo cual representa una serie de dificultades, debido a que derecho y poder son conceptos antagónicos, por lo cual la constitución debe contener diversos medios de defensa, para evitar que sea vulnerada por las fuerzas políticas o por el error humano, según sea el caso.

Y en el caso del sistema mexicano, “la constitución lleva en sí misma su defensa al consagrar en el artículo 133 la supremacía de sus normas y al señalar a todos los jueces de la República el deber y la facultad”¹⁰⁹ de preservar sus reglas y principios. Este principio es una herramienta mediante la cual se garantiza que ninguna norma será contraria a ella, y de serlo los jueces podrán expulsarla del sistema jurídico. Además de garantizar que el poder político este en pleno sometimiento a sus reglas y principios abstractos, y evitar con ello arbitrariedades en el ejercicio de este.

¹⁰⁸ B. Bianchi, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, Tomo I, Génesis del Control. Legitimidad de los Jueces, 2da. Edición, Argentina, Ed. Abaco de Rodolf de palma, 2002, p. 36

¹⁰⁹ Moreno, Daniel, Óp. cit. Nota 80, p. 497

Algo que debemos tomar en cuenta de la Teoría Pura de Derecho es la estructura que le da al sistema, utilizando “el principio de supremacía constitucional por medio del cual se dispone que la Constitución es la ley suprema, es la norma cúspide de todo el orden jurídico,”¹¹⁰ esta es la base de todo el sistema jurídico, es mediante ella que el resto de las normas obtienen validez. Es de carácter originario, debido a que su creación en ella quedan establecidos los poderes constituidos encargados de crear las normas secundarias.

Como se refirió en los apartados anteriores esta norma originaria es creada por un poder constituyente, en el cual se reúnen las voluntades de una sociedad, como característica “posee una diferencia cualitativa. Está destinada a ordenar e infundir los principios rectores del resto del ordenamiento jurídico.”¹¹¹ Es decir, la supremacía constitucional, tiene la función jurídica, de que en caso de existir una norma que es contraria, esta será expulsada del sistema jurídico, preservando la coherencia del sistema, ya que ella es jerárquicamente superior junto con sus principios.

Resulta de suma importancia retomar el tema de que la constitución es la depositaria de las reglas primarias las cuales deben regir tanto al sistema normativo, en su creación y en la aplicación de normas, como a las personas de una sociedad. Es por esta razón que en “el principio de supremacía constitucional, por tanto, descansa en la idea de que por representar la Constitución la unidad del sistema normativo y estar situada en el punto más elevado de éste,”¹¹² genera un imperativo para respetar el contenido y los procedimientos contenidos en esta.

Ahora bien “esta justificación de la supremacía constitucional no presupone que los padres de la constitución fueran más sabios que la actual generación de ciudadanos y representantes políticos.”¹¹³ Más bien atiende a una necesidad de

¹¹⁰ Becerra Ramírez, Manuel, “Jerarquía de los tratados internacionales”, en Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional. No. 3 julio-diciembre, 2000.

<http://sncedj.ijf.cjf.gob.mx/Doctos/DerechoConstitucional/DerechoConstitucional/Docs/Eval20Preg1.pdf>

¹¹¹ B. Bianchi, Alberto, Óp. cit. Nota 108, p 30

¹¹² Becerra Ramírez, Manuel, Óp. cit. Nota 110, p. 2

¹¹³ Ferreres Corvella, Víctor, Una defensa del modelo europeo de constitucionalidad, Madrid, Ed. M. Pons, 2011, p. 69

cohesión y coherencia del sistema normativo, el cual ha quedado constituido con este orden normativo supremo y necesita preservar su vigencia para poder evitar contradicciones. En otras palabras la constitución posee “las reglas operativas en las que se traducen los principios abstractos deben de tener cierta permanencia y forma un todo coherente.”¹¹⁴ Un efecto que se generaría si se reforma constantemente esta ley suprema, es el de una incertidumbre, respecto a cuáles son los principios que rigen al Estado.

Y más aun no puede estar a merced del poder, por lo cual debe establecer, como ya lo mencionamos mecanismos que permitan su defensa. Aun y cuando existan regulaciones especializadas para cada institución, nos referimos a las leyes secundarias, es importante aclarar qué la constitución “suele incluir reglas relativamente específicas, en combinación con principios más abstractos.”¹¹⁵ Con lo que se ven interrelacionadas todas las normas con la constitución, mediante estos principios abstractos, ya que algunos de ellos formaran parte de esta. Y de no existir el principio de supremacía y sus medios de defensa esta podría ser vulnerada mediante las normas secundarias.

Un punto a destacar en cuanto a lo anterior es que “las reglas y principios constitucionales pueden haber sido objeto de acuerdos tras un largo proceso de deliberación popular en momentos extraordinarios, como sostiene Bruce Ackerman en relación con los Estados Unidos por ejemplo.”¹¹⁶ O por el contrario pueden ser impuestas por un grupo revolucionario, sin embargo, si estos principios, sin importar la forma, son aceptados por una gran mayoría, deben de tener cierta rigidez para evitar que las actuaciones de las autoridades los violen. Por ende genera un imperativo de fundamentar todas las decisiones con los artículos e hipótesis de esta.

Es por esto que Schmitt tiene una concepción diferente del principio de supremacía constitucional. Él “interpreta este juramento de cumplir la Constitución,

¹¹⁴ *Ibíd*em, p, 70

¹¹⁵ *Ibíd*em, p, 66

¹¹⁶ *Ibíd*em, p. 67

no como un juramento de cada una de las normas del código supremo sino como un reconocimiento de las decisiones fundamentales del orden jurídico.”¹¹⁷ Lo que Schmitt resalta en esta idea es la parte política que tiene la constitución. Esto es, que para él son importantes las decisiones o acciones políticas que dieron origen a este ordenamiento, el cual “expresa valores que son ampliamente compartidos por la comunidad política.”¹¹⁸ Lo que genera como consecuencia el respaldo y reconocimiento de dichos valores, en la aplicación y creación de normas jurídicas.

La importancia del principio de supremacía constitucional radica, principalmente en que, es la base para el control de la constitucionalidad, que nos sirve para que exista una coherencia en el sistema. Y “si no existiera una norma superior que infundiera sus principios al resto del cuerpo normativo, éste se dislocaría. La supremacía de la Constitución es entonces una norma implícita de la lógica jurídica, que regirían aun sin necesidad de sanción positiva expresa.”¹¹⁹ El objetivo de este principio es el de evitar las antinomias, debido a que evita la contradicción estableciendo principios abstractos que deben ser obedecidos.

Los siguientes elementos que enunciaremos son característicos del principio de supremacía constitucional, y que como vimos anteriormente los sistemas jurídicos sufrirían serios problemas de coherencia y antinomias entre normas, de no tenerlos, y estos son los siguientes:

a).- “UNIDAD.- A través de la jerarquización de normas se asegura la compatibilidad vertical y horizontal de las normas en un ordenamiento jurídico”¹²⁰. Como ya lo hemos mencionado, implica un imperativo a las normas inferiores de adecuarse a las superiores, en especial a la constitución. Además de no contradecirse o contraponerse las normas de igual nivel. En los estados con regímenes federales, donde los estados legislan, la unidad normativa mediante la jerarquización de las normas es de suma importancia. Para evitar regulaciones contradictorias entre los distintos niveles, ya que a diferencia de los regímenes

¹¹⁷ Becerra Ramírez, Manuel, Óp. cit. Nota 110, p.4

¹¹⁸ Ferreres Corvella, Víctor, Óp. cit. Nota 113, p. 66

¹¹⁹ B. Bianchi, Alberto, Óp. cit. Nota 108, p. 32

¹²⁰ Suárez Camacho, Humberto, Óp. cit. Nota 77, p. 46

concentrados, los estados también legislan en ciertas materias, y como vimos en el capítulo primero, y aun más si tomamos en cuenta a las facultades coincidentes y concurrentes, del poder legislativo.

b).- “CONTROL.- La posible ruptura de la unidad se produce, ordinariamente, cuando en la creación o aplicación de normas abstractas, surge el cuestionamiento sobre la competencia del emisor con el contenido mismo de la ley.” ¹²¹Que de nuevo se presenta con más frecuencia en los sistemas federalistas, la principal razón de la existencia de los conflictos normativos surgen de su creación. Es decir, al ser las normas creaciones humana, en consecuencia son susceptible de errores, Y aquí es donde entra el control de la constitucionalidad, el cual debe subsanar las violaciones de las normas y de los actos de autoridad, el cual lo hará órgano constitucionalmente facultado para ello. Para ello tendrá que verificar si la norma controvertida está ajustada con la unidad y la supremacía constitucional, para así mantener la efectividad de todo el sistema jurídico, y en caso de no estarlo será expulsada de esté.

C.- RAZONABILIDAD.- “La finalidad de las leyes consiste en ser instrumentos o medios adecuados para la realización de los fines que establezca la constitución.” ¹²² Es decir, primero nos enfrentamos a los propósitos o ideales, que son de carácter político, como en el caso de la doctrina española que ven a este ordenamiento supremo como la herramienta para el ejercicio de los derechos humanos de los españoles. Para llevar a cabo estas metas constitucionales, el orden normativo secundario tiene la función de complementar previsiones constitucionales, mediante la reglamentación o regulación específica que requieren para la coexistencia de las leyes.

d).- “RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.- se ha visto, bajo el aspecto formal de la Constitución, la necesidad de distinguir entre el poder constituyente, creador de la norma original, y los poderes constituidos.” ¹²³ Tenemos en la rigidez

¹²¹ Ibíd.

¹²² Ibíd.

¹²³ Ibíd.

constitucional, en se establece una limitante por parte del poder constituyente respecto a los poderes constituidos. Debido a que el proceso de reforma de la constitución, no es mediante el proceso ordinario, tiene que seguir un proceso especial, esto con la finalidad de que los principios tengan cierta permanencia, y con ello generar una lógica normativa. Además no nos podemos olvidar que parte de esta rigidez proviene de la distribución de competencias y la división de poderes.

B. Elementos constitutivos del control de la constitucionalidad

Dentro de los Estados modernos, es indispensable la existencia de controles eficaces para mantener la coherencia. Sin embargo, para que estos medios de control de la constitucionalidad tengan eficacia dentro de un sistema es indispensable que el Estado cuente con determinados elementos. De lo contrario los controles no tendrían el efecto jurídico para cumplir con su objetivo y en este apartado veremos los principales elementos. Y que son elementos que veremos en el desarrollo de estos apartados del capítulo segundo.

Para comenzar dentro del Estado debemos tener “la existencia de un ordenamiento jurídico organizado jerárquicamente en cuya cúspide se encuentra la Constitución”¹²⁴ que debe ser la norma suprema la cual contenga los procesos de creación y validez del ordenamiento jurídico secundario. Es decir, debe contener en sí misma el principio de supremacía constitucional, la cual funciona como un medio de defensa. Y establece a esta norma como el parámetro de validez del resto del ordenamiento, el cual deberá estar acorde con ella. Posteriormente lo veremos a profundidad.

El anterior elemento va en relación con el siguiente si bien debe de tener el principio de supremacía constitucional, también debe de tener “una constitución rígida, que tiene la característica de ser inflexible y modificable a través de un

¹²⁴ Huerta Ochoa Carla, *El Control De La Constitucionalidad, Análisis Del Artículo 105 Constitucional*, Revista jurídica, Boletín mexicano de Derecho comparado, numero 93

proceso especial con condiciones especiales.¹²⁵ Ya que de lo contrario sería fácilmente manipulable por el poder legislativo, cambiando las reglas de creación y validez de las normas generando incertidumbre jurídica en sus gobernados.

Otro elemento de carácter fundamental “resulta de la teoría clásica de la división de poderes elaborada por Montesquieu, que pretende lograr un equilibrio y balance del ejercicio del poder mediante su división y repartición”¹²⁶ que se realiza tradicionalmente entre los tres órganos mejor conocidos como poderes quienes realizan las funciones claves del Estado. En donde se pretenda evitar el dominio de alguno de los poderes sobre de otro y de lo cual resulte una vulneración al estado de derecho.

Y una vez que se tenga el principio de división de poderes, el cual lo vimos en el primer capítulo, es necesario que se tenga “un órgano de control independiente del órgano controlado. Ya que un autocontrol sería en definitiva inútil.”¹²⁷ Lo que se pretende es que este órgano sin interés alguno en el litigio juzgue de manera adecuada si existe dicha violación y de serlo, que se restablezca el orden. Y de ser el mismo órgano quien juzgue se corre el riesgo de que apoye sus actuaciones y en consecuencia se pierda la finalidad del control.

Además este órgano deberá tener la facultad decisoria. “Puesto que si las decisiones sólo constituyen meras recomendaciones o consejos, carece de vigor y efectividad cualquier control.”¹²⁸ Es decir, debe ser efectivo, evitando que el acto o ley que se anticonstitucional siga produciendo los efectos jurídicos, y sin un imperativo jurídico pierde total sentido que exista dicho control, ya que se deja a juicio de la autoridad, que siga teniendo vigencia el acto.

Por otra parte es de “gran relevancia principalmente para el amparo, es el reconocimiento por los Estados modernos de los derechos fundamentales de los

¹²⁵ Suárez Camacho, Humberto, Óp. cit. Nota 77, p 21

¹²⁶ Huerta Ochoa Carla, Óp. cit. Nota 124

¹²⁷ Suárez Camacho, Humberto, Óp. cit. Nota 77, p 21

¹²⁸ Huerta Ochoa Carla, Óp. cit. Nota 124

individuos,”¹²⁹ estos derechos deben ser oponibles frente a la actuación del Estado, es decir que el Estado tiene el imperativo de respetar y en caso de que los vulnerara restablecer la esfera jurídica de la persona. Estos derechos deben ser reconocidos por el estado como “inherentes a la persona humana en virtud de su dignidad y autonomía personal.”¹³⁰ Cuestión que hemos visto en el concepto de constitución.

Por último este elemento se da principalmente en los sistemas que siguen el modelo difuso de control de la constitucionalidad, y es que los sujetos “perjudicados a reclamar e impulsar el control. En razón de que de poco serviría un sistema de revisión de constitucionalidad. Principalmente porque no tendría sentido si el agraviado no pudiera exigir ante el órgano encargado un pronunciamiento sobre lo solicitado. Y es debido también a que en el modelo difuso no se puede hacer un control preventivo, es decir, que solo se puede entrar al estudio de la constitucionalidad de una norma, si una persona jurídica tiene un interés legítimo. Ahora entraremos al estudio del principio de la constitucionalidad para comprender en qué consiste.

C. Control de la constitucionalidad

Una vez visto lo referente a la constitución y el principio de supremacía constitucional, es momento de centrarnos en el estudio del tema del control de la constitucionalidad, para poder analizar tanto los antecedentes doctrinales, que dieron origen a la concepción contemporánea. Además de poder analizar sus elementos que como son el órgano, los actos y leyes bajo los cuales se ejercerá el control, además de la legitimidad para solicitarlo, y finalmente que efecto tiene las resoluciones del órgano encargado. Iniciaremos por los antecedentes históricos doctrinales que dieron origen a esta figura jurídica.

1. Antecedentes del control de la constitucionalidad.

¹²⁹ Suárez Camacho, Humberto, Óp. cit. Nota 77, p 21

¹³⁰ Ibíd.

En este apartado hablaremos de manera breve sobre el origen de la figura del control de la constitucionalidad. Esta figura jurídica tal como la conocemos es moderna. Sin embargo, autores como Cappelletti lo remontan “a la antigua Grecia para demostrar la existencia de este tipo de figuras jurídicas, que se dan en contextos culturales distintos de los nuestros.”¹³¹ Es decir propiamente no encontramos la figura moderna del control, debido a que Grecia, en ese entonces, no constituía un Estado moderno. Además de que no existía el desarrollo conceptual de la constitución, por lo que podemos decir, que si bien no es tal cual la figura es una aproximación. Otros autores como Bazán Víctor por su parte ubican el origen, más cercano a nuestras épocas, es decir, en la Edad Media.

Para este autor existen “elementos protectores en diversos ordenamientos de la Edad Media y más adelante en el siglo XVIII y en especial en el siglo XIX.”¹³² Si bien estos elementos son fundamentales para la construcción de este medio de defensa, surge un problema conceptual. Y es que propiamente no existía una constitución escrita, debido a que esta época es característica por el derecho consuetudinario. Aunado a esto nos encontramos al naciente Estado Absolutista, cuya figura emblemática es el Rey, el cual tiene facultades para imponer su voluntad, mediante las proclamas.

Ahora bien esta época es fundamental para el desarrollo del control, así como del constitucionalismo moderno. Debido al monopolio del poder, se generó “la crisis del Estado absoluto personificado en la figura del rey, único protagonista del poder.”¹³³ Lo que llevó al cambio conceptual que se tenía del poder, y en especial del estado. Impulsado por nuevas generaciones y clases sociales, las cuales buscaban limitar el poder desmedido de este poder absoluto del Estado. Y es mediante la creación de figuras como la carta magna o los derechos, como también de principios fundamentales de derecho.

¹³¹ Bazán Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional americano y europeo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 4

¹³² Bazán Víctor. Óp. cit. Nota 131, p. 4

¹³³ Falcón M., Enrique, Óp. cit. Nota 76, p. 281

Y es de este antecedente histórico que surge la necesidad, para los Estados modernos, de crear una constitución. Nos “dice Matteucci, consiste en su aspiración a una constitución escrita, que contenga una serie de normas jurídicas orgánicamente relacionadas entre ellas.¹³⁴ Que le sirva a los gobernados para tener una certeza jurídica, mediante el reconocimiento de un catálogo de derechos fundamentales, los cuales no podrán ser transgredidos por los miembros del Estado. Con lo cual se genera los principales fundamentos teóricos para la figura del control de la constitucionalidad.

a) Antecedentes del modelo norteamericano

Es en la época moderna donde se diseña este mecanismo de defensa de la constitución, que tiene como función el impedir que los poderes del Estado la vulneren. Y esta figura tiene dos antecedentes históricos los cuales darán origen a dos sistemas diferentes de control de la constitucionalidad. Los cuales atienden a realidades y necesidades específicas, que moldearan la estructura de cada uno. Y estos sistemas más emblemáticos son el control de la constitucionalidad americano y el sistema de la constitucionalidad europeo o austriaco.

Ahora bien antes de entrar al estudio de los antecedentes de cada uno de estos sistemas primero es importante aclarar que los dos surgen de la necesidad de “construir un freno efectivo a la opresión gubernamental, especialmente cuando esa opresión se deja caer sobre los derechos y libertades de los ciudadanos, y sobre los derechos e intereses de las minorías políticas en la democracia representativa.”¹³⁵ De este modo es la constitución la que establece los límites de los poderes gubernamentales, mediante reglas y principios que deben observar. Y para evitar actos o normas que estén fuera de este parámetro constitucional, se crea la figura del control, con la finalidad de compararlos y en caso de encontrarlos anticonstitucionalidad restablecer el orden constitucional.

¹³⁴ Falcón M., Enrique, Óp. cit. Nota 77, p. 281

¹³⁵ Ferrer Mac-Gregor (coord.), *La función judicial de defensa del orden constitucional, en el Derecho procesal constitucional*, Tomo I, 4ta. Edición, México, Porrúa, 2003, p 5

Comenzaremos por explicar el origen del sistema norteamericano, el cual se caracteriza por ser de carácter difuso, lo cual explicaremos más tarde. Este sistema es el más seguido en América, aun y cuando hoy existan sistemas con ciertas características de ambos. El cual surge a partir de “la sentencia Marbury v. Madison de 1803, en la cual el juez Marshall estableció, de manera irrevocable, el principio práctico y la vía adecuada para ejercer un control constitucional de las leyes.”¹³⁶ Y es a partir de este antecedente, que los jueces de Norteamérica tuvieron la facultad de controlar aquellos actos o leyes que estén contra la constitución.

Es importante destacar que dentro del sistema americano, la principal diferencia es que a partir de esta sentencia se determinó que todos los jueces, podrían entrar al estudio de la constitucionalidad, tanto de normas como de actos que sean presentados ante ellos. Cuya doctrina es conocida como la judicial review. En la cual tiene como principio fundamental “stare decisis el efecto primordial que se produce consiste en que el ordenamiento declarado inconstitucional por el alto Tribunal no tendrá posterior aplicación”. ¹³⁷Esto significa que los jueces tienen la facultad de expulsar del orden jurídico aquellas normas que sean declaradas anticonstitucionales. Por lo que tienen un papel de legislador negativo.

Esto atiende a la forma de estado que adoptaron los norteamericanos, es decir, un sistema federal. Lo que permite limitar a los legisladores locales de los Estados, “por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido” ¹³⁸ dentro del sistema norteamericano. Lo que da fuerza al principio de supremacía constitucional y permite una congruencia entre la legislación local y federal. Que da como efecto una certidumbre a los gobernados. Y permite tener un sistema federal funcional.

b) Antecedentes del modelo europeo o austriaco.

¹³⁶ Bazán Víctor (coord.), Óp. cit. nota 131, p. 4

¹³⁷ Aldrete Vargas, Adolfo, El control constitucional en México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/1/ens/ens14.pdf>

¹³⁸ Falcón M., Enrique, Óp. cit. Nota 1, p. 289

Por su parte el modelo austriaco o europeo continental tiene un origen diferente y este proviene de dos grandes juristas alemanes, Kelsen y Schmitt. Los cuales tenían posturas distintas a cerca de quien debería ser el defensor de la constitución. Ambos contemporáneos de su época. Existen al menos “dos razones que explican el nacimiento de la justicia constitucional en Europa, en cabeza de un órgano denominado tribunal constitucional”¹³⁹ la primera es la necesidad de mantener la unidad política del Estado, y en especial de los Estados que adoptaron un sistema federal, por ejemplo el caso de Suiza en 1874.

Debemos recordar que la forma de organización de Suiza es en unidades político administrativas, las cuales son similares a los municipios, a las cuales se les denomina Cantones. Tal es el mismo caso de Alemania en 1919 y Austria en 1920. Cuya característica en común fue que admitieron la anulación de la legislación local de los Cantones y Länder, que estuvieran en contra de los principios y distribución competencial establecidos en sus respectivas constituciones. Y La segunda razón está dada por el cambio ideológico y político que se dio en Europa a principios del siglo XX.¹⁴⁰ Surgidas principalmente del reconocimiento de las figuras como son el sufragio de los parlamentos los cuales estaban integrados por diversos partidos políticos de diversas ideologías.

Lo que tuvo como consecuencia que el parlamento tuviera diversos “grupos políticos tenían ideas muy distintas respecto del Estado, generándose una fuerte lucha al interior del parlamento y una desconfianza en que la mayoría política cambiaría radicalmente las reglas del juego constitucionalmente establecidas.”¹⁴¹ Generándose la alternativa de defender la Constitución por otro poder, con la facultad de revisar las leyes y actos a fin de que estos no fueran contrarios a la constitución. Y de aquí surge el debate doctrinal entre estos dos juristas bajo la siguiente pregunta ¿quién debe ser el defensor de la constitución?

c) Polémica del guardián de la constitución (Kelsen- Schmitt)

¹³⁹ Ferrer Mac-Gregor (coord.), Óp. Cit. Nota 135, p. 7

¹⁴⁰ Ferrer Mac-Gregor (coord.), Óp. Cit. Nota 135, p. 8

¹⁴¹ Ibíd.

Y es a partir de aquí cuando nuestros personajes centrales de la creación del modelo europeo, perfeccionan este modelo. El contexto en que se desarrollo este debate doctrinario es durante la crisis de la República de Weimar, en la cual se tenía que idear un nuevo sistema en el control de la constitucionalidad, y aquí es donde surge el tema del ¿quién debe ser el guardián de la constitución? Es precisamente esta pregunta la que genera una serie de publicaciones, respecto del órgano encargado de la protección de la constitución.

El punto más emblemático de esta discusión tendrá lugar en 1931, año en el que Carl Schmitt publica *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Kelsen responderá, ese mismo año, a través de un artículo cuyo título es ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?¹⁴²

Estudiaremos las posturas y los principales argumentos de estos autores, para ver como entienden el control de la constitucionalidad. Iniciaremos con Schmitt, ya que fue este el primero en publicar un artículo referente al guardián de la constitución.

d) Carl Schmitt y el guardián de la constitución.

Ahora bien Schmitt, fue contemporáneo a Kelsen y dentro de las discusiones doctrinales, ya hemos mencionado la referente a la constitución. En la que este hace notar los puntos negativos de la Teoría Pura de Derecho, dejando ver que el derecho no se puede separar de la parte política. Y por otra parte que el poder y el derecho, aun y cuando son conceptos antagónicos, se relacionan entre sí en la realidad social. “En ese sentido, podría decirse que la obra de Schmitt de aquellos años se construirá, en una suerte de constante (aunque no siempre explicita) contraposición con la obra del jurista vienés”¹⁴³. Atacando principalmente la metodología kelseniana y en especial sus fundamentos Kantianos.

¹⁴² Falcón M., Enrique, Óp. cit. Nota 76, p. 331

¹⁴³ Herrera, Carlos Miguel, Polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución, México, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, 1995
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/16/teo/teo8.pdf>

Primero debemos aclarar que la obra del jurista alemán no se ocupa especialmente del órgano encargado de la defensa de la constitución. Sin embargo un punto que es muy importante rescatar es la interpretación del artículo 48 constitucional. En términos de dictadura comisaria del Presidente, que es el concepto en que subsume el análisis del artículo 48. En donde presenta esta figura como el preservador de la Paz y el orden, y “en ese sentido, de acuerdo con el artículo 48, 2 de la Constitución de Weimar, el presidente Reich puede suspender la ley constitucional para defender la Constitución instaurando una dictadura comisaria.”¹⁴⁴ Dándole el papel de guardián de la constitución al poder ejecutivo.

Algo que podemos distinguir de su teoría es la distinción que realiza de los conflictos de carácter constitucional. Dividiéndola en dos grupos que son, los “litigios Constitucionales, que son siempre políticos, y las dudas y opiniones sobre la interpretación de las leyes constitucionales.”¹⁴⁵ Es decir para él, el control de la constitucionalidad se divide en dos partes, la primera la cataloga como aquellos litigios de carácter político, un ejemplo en el sistema mexicano sería el juicio político o también cuestiones de competencia entre los distintos niveles de gobierno. Y la segunda es las dudas o interpretaciones de la constitución en donde se tiene que establecer un criterio superior respecto de un concepto o precepto de rango constitucional.

Este autor justifica lo anterior bajo el siguiente argumento, toda decisión respecto de la Constitución no debía estar apartada de la política, esto significa que las decisiones de tal importancia no son apolíticas, por la naturaleza y origen de esta norma. En consecuencia “en el razonamiento de Schmitt, el establecer un Tribunal especial para decidir de la constitucionalidad de la ley significa, sin embargo, una desviación por razones políticas de la lógica del Estado de derecho”.¹⁴⁶ Para él un Tribunal no puede decidir en cuestiones políticas, por ser precisamente actividades contrarias las jurídicas y las políticas.

¹⁴⁴ Ibíd.

¹⁴⁵ Ibíd.

¹⁴⁶ Ibíd.

e) Kelsen y el tribunal constitucional.

Por su parte el jurista Vienes tenía una visión distinta, la cual se deja ver en una serie de publicaciones, las cuales tienen una gran tendencia a los argumentos que se desarrollan en la Teoría pura de derecho. “Kelsen es uno de los creadores del órgano concentrado, siguiendo por lo demás una tradición europea y austriaca que en él culmina y que luego se expandiera por el resto del mundo.”¹⁴⁷ Y marcando el inicio de la jurisdicción constitucional, a la cual se le encargaría el control de la constitucionalidad de las normas y actos que emanan del Estado.

Ahora debemos recordar que “el tribunal constitucional es visto como una alternativa posible de una última instancia racional y objetiva respecto del juego político según las reglas establecidas en la constitución.”¹⁴⁸ A diferencia de la postura de Schmitt, Kelsen propone un Tribunal constitucional, debido a que en esta época, “un conocimiento teórico y sistemático del derecho procesal,”¹⁴⁹ era de suma importancia. Y un punto central en la teoría del tribunal constitucional, es que, para Kelsen, la democracia era un punto relevante, sin embargo la pluralidad de grupos políticos, los cuales tenían ideas diferentes, ponían en riesgo la figura del parlamento. Y para evitar que las luchas internas del parlamento cambiaran las reglas del orden jurídico, era necesario que el tribunal controlara las actuaciones que no estuvieran de acuerdo con la constitución.

La propuesta de Kelsen, que más tarde se realizaría, era la creación de “una jurisdicción concentrada en un único Tribunal, separado del resto de los tribunales y llamado a pronunciarse sobre cuestiones estrictamente jurídico-constitucionales.”¹⁵⁰ Una de las características principales que debía de tener este órgano era de estar con total abstracción de los intereses que estén inmersos en el conflicto. Ya que en este se depositaban la categoría lógico-fundamental, por estar facultado para confrontar las leyes de orden común o secundarias con la

¹⁴⁷ Bazán Víctor (coord.), Óp. cit. nota 131, p.4

¹⁴⁸ Ferrer Mac-Gregor (coord.), Óp. Cit. Nota 135, p.8

¹⁴⁹ Bazán Víctor (coord.), Óp. cit. nota 131, p. 5

¹⁵⁰ Gascon Abellan, Marina, *La justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción*, España, Universidad de Alicante, 1994, p. 64 http://www.tc.gob.pe/cec/themes/bluemarine/diplomado/tema2_marina_gascon.pdf

constitución a fin de verificar y evitar si existía una contradicción en el ordenamiento.

La función de verificar y proteger la constitución deriva precisamente de la idea jerárquica de la constitución, y que esta era una norma que proveía de validez a las normas posteriores. Y mediante esta teoría es que “Kelsen rompe el tabú de la supremacía parlamentaria que por entonces primaba en Europa.”¹⁵¹ Debido a que da un carácter o naturaleza de legislador negativo a su Tribunal constitucional, ya que tenía la facultad de expulsar del sistema jurídico aquellas normas que no estén acorde con la norma suprema.

2. Características del control difuso y concentrado de la constitucionalidad

Una vez que hemos estudiado los antecedentes del control de la constitucionalidad, es momento de estudiar, de manera breve, las características de los modelos jurisdiccionales, es decir, el concentrado, con origen europeo y el difuso, con origen americano. Para des pues pasar a analizar el concepto y la estructura del control. Elementos que serán de suma importancia para el planteamiento de la propuesta aquí desarrollada. Y comenzaremos con el modelo europeo.

a) Control europeo o concentrado

La principal característica del control concentrado o mejor conocido como europeo es “cuando la función de revisión de la constitucionalidad de los actos emanados de los poderes públicos está depositada y monopolizada.”¹⁵² Ya sea un tribunal o una corte, esta tiene para sí la facultad exclusiva de revisar la constitucionalidad de las leyes y actos excluyendo a todo el resto de los poderes y jueces que conforman en Estado. Y sus sentencias o resoluciones son inatacables, pues es la última instancia. Algunos de los órganos actuales que monopolizan esta función son los siguientes

¹⁵¹ Falcón M., Enrique, Óp. cit. Nota 76, p. 15

¹⁵² Bazán Víctor (coord.), Óp. cit. nota 131, p 62

- 1) “Diseñado como órgano extrapoderes.”¹⁵³ Este órgano, no forma parte de los tres poderes tradicionales, está fuera de ellos y por consecuencia es de mayor jerarquía. Tiene la posibilidad de anular los actos de los otros tres poderes. En el caso mexicano, el Supremo poder conservador era un claro ejemplo de un órgano extra poderes.
- 2) “Tribunales o cortes constitucionales que, aun cuando ostenten autonomía de funcionamiento, están formalmente ubicados en el Poder judicial”.¹⁵⁴ En estos órganos si bien son tribunales constitucionales que monopolizan el control de la constitucionalidad aun se encuentran inmersos en el poder judicial, son la cúspide de la jerarquía de este poder.
- 3) “Salas constitucionales localizadas en las Cortes supremas de justicia”¹⁵⁵ aquí nos encontramos que esta aun mas incrustado en el poder judicial, ya que solo se le designa a las salas, que integran la Corte suprema, las funciones de la constitucionalidad de las normas.
- 4) Para algunos autores “la Suprema Corte de Justicia de México, que ha adquirido funciones propias de un tribunal constitucional por medio de sucesivas reformas legales y constitucionales.”¹⁵⁶ Sin embargo el caso mexicano la Suprema Corte de Justicia, no realiza de manera exclusiva el control de la constitucionalidad. Por lo cual no podemos considerarla dentro del modelo concentrado.

Además de la práctica de manera exclusiva de una Corte o Tribunal Constitucional, este modelo tiene otras características que lo distinguen del modelo americano. Las cuales las describiremos a continuación. Como segunda característica podemos citar que es un “control de carácter abstracto: analiza la constitucionalidad de la ley con independencia de los casos concretos.”¹⁵⁷ Es decir, se da fuera o al margen un proceso judicial típico, ya que no existen partes que disputan un interés en que se conserve la norma o se expulse del sistema.

¹⁵³ Ibíd.

¹⁵⁴ Ibíd.

¹⁵⁵ Ibíd.

¹⁵⁶ Ibíd.

¹⁵⁷ Becerra Ramírez, Manuel, Óp. cit. Nota 110

Aquí cualquier sujeto puede interponer dicho control aunque no tenga interés jurídico en juego. Y este control puede ser realizado de modo sucesivo y cautelar, lo que significa que se pueden controlar las reformas constitucionales o legales.

Otra de las características distintivas del control es que se inicia “por vía de acción (principal): La persona u órgano estatal que se estima afectada ejerce una acción especial con el objeto exclusivo de que se examine si una ley o un acto son o no constitucionales.”¹⁵⁸ no es necesario que exista una controversia previa para solicitar el control. Es suficiente que el sujeto considere que una autoridad realizó una violación a la constitución para accionar el mecanismo de la constitucionalidad. Es decir, no deriva de ningún juicio anterior, puede ser interpuesta de manera directa.

En el caso de “las sentencias tienen efecto de cosa juzgada erga omnes, es decir, anulando el precepto legal y expulsándolo del orden jurídico.”¹⁵⁹ Al ser el único órgano que revisa la constitucionalidad de las normas y actos, sus fallos son inatacables, ya que no existe otro órgano revisor, y sus efectos con generales, es decir, una vez que se hace la declaración, la norma queda inaplicable para todo los sujetos de derecho del estado en donde se realizó dicho control.

5. La sentencia es de carácter constitutivo, referente a los efectos ya que anula la norma e impide que siga produciendo los efectos a partir del momento del fallo, sin tener efectos retroactivos. Es decir, a diferencia del sistema difuso el cual veremos a continuación, los efectos no modifican la esfera jurídica, sino a partir del pronunciamiento de la sentencia o fallo del tribunal.

b) Control americano o difuso

A diferencia del concentrado nos encontramos en “el control de la constitucionalidad difuso admite que la revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes y otros actos pueda ser realizada por cualquier juez o

¹⁵⁸ Ibíd.

¹⁵⁹ Ibíd.

tribunal.”¹⁶⁰ Es decir, que si un particular considera que se transgredieron los preceptos constitucionales, cualquier juez que integra el poder judicial, tendrá la facultad de verificar la constitucionalidad de la norma o acto. En el caso mexicano solo los jueces federales pueden realizar dicha función. Ahora bien existen ciertas variantes con el modelo norteamericano, en cuanto a los efectos de las sentencias, que veremos en su momento.

Se realiza mediante, “el control incidental o concreto sólo se presenta bajo forma de un control de carácter sucesivo o representativo ya que presupone la existencia de una norma en vigor.”¹⁶¹ Pues bien, comprende que para la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad debe de ser sobre un derecho concreto que ha sido vulnerado a un sujeto específico, ya sea individual o colectivamente. Además que aquí se presenta como un litigio donde dos partes tienen intereses contrarios respecto de la situación jurídica.

Como ya mencionamos la manera que se ejerce este control es “por vía de excepción (incidental): Durante el litigio se impugna el precepto considerado inconstitucional solicitando al tribunal que no lo aplique a dicho caso.”¹⁶² Es decir de una controversia, se puede solicitar el control de la constitucionalidad ante el mismo órgano jurisdiccional que resuelve la controversia principal, por eso es incidental porque surge de un juicio principal.

En el caso de este modelo “las sentencias tienen efecto de cosa juzgada inter partes, es decir, sólo entre las partes y para el asunto concreto.” Es decir no es una declaración general con la cual se expulsa del sistema jurídico la norma que se considera anticonstitucional. Por el contrario la resolución solo le es aplicable para el sujeto que la solicitó, por lo que se deja sin efectos para el caso concreto, pero para el resto de los sujetos que no pidieron el control sigue teniendo vigencia sigue perteneciendo al sistema normativo la norma anticonstitucional.

¹⁶⁰ Falcón M., Enrique, Óp. cit. Nota 76, p 350

¹⁶¹ Ibíd.

¹⁶² Becerra Ramírez, Manuel, Óp. cit. Nota 110

Es común que se confundan dichos modelos, y si bien son similares tienen un punto en el que no coinciden. Debido a que “en el caso de Estados Unidos este país rige la regla del stare decisis, que otorga efectos más allá del caso concreto a la declaración de anticonstitucionalidad”¹⁶³ y la diferencia radica en que en Norteamérica rige el Common law en la cual los precedentes son fundamentales, en el desarrollo del derecho. Por lo cual si se deja precedente de una cuestión de constitucional la sentencia se tomara el principio de estar a lo dicho.

Por último tenemos que “la sentencia es de carácter declarativo y produce efectos retroactivos.”¹⁶⁴ es decir que la esfera jurídica se restablece al punto antes de que existiera la vulneración del derecho sustantivo pedido o la violación constitucional realizada por una autoridad del Estado. Una vez estudiado los modelos de control de constitucionalidad, es momento de establecer un concepto de esta figura con la finalidad de entender de manera clara en qué consiste.

3. Concepto de Control de la constitucionalidad

Ya que hemos estudiado los antecedentes y los principales modelos de control de la constitucionalidad junto con sus características es momento de entrar al estudio del concepto de control de la constitucionalidad. Para terminar de comprender en lo que consiste, e ir proyectando lo que se pretende que se realice con el caso de las omisiones legislativas, que es el tema central de nuestro proyecto aquí expuesto.

Para comenzar tenemos que analizar el origen de la palabra Constitucionalidad, que es fundamental, para el concepto que estamos aquí por desarrollar. Y esta “proviene del idioma alemán, en el cual constitucionalidad se dice *Verfassungsmässigkeit*. *Verfassung* significa constitución, mientras que *Mässigkeit* quiere decir conformidad.”¹⁶⁵ componentes necesarios para esta figura, porque establece a la constitución como aquel parámetro de comparación. Mientras que nos dice que el resto del ordenamiento debe de estar acorde con ella.

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ *Ibíd.*

¹⁶⁵ Covián Andrade, Miguel, *Óp. cit.* Nota 26, p. 2

Según los elementos anteriores, el control de la constitucionalidad, es “por lo tanto la substancia del tema que nos ocupa es la determinación de la correspondencia o de la falta de conformidad con la constitución.”¹⁶⁶ De allí la importancia de comprender que es una constitución ya que es el elemento central del control. Es la que contiene las reglas de validez de la norma secundaria, por lo que se constituye como este parámetro, necesario, de comparación para poder decidir y existe una conformidad o por el contrario estamos frente a una anticonstitucionalidad.

Por su parte la idea de “control consiste en la verificación sobre la existencia o la ausencia de la conformidad con la constitución, la cual es por lo tanto la medida o el parámetro de lo que es constitucional, o en su caso, anticonstitucional.”¹⁶⁷ Es decir ya tenemos a los principales componentes de nuestro concepto, el primero es la constitucionalidad que implica, en conjunto con el principio de supremacía constitucional, que todas las normas y actos deben estar en conformidad con ella y por el otro el elemento de control que tiene el órgano judicial para verificar si existe o no la conformidad.

Ahora bien para algunos autores el concepto de control de la constitucionalidad lo podemos entender de dos formas lato sensu y stricto sensu, las cuales van enfocadas a la finalidad que persigue. El control constitucional, “concebido lato sensu, estriba en aquellos medios jurídicos que previenen, reparan, nulifican o sancionan, la violación de las disposiciones constitucionales.”¹⁶⁸ Aquí abarcan algunas de las características de los controles del modelo concentrado como es el de prevenir. Sin embargo el que más se adecua a nuestro sistema es el concepto en stricto sensu.

Ya que comparte las características de nuestros controles contemporáneos, y estas son las siguientes:

¹⁶⁶ Ibídem., p. 3

¹⁶⁷ Covián Andrade, Miguel, Óp. cit. Nota 26, p. 5

¹⁶⁸ Sánchez Gil, Rubén A., *El control difuso de la constitucionalidad en México. reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002*, Revista Mexicana de Derecho constitucional, cuestiones constitucionales, número 11 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard7.htm>

“los instrumentos de control constitucional stricto sensu, tienen carácter a posteriori, y persiguen la reparación del orden constitucional violado, no sólo establecer una posible responsabilidad y la imposición de alguna sanción, finalidad a la que contingente e indirectamente podrían servir.”¹⁶⁹

Sin embargo el concepto del Doctor Covián Andrade, consideramos que es el más amplio ya que recoge los componentes fundamental, además de ser el más acorde con esta investigación. Y este concepto es el siguiente:

Consecuentemente, el control de la constitucionalidad del poder político es la verificación (control) de la correspondencia (constitucionalidad entre las decisiones relativas a los procesos del poder (objeto del control), en los casos en los que están regulados en la constitución. y en las normas constitucionales (medida o parámetro del control.)¹⁷⁰

Cuando hablamos de “los medios de control constitucional implican señalar los límites del poder en concordancia con el principio de supremacía constitucional.”¹⁷¹ Debido a que en los Estados modernos resulta de suma importancia controlar el poder político, debido a que si este medio, caeríamos en el estado Absolutista, ante el cual se pelea para quitarlo. Ya que esta figura tiene una función de proteger a la constitución de las pretensiones del poder, y evitar con ello una vulneración a los derechos fundamentales de los gobernados. De lo contrario estaríamos fuera de un estado de derecho.

4. Órgano que ejerce el control de la constitucionalidad

Una vez que hemos visto que es lo que es el control de la constitucionalidad debemos aclarar que, en el caso mexicano por tener un sistema difuso, “la rama judicial federal es competente para conocer los asuntos de constitucionalidad, porque es responsable de llevar a cabo su control.”¹⁷² Debido a que se considera que el poder judicial tiende a ser menos imperfecto, por su grado de

¹⁶⁹ Ibíd.

¹⁷⁰ ibídem, p. 6

¹⁷¹ Suárez Camacho, Humberto, Óp. cit. Notal 77, p. 15

¹⁷² Arteaga Nava, Elisur, Óp. cit. Nota 79, p. 1343

especialización en derecho, que los integrantes del poder legislativo. Y en el caso de México es más notoria esta distinción debido a que en primera no se les exige ningún grado académico a los legisladores; y en segunda porque no se tiene bien entendido la importancia de la técnica normativa.

Otra de las razones de que el poder judicial sea encargado del control de la constitucionalidad es “el carácter especializado de su función, y la ética de la coherencia en la toma de decisiones judiciales, son las condiciones clave”¹⁷³ para el estado de derecho. Usando el argumento de que el poder judicial no tiene interés alguno en los intereses en conflicto. Y es por esto que en la actualidad en los Estados confieren esta facultad a los tribunales o cortes.

Ahora en el caso del sistema mexicano “los tribunales federales gozan de una doble jurisdicción: una, la ordinaria, en virtud de la cual conoce de todas las controversias que se susciten acerca del cumplimiento y la aplicación de las leyes federales.”¹⁷⁴ Es decir, aplican la letra de la ley, de carácter federal en las controversias que le soliciten los gobernados, ya sea por conflictos entre particulares, o, entre particulares con un órgano de gobierno, la cual es su función principal.

Y la segunda jurisdicción es la que les da la figura del “amparo, por la que les corresponde conocer de las controversias que se susciten por la aplicación de leyes o realización de actos de autoridad que violen las garantías individuales.”¹⁷⁵ Actualmente se amplió el término de garantías individuales por el de derechos humanos. Lo que le da una mayor gama de derechos, ya que no solo son los contenidos en la constitución y que son de carácter fundamental, sino que además se incluyen los de los tratados internacionales, los cuales tienen un carácter de progresividad en su realización. Regresando al tema del amparo, esta figura permite realizar un control de la constitucionalidad, cuando se vulneran derechos o

¹⁷³ Ferreres Corvella, Victor, Óp. cit. Nota 113, p

¹⁷⁴ Arteaga Nava, Elisur, Óp. cit. Nota 79, p. 1343

¹⁷⁵ *Ibíd.*

garantías contenidas en la constitución, y como veremos más adelante sus efectos se limita a las partes del litigio.

Ahora bien, algunos consideran que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con reformas impulsadas por ella misma, ha adquirido características de un Tribunal constitucional. Incluso en determinado tiempo la misma Corte se denominaba Tribunal constitucional. Lo que si podemos decir es que la Corte tiene facultades exclusivas respecto de determinados medios de control. Es decir, “El pleno tiene como facultad privativa conocer lo que se ha denominado controversias entre poderes”¹⁷⁶ lo cual se respalda con el criterio de la siguiente tesis jurisprudencial

CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico- político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades pueden, por sí y ante sí, en el ejercicio de sus funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en su artículo 103 y 107, un medio de defensa expreso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda,

¹⁷⁶ Ibíd.

en exclusiva al Poder Judicial de la Federación sentando las bases de su procedencia y tramitación.¹⁷⁷

Tal y como lo expresa la constitución, que es la que le da la legitimidad a la suprema corte y a los tribunales federales, en los supuestos que manejamos anteriormente sus fundamentos son los siguientes, citaremos solo las partes de los artículos 103, 104 y 105 que nos interesan y estos son:

Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

Artículo 104. Los Tribunales de la Federación conocerán:

VI. De las controversias y de las acciones a que se refiere el artículo 105, mismas que serán del conocimiento exclusivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta

¹⁷⁷ Tesis de jurisprudencia P./J. 733/99, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia Pleno, tomo X, agosto de 1999, Pagina 18.

Algo que debemos resaltar en este capítulo son los aspectos estructurales que menciona el Doctor Covián Andrade, que debe de tener todo órgano de control, para garantizar una total independencia y racionalización de las decisiones.

“En cuanto al diseño de los órganos de control de la constitucionalidad deben considerarse dos aspectos estructurales particularmente importantes:

- a) La especialización de los integrantes de estos órganos; y
- b) La forma de designar de estos órganos.”¹⁷⁹

En cuanto a la primer característica que deben tener los miembros “de un órgano de control de la constitucionalidad, actualmente juez o magistrado, debe ser especialista en Derecho constitucional y en control de la constitucional.”¹⁸⁰ Eso es necesario para que tenga un conocimiento específico, y la doctrina y practica suficiente, para que tenga el sustento jurídico para respaldar sus decisiones. Algunos autores, además de la especialización den derecho constitucional y en el control, dicen que los miembros de los órganos de control deben especializarse en teoría política para poder saber las implicaciones jurídico-políticas de las sentencias.

Por otra parte ya que se tiene la especialización surge un tema de suma importancia y es la designación de los miembros. Debido a que “la designación de los integrantes de los órganos de control no debe ser atribución de un solo órgano constituido, cuyas decisiones serán controladas.”¹⁸¹ Si no se hace una designación en la cual, no se puede garantizar una autonomía o independencia. Lo que se pretende con una designación de los 3 poderes, es que ningún interés intervenga en la toma decisiones de los integrantes del órgano, en el caso de México, deben hacerse reformas que permita avanzar en este terreno.

¹⁷⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Actualización 10-02-2014, Página virtual de la Cámara de Diputados <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

¹⁷⁹ Covián Andrade, Miguel, Óp. cit. Nota 26, p. 49

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p. 50

¹⁸¹ *Ibíd.*

5. Sujeto legitimado

Una vez que hemos definido el órgano que resolverá los controles de constitucionalidad, decidiendo si los actos y leyes están acorde con la constitución o por el contrario son anticonstitucionales. Es momento de estudiar quien es el sujeto legitimado, para interponer el recurso de control de la constitucionalidad. Debido a que es “uno de los aspectos más delicados en la tarea de diseñar un sistema de control de constitucionalidad consiste en definir quién o quiénes serán los autorizados para proponer.”¹⁸² Ya que dependiendo del quienes y la forma en que son legitimados determinaremos si el control es accesible y por ende eficaz para resolver las violaciones o litigios de control de la constitucionalidad.

Ahora bien debemos decir que el estudio de los sujetos es con base al sistema difuso. Esto se debe a que en el sistema concentrado por lo general se le asocia con los medios “abstracto, como recurso contra leyes, es una operación sin límites materiales, se trata de un control sin vinculación a la aplicación de la norma; la legitimación generalmente es objetiva”¹⁸³ ya que están facultados para realizar controles oficiosos, es decir, que pueden entrar al estudio de la constitucionalidad sin que ningún sujeto con interés se lo solicite.

Por su parte siguiendo la idea anterior, en cuando al “control de constitucionalidad difuso está generalmente emparentado con la denominada legitimación subjetiva.”¹⁸⁴ Ya que los órganos que están bajo este modelo no están facultados para realizar controles de oficio, solo pueden entrar al estudio de la constitucionalidad si un sujeto interesado se lo solicita. Y este sujeto debe de tener un interés legítimo para poder iniciar el proceso. Ahora bien como ya hemos mencionado actualmente los sistemas tienen características de estos dos modelos. Por lo cual hace difícil establecer una distinción tajante.

Ahora en cuanto al tema de “la legitimación subjetiva, cuyo espectro tiene una tendencia, en las sociedades democráticas y pluralistas, a ser cada vez más

¹⁸² Falcón M., Enrique, Óp. cit. Nota 76, p. 364

¹⁸³ Huerta Ochoa Carla, Óp. cit, Nota 124

¹⁸⁴ *Ibíd.*

amplia.”¹⁸⁵ Es decir, hacer accesible a los gobernados estos medios de control, ampliando los sectores que pueden accionar los controles estableciéndolos de manera constitucional esta la legitimidad, con la finalidad de dar una mejor protección a los derechos humanos. Esto es, no se establecen un número considerable de requisitos, además de que no solo pueden ser accionados por autoridades de carácter federal, sino que se les dio oportunidad a las autoridades locales como se explica a continuación:

Un cambio relevante se dio en la forma de participación en el control de la constitucionalidad, ya que las minorías de las Cámaras del Congreso de la Unión, de las legislaturas locales y de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal fueron legitimadas, al igual que el Procurador General de la República, para plantear la inconstitucionalidad de leyes.¹⁸⁶

Con ello amplían el margen de sujetos que pueden accionar los controles de constitucionalidad, lo que da como resultado un Estado de derecho eficiente que da mecanismos para el respeto de los derechos de los ciudadanos, de las minorías y de las autoridades locales.

6. Objeto del control de la constitucionalidad

En este apartado estudiaremos lo relativo al objeto de la constitucionalidad, necesario debido a que dentro de los objetos del control se encuentran las omisiones legislativas, que es el último elemento que nos hace falta estudiar, y que será el objeto de control, en la propuesta que aquí se plantea. Ahora el objeto de control de la constitucionalidad, de manera general, es aquello que se pone bajo análisis jurídico para ver si esto cumple o está conforme a los principios y reglas que se encuentran en la Constitución.

Ahora si bien el objeto principal, como lo refiere el Doctor Covián es el Poder político, aquí veremos el objeto específico, que es la forma en que el poder político ejerce sus facultades. Y bajo este orden de ideas, en el sistema mexicano “el

¹⁸⁵ Ibíd.

¹⁸⁶ Ibíd.

control de constitucionalidad puede recaer sobre normas jurídicas generales o particulares, actos del poder público o de particulares;¹⁸⁷ y por ultimo tenemos que también se puede ejercer el control de omisiones de las autoridades del Estado, esta última es parte central de nuestro tema, en especifico las omisiones legislativas. Ahora analizaremos detenidamente a estas tres categorías de objetos, iniciando con los Actos de los poderes federales.

a) Control de los actos de los poderes federales

Por lo que hace a los actos de los poderes federales, todos deben de tener una fundamentación y motivación, para verificar que este conforme a la constitución y cuando carecen o es defectuosa esta motivación y fundamentación es anticonstitucional. Por lo cual “el control de constitucionalidad puede comprender, asimismo, la actividad de todos los poderes del Estado, incluso del propio Poder judicial.”¹⁸⁸ El ejemplo más claro en este control es el amparo que se interpone contra actos de autoridad que vulneran los derechos humanos contenidos en la constitución. Incluso contra actos del propio poder judicial, con lo cual se garantiza, la protección integral de los derechos humanos.

Debemos mencionar que existe “ciertos actos del Congreso de la Unión que, a pesar de ser violatorios de los derechos individuales, no son susceptibles de ser impugnados por vía amparo.”¹⁸⁹ Debido a que la letra de la constitución así lo establece. Ya que se considera que es un órgano que tiene legitimidad por parte de la sociedad. Es el mismo argumento que se utiliza para no regular las omisiones legislativas pese a que muchas de ellas violan directamente los derechos de los gobernados. Por esta razón es importante la creación de un medio de control de las omisiones legislativas. Modelo que veremos después de definir en qué consisten las omisiones, primero en lo general y luego en particular las legislativas.

Es de suma importancia tomar en cuenta lo siguiente:

¹⁸⁷ Falcón M., Enrique, Óp. cit. Nota 76, p. 369

¹⁸⁸ *Ibíd.*

¹⁸⁹ Arteaga Nava, Elisur, Óp. cit. Nota 79, p. 979

“juicio de amparo procede exclusivamente contra actos de los poderes públicos; sin embargo, ello no implica que los actos de particulares que los afectan (intervención quirúrgica y mutilación parcial de órganos innecesarias en perjuicio de la paciente) sean ajenos al control del juez constitucional”¹⁹⁰

Primero debemos hacer una observación, los particulares tenían el carácter de autoridad responsable, derivado de una tesis, cuando realizarán actos o determinaciones de una autoridad. Es decir, en el caso de la federación mexicana de futbol, actúa como autoridad única y sus fallos son inatacables, y si sus actos o sentencias son violatorias de derechos humanos se puede interponer el amparo indirecto. Se ha tomado este criterio doctrinario en la creación de la nueva Ley de Amparo, se incluyó a los particulares como posibles autoridades responsables. Y el texto del artículo 5 dice lo siguiente:

Artículo 5o.

Son partes en el juicio de amparo:

II...

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.¹⁹¹

Ahora bien una vez que estudiamos de manera breve en lo que consiste los actos a los cuales están sometidos al control de la constitucionalidad, que son todos los actos de autoridad que violen los derechos humanos o sean contrarios a la constitución. Es momento de pasar al estudio del control de las leyes generales.

b) Control contra leyes generales

¹⁹⁰ Silva García, Fernando, *¿El juicio de amparo frente a particulares? El derecho a la salud contra médicos y hospitales privados*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/34/silva.pdf>

¹⁹¹ Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2 de abril de 2013, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>

En el sistema mexicano es la constitución la que establece el control de la constitucionalidad, bajo la figura específica de la acción de anticonstitucionalidad, de las leyes generales, en cuyo caso las denomina normas generales. Y podemos entender a “las normas de carácter general como señala Cossío Díaz las podemos entender en el derecho mexicano como aquellas cuyos supuestos tienen un carácter general, abstracto e impersonal.”¹⁹² Es decir establece un parámetro amplio para el control de las leyes. Ya que con esta denominación abarca a las normas aprobadas por diferentes procedimientos, y además, diferentes niveles legislativos, es decir, comprende a las leyes de carácter federal, estatal y las del Distrito Federal.

Y con diferentes procedimientos abarca también a los reglamentos que emiten los poderes para el ejercicio de sus funciones. Ahora en cuanto a las “constituciones locales, las cuales se encuentran subordinadas al pacto federal; en otras palabras, nunca podrán sobre pasar lo establecido en la CPEUM.”¹⁹³ Lo que significa que en el sistema mexicano estas, se encuentran sujetas al control de la constitucionalidad, aun y cuando no esté señalado en el artículo 105 de la constitución. Ya que se establece en la siguiente tesis jurisprudencial:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES PROCEDENTE PARA IMPUGNAR CONSTITUCIONES LOCALES, AL SER ÉSTAS, NORMAS DE CARÁCTER GENERAL Y ESTAR SUBORDINADAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.-

De lo dispuesto en el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se desprende que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el único órgano judicial competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad con el objeto de resolver la posible contradicción entre normas de carácter general expedidas, entre otros, por los órganos legislativos estatales, y la Constitución Federal. Ahora bien, de lo anterior no se advierte que el Órgano Reformador de la Constitución haya excluido de este medio de control constitucional a las normas que conforman una Constitución Local, ni tampoco se

¹⁹² Gutiérrez Zapata, Iván, *El objeto de control en el proceso abstracto de constitucionalidad de la ley en México y España*, Estudio en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/15.pdf>

¹⁹³ *Ibíd.*

desprende que exista razón alguna para hacerlo así; antes bien, en el precepto constitucional en cita se establece que la acción de inconstitucionalidad procede contra normas generales, comprendiéndose dentro de dicha expresión a todas las disposiciones de carácter general y abstracto, provenientes de órganos legislativos. Además, estimar que las Constituciones de los Estados de la República no pueden ser analizadas por esta vía, implicaría que estos ordenamientos locales pudieran escapar del control abstracto de su subordinación con respecto a la Constitución Federal, lo cual es inadmisibles, pues conforme al contenido de los artículos 40, 41 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este ordenamiento es la Ley Suprema de toda la Unión y si bien los Estados son libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, sus Constituciones "en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal". Por tanto, si el Poder Reformador de la Constitución estableció la acción de inconstitucionalidad como medio de control abstracto, con el objeto de analizar la regularidad de las normas generales subordinadas al Pacto Federal, y entre éstas se encuentran expresamente las Constituciones Locales, es claro que sí procede la vía de referencia.

Novena Época:

Acción de inconstitucionalidad 9/2001.-Diputados integrantes de la LVII Legislatura del Estado de Tabasco.-8 de marzo de 2001.-Once votos.-Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.-Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón y Martín Adolfo Santos Pérez.¹⁹⁴

Por último podemos decir que esta denominación de norma general en el caso de México le da un amplio margen a la suprema corte de justicia en cuanto a la revisión de normas. Con la finalidad de evitar la contradicción de normas secundarias, y con ello guarda la coherencia del sistema normativo. Ahora entraremos al estudio de las omisiones legislativas, en lo general.

c) Control contra omisiones

¹⁹⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, marzo de 2001, página 447, Pleno, tesis P./J. 16/2001;

Por último debemos decir que “también puede existir control de constitucionalidad sobre omisiones”¹⁹⁵ y estas omisiones se refieren al hecho de no evitar o la nula actividad de las autoridades del estado. Podemos decir de manera más amplia que la anticonstitucionalidad de omisión consiste en lo siguiente:

La inconstitucionalidad por omisiones ofrece muchos matices, sin embargo, cualquiera de esos posibles aspectos tienen por común denominador la circunstancia de ser una respuesta a una ausencia de rango deóntico, algo que debería estar, existir, ser puesto, dado, creado construido, pero que no está p lo está en forma insuficiente o incompleta.

La anticonstitucionalidad de las omisiones, no proviene de un exceso, en el ejercicio de sus facultades por parte de una autoridad del Estado. Sino por la ausencia de una conducta correspondiente a la autoridad. En otras palabras “la inconstitucionalidad por omisión no se interroga por una infracción internormativa sino por la insuficiencia o ausencia.”¹⁹⁶ Y esta ausencia o insuficiencia de la autoridad, genera una violación a los derechos humanos o un desacato de un mandato constitucional. En algunos casos se puede interponerse el juicio de amparo por ser la omisión violatoria de los derechos humanos del gobernado.

En el tema central de nuestra investigación “el control de los silencios del legislador sólo es posible al hilo de la resolución de un caso concreto y en el momento de la determinación del Derecho aplicable.”¹⁹⁷ Es decir para que un sujeto, tema que trataremos más adelante, pueda accionar el control sobre una omisión legislativa, es necesario que demuestre ante el órgano de control, que tiene un interés legítimo. El cual derivara de un derecho aplicable o un mandato constitucional expreso.

Por último debemos recordar que si bien se puede dar el caso de las omisiones del poder legislativo, “también se puede referir a la falta de actividad de otros

¹⁹⁵ Falcón M., Enrique, Óp. cit. Nota 76, p. 369

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ *Ibíd.*

poderes distintos del Legislativo.”¹⁹⁸ La única característica es que exista un mandato constitucional o la violación de un derecho, que afecte a un sujeto. Hemos analizado las omisiones de manera breve, puesto que en el siguiente capítulo las desarrollaremos más detalladamente. Nuestro último tema de este capítulo es el referente a los efectos que tienen las sentencias de los controles de constitucionalidad.

7. Efectos de las sentencias de los controles constitucionales

En cuanto a los efectos, es la parte del control donde se garantiza, con mayor notoriedad, la eficacia y protección de la constitución. Los efectos que producen las sentencias son igualmente importantes, en el caso del sistema difuso que utiliza el control concreto se caracterizan principalmente por tener efectos en la “esfera de intereses de los habilitados para promover el control de la constitucionalidad.”¹⁹⁹ Es decir los efectos de estos controles son principalmente particulares. Mientras que para los sistemas concentrados, tiene efectos erga omnes, es decir oponibles a terceros. Una vez que se declara anticonstitucional una norma general igualmente sus efectos serán generales.

Retomando el tema del sistema difuso, que es el que tiene predominio en el Estado mexicano se caracteriza por ser “protector de los derechos individuales en la relatividad a los efectos de las sentencias que anula los actos anticonstitucionales, la cual tiene alcances relativos, constreñidos a las partes en el juicio.”²⁰⁰ Debido a que para poder acceder al control se necesita de un acto concreto, y que este viole un derecho, en consecuencia solo constriñe a la autoridad hasta el caso particular, sin conducir a efectos generales. Ahora veremos en lo específico que efectos dependiendo de los objetos del control, del mismo modo cual es la realidad en el sistema mexicano.

a) Efectos de la resolución en contra de normas generales

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ *Ibídem.* P. 354

²⁰⁰ Covián Andrade, Miguel, *Óp. cit.* Nota 26, p. 114

Cuando el control de la constitucionalidad versa sobre normas generales, en el caso del sistema difuso, se torna algo inconsistente con la naturaleza de estas. Debido a que tiene efectos particulares. “Estos efectos relativos son correctos cuando se anula un acto concreto, pero son ilógicos en el caso de una norma general, también deben de ser generales los de la sentencia que la declara anticonstitucional.”²⁰¹ Ya que la función de un control, es el de conservar la supremacía constitucional, anulando las leyes, en este caso, para conservar la coherencia normativa. Y al tener efectos particulares no se garantiza la protección de la constitución debido a que sigue vigente la norma que fue declarada anticonstitucional. En el caso mexicano pasa lo siguiente

“El órgano jurisdiccional resolverá sobre la inaplicación de la ley por su contravención a la constitución, decisión que por lo concreción que revisten las sentencias, sólo comprenderá, generalmente, la situación jurídica específica sometida a juicio.”²⁰²

Ahora esto como ya hemos mencionado no es lo ideal para los controles de constitucionalidad, ya que mediante ellos se verifica la conformidad constitucional. Y “si la norma es general, su anulación debe ser definitiva y suficiente para impedir que se vuelva a aplicar, una vez que ha sido descubierta su incompatibilidad con la constitución.”²⁰³ Con la finalidad de guardar el principio de supremacía constitucional, es decir, el juez debe de tener el papel de legislador negativo cuando verifica la constitucionalidad de las normas generales.

Debido a que si tomamos en cuenta el propósito de la eliminación norma general es la protección de la constitución, ésta sólo se logra si lo efectos de la sentencia son generales. De no ser de este modo no sería un medio eficaz en contra de las violaciones de la constitución. Teniendo en cuenta de que la norma sigue teniendo vigencia y cada vez que se aplique infringirá las reglas y principios constitucionales.

²⁰¹ *Ibíd.* P. 115

²⁰² Suárez Camacho, Humberto, *Óp. cit.* Nota 77, p. 17

²⁰³ Covián Andrade, Miguel, *Óp. cit.* Nota 26, p. 116

b) Efectos de la resolución en contra de actos

Por su parte cuando hablamos del control de la constitucionalidad de actos de autoridad, en el sistema difuso genera menos conflictos. Debemos de recordar, como lo vimos en el capítulo de antecedentes del sistema difuso o americano, estos controles se crearon principalmente “para preservar los derechos individuales, o si se quiere expresar de otro manera, para evitar el abuso del poder de los gobernantes en perjuicio de los gobernados.”²⁰⁴ Papel que fundamentalmente llevan los jueces, el cual verifica, que los actos de autoridad no vulneren los derechos de los gobernados, los cuales están tutelados a nivel constitucional.

Es preciso decir que “la anticonstitucionalidad no resulta relevante mientras ésta no se manifieste en perjuicio de los gobernados, cuyo interés personal dependerá que el sistema se ponga en movimiento.”²⁰⁵ Lo que significa que la anticonstitucionalidad no deriva directamente del exceso del acto de autoridad, sino del hecho de que ese acto transgredió los derechos consagrados en la constitución de sujeto interesado. Razón por la cual este pone en marcha el sistema de control para que se le restablezcan sus derechos o exista una indemnización por parte de la autoridad.

Siguiendo en el hilo de ideas podemos decir que la declaración de anticonstitucionalidad tiene efectos de “tal manera que si éste es concreto, los efectos de la resolución deben ser particulares.”²⁰⁶ Lo cual es muy elocuente, con la naturaleza de la situación jurídica, ya que la afectación es particular, y no genera afcción o interés a otras personas. Por ello que los efectos son de naturaleza particular, que constriñe a la autoridad a anular el acto en el caso concreto. “En suma, sólo se trata de proteger al individuo cuando sus derechos particulares sean afectados, sin importar por sí misma la infracción de la constitución.”²⁰⁷ Ahora veremos qué efectos genera el control de omisiones.

²⁰⁴ *Ibíd.*

²⁰⁵ *Ibidem.* P. 117

²⁰⁶ *Ibíd.*

²⁰⁷ *Ibíd.*

c) Efectos de la resolución en contra de omisiones

Por último veremos lo concerniente a los efectos del control de la constitucionalidad de las omisiones, como podemos recordar la anticonstitucionalidad de las omisiones es la deficiencia o falta de una actuación obligatoria de una autoridad. En el caso de las omisiones se da un caso interesante, que desarrollaremos mejor en el siguiente capítulo, y es el de que se puede dar bajo dos naturalezas, es decir, que solo afecte intereses particulares, o que sea de carácter general. De lo anterior va a depender los efectos que tenga las sentencias que declaren su anticonstitucionalidad.

En el primer caso, cuando “la omisión puede versar sobre la falta de realización de un acto de alcance particular.”²⁰⁸ Los efectos serán solo aplicables al caso concreto, es decir, la autoridad estará constreñida a eliminar la omisión que está perjudicando al sujeto interesado. Y este tipo de omisiones puede ser combatido por vía de amparo, y por lo cual no es necesario crear un medio específico para su control

En cuanto a las omisiones que tienen el carácter o naturaleza general, tiene otro tipo de efectos, el caso más ejemplificativo es el de las omisiones legislativas, en la cual existe una carencia o una ausencia de regulación, en determinada materia, que deriva de un mandato constitucional. En consecuencia queda “facultado de esta forma a los tribunales a establecer las reglas o normas omitidas o a fijar las condiciones en que esas normas o reglas deben ser establecidas y el plazo para hacerlo.”²⁰⁹ La primera hipótesis muchos sistemas la consideran una violación al principio de división de poderes y el de distribución de competencias, mientras que en el segundo caso no, por mantener un límite, en cuanto a las atribuciones que tiene el órgano legislativo.

Por último debemos destacar que las declaraciones de anticonstitucionalidad,

²⁰⁸ Falcón M., Enrique, Óp. cit. Nota 76, p. 375

²⁰⁹ *Ibíd.*, p. 376

“no solo tiene efecto meramente declarativo son que la sentencia contiene un verdadero mandamiento al órgano competente para dictar la regulación o disposición omitida para que adopte las medidas necesarias a fin de eliminar la omisión.”²¹⁰

Con la finalidad de proteger los mandatos constitucionales, y generar un certidumbre jurídica, ya que elimina la omisión, con un mandato que la autoridad debe acatar. Una vez terminado este capítulo vamos a entrar a nuestro tercer y último elemento que compone nuestra propuesta aquí estudiada, que son las omisiones legislativas.

²¹⁰ *Ibíd.*

Capítulo tercero Omisiones Legislativas y su inconstitucionalidad

Por lo que hace a este tercer capítulo, analizaremos último elemento que es el de las omisiones legislativas, que es parte fundamental de nuestra tesis. Con la finalidad, de explicar, con los fundamentos doctrinales y prácticos ya desarrollados a lo largo de esta tesis, en lo que consistiría el modelo de sistema de control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas. Además del por qué no es violatorio al principio de división de poderes, y en consecuencia demostrar que no es invasivo a las facultades del legislador.

En consecuencia lo que se pretende en este apartado es el contestar las últimas preguntas que se plantearon en la introducción de este trabajo, y son las siguientes: en primer lugar responder, ¿qué es una omisión legislativa?, para luego dar paso ¿qué tipo de omisiones legislativas existen?, ¿Qué es un mandato constitucional? ¿Cuándo es inconstitucional la omisión legislativa?, dando paso a las preguntas como ¿Qué criterios tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México?, ¿Cómo está regulado a nivel local la figura de omisión legislativa? Y por último ¿Cómo está regulada en otros Estados la figura de las omisiones legislativas?, elementos necesarios para la construcción y entendimiento del modelo de control de constitucionalidad de las omisiones legislativas.

I. Concepto de omisión legislativa

Para establecer el concepto de una omisión legislativa debemos tener en cuenta una serie de circunstancias, las cuales son relevantes para la construcción del mismo que aquí estudiado. Primero debemos decir que “la omisión es un concepto conocido en diversas ramas del derecho, donde ha sido objeto de amplio desarrollo normativo y doctrinal,”²¹¹ tal es el caso del derecho penal y administrativo. En los cuales se tiene una concepción diferente, tanto por la naturaleza del órgano que incurre en la omisión, como también por las consecuencias jurídicas que puede tener cuando se interpone un recurso en

²¹¹ Cabeza de vaca Hernández, Francisco , *Modernización de la Administración de Justicia en México*, México, Foro de Derecho Procesal Constitucional, PGR, 2006, p. 147

contra de esta. Es decir, los efectos en los casos de las omisiones penales como administrativas son particulares, caso contrario a las omisiones legislativas, cuyos efectos son generales, tema que platicaremos con mayor detalle a continuación.

En el caso de las omisiones de carácter legislativo, en lo general surgió como una figura jurídica con deficiencias conceptuales. Comenzó con la “aproximación, ante la inactividad del legislador, que no desarrolla mandatos constitucionales, deviniendo ineficaz en alguno de los concretos contenidos de la Norma superior.”²¹² Es decir, en un primer momento, se explicó que una omisión resulta de la inactividad del legislador, sin embargo no toda inactividad de este resulta inconstitucional. En consecuencia se estableció que para que existiera una inconstitucionalidad de la omisión del legislador, esta debería derivar de un mandato constitucional, el cual fuera desobedecido por el órgano legislativo.

Tal es el caso del jurista Gómez Puente, el cual “en su obra dedicada a la inactividad del legislador, afirmó que la omisión no es un simple no hacer, sino que consiste en un hacer algo normativamente determinado.”²¹³ Es decir, para este autor es fundamental que exista una transgresión a algo normativamente determinado, y con esto se refiere a un mandato de carácter constitucional, tema que veremos más adelante. Sin embargo este mandato solo se tomaba como aquel que fuera de manera expresa.

Por la necesidad o las circunstancias históricas de una sociedad, esta figura ha sido utilizada “como remedio a situaciones donde una concreta legislación por la restricción con que se desarrollaba implicaba un quebranto o un impedimento para el efectivo ejercicio de un derecho fundamental”.²¹⁴ Es decir, lo anterior se refiere que si bien no existía un mandato expreso del cual surgiera una obligación, la inactividad del legislador se generaba una vulneración al pleno ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la constitución. Por lo cual se añadió en

²¹² *Ibíd.*

²¹³ Ibagón, Mónica, *Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia*, México, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/16.pdf>

²¹⁴ *Ibíd.*

muchos sistemas, la inconstitucionalidad por omisión legislativa cuando esta vulnere o menoscabe los derechos de los ciudadanos.

Bajo el mismo orden de ideas Ferrajoli expresa existe “la obligación de prever las garantías jurídicas para los derechos sociales y, por lo tanto, la violación ocasionada en su ausencia descansa y es responsabilidad fundamentalmente del poder legislativo.”²¹⁵ Para este autor la principal autoridad responsable de esta la figura es el poder legislativo, o el órgano análogo, ya que tiene como función primordial la de legislar la normatividad secundaria. Sin embargo no es el único Poder que realiza esta función ya que el Ejecutivo también legisla de manera reglamentaria, tema que abarcaremos más adelante.

Algunos autores consideran que la omisión legislativa tiene dos concepciones, que son el sentido restringido y en sentido amplio. El primero de ellos, es el “sentido restringido, ya que alude únicamente a la conducta pasiva del órgano legislativo, que emite la norma jurídica formal y materialmente legislativa.”²¹⁶ Es decir, para ellos en sentido estricto solo es el poder legislativo el único que puede incurrir en la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Por otro lado, el “sentido amplio retoma la que proviene del Poder legislativo pero adicionan la causada por la omisión del Poder Ejecutivo en aquellas funciones de tipo legislativo-reglamentario.”²¹⁷

En consecuencia “las omisiones pueden provenir solo del legislador o también de autoridades-por ejemplo administrativas.”²¹⁸ En cuanto a la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, podemos decir que no se puede restringir al poder legislativo, debido a que pueden existir mandatos constitucionales que impongan un imperativo de legislar a una autoridad administrativa o al titular del poder ejecutivo, y este lo incumple, se actualiza la inconstitucionalidad. Y de igual modo si no existe un mandato pero la omisión genera una vulneración a los derechos

²¹⁵ Morales Velásquez, Andrés, *Derechos sociales fundamentales en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli*, Colombia, Grupo Editorial Ibañez, 2013, p. 52

²¹⁶ Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisiones legislativas. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, Porrúa, 2009, p. 70

²¹⁷ *Ibíd.*

²¹⁸ Morales Velásquez, Óp. cit. Nota 215, p. 52

fundamentales, nos encontramos frente a una inconstitucionalidad de naturaleza relativa.

Tomando todos los elementos mencionados anteriormente, el concepto más acorde o que recoge los elementos antes enunciados es el proporcionado por el Jurista Cabeza de vaca, el cual podemos entenderlo

“De forma que tiende a subsanar no sólo la inactividad ante mandatos expresos constitucionales sino también tácitos, y no sólo del legislador sino también del ejecutivo, y no sólo respecto de mandatos constitucionales sobre desarrollo normativo o institucional, sino también de forma amplia cuando la inactividad supone, en sus consecuencias, el desconocimiento de alguno de los derechos reconocidos en la constitución.”²¹⁹

Este concepto, agrega dos tipos de mandatos los cuales veremos en los siguientes apartados, el mandato expreso y el mandato tácito, además de que no limita la responsabilidad al poder legislativo, que como vimos tiene como principal función el legislar, e incluye al poder ejecutivo debido a que este tiene facultades reglamentarias. Por otro lado resalta la importancia que tienen los “mecanismos para el control de las omisiones de legislación de preceptos constitucionales y especialmente de los relacionados con derechos fundamentales.”²²⁰ Tarea que ha cobrado gran importancia en los estados de derecho de la actualidad, es decir, garantizar el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

Algo que debemos de resaltar en este concepto de las omisiones legislativas y su control, y que hasta ahora no se ha mencionado, es que “las omisiones pueden traer causa en la inercia de órganos legislativos, del orden, no solo nacional, sino también estatal y municipal.”²²¹ Ya que como hemos visto en los capítulos primero y segundo, las autoridades de los tres niveles de gobierno deben actuar con apego con la Constitución Federal. Para evitar contradicciones y en consecuencia

²¹⁹ Cabeza de vaca Hernández, Óp. cit. Nota 211, p. 148

²²⁰ Morales Velásquez, Óp. cit. Nota 215, p. 68

²²¹ *Ibíd.*, p. 58

la inconstitucionalidad de sus actuaciones, leyes y sus omisiones, sin que esto implique una violación al principio de división de poderes.

II. Elementos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa

Debemos resaltar en el presente estudio que no todas las omisiones del legislador constituyen una violación a la Constitución. Es decir, el órgano legislativo tiene como característica el ser depositario de la legitimidad de una sociedad. Lo que implica que el legislador tiene la facultad de decidir, en la mayoría de los casos en el momento oportuno para legislar. Sin embargo, esta libertad que posee el legislador se encuentra limitada por ciertos mandatos constitucionales, que hace de una facultad discrecional una de carácter obligatorio.

En otras palabras, para que la omisión sea inconstitucional es indispensable que la norma sea, primero de carácter constitucional y en segundo lugar que la norma general sea de obligatorio y concreto desarrollo. Elemento que se pretende estudiar en el presente apartado, además de estudiar la relación que existe entre las facultades discrecionales cuando se contraponen con los derechos humanos y por último si el factor de la temporalidad afecta en la inconstitucionalidad por omisión del legislador.

A. Mandato Constitucional

Una vez dicho lo anterior entraremos al estudio de los mandatos constitucionales, los cuales constituyen uno de los elementos indispensables para que una omisión legislativa sea inconstitucional. Debido a que estos son la primera hipótesis de inconstitucionalidad, debido a que, “el legislador vulnera el principio de supremacía constitucional cuando descarta o desobedece un mandato específico consistente en crear o dictar una norma legislativa.”²²² Este Mandato debe estar contenido en la constitución, para que con la inactividad se considere transgredida la disposición de carácter obligatoria, y se pueda hacer el control de la

²²² Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.) *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Estudio Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, México, Tomo IV, Porrúa, 2009

constitucionalidad, si no se encuentra en la constitución, el control sería de legalidad.

Y por mandato podemos entender, como un imperativo impuesto por la constitución para legislar normas generales secundarias. Y “este mandato de legislar puede ser expreso o tácito, y en ambas hipótesis su desatención por parte del legislativo puede provocar una omisión legislativa inconstitucional.”²²³ Los cuales los analizaremos a continuación.

1. Mandato explícito

Primero comenzaremos con el estudio de los mandatos explícitos o también conocidos como mandatos directos. Para el juez constitucional, cuando existe un mandato expreso resulta más evidente la inconstitucionalidad en el caso de la inactividad del legislador. Debido a que “si existe un mandato constitucional explícito consistente en modificar o crear leyes, se está en presencia de un desacato a dicho mandato”²²⁴ se genera en consecuencia una violación a la constitución, y por ende una inconstitucionalidad.

Es decir, un mandato de carácter explícito “se trata de una norma constitucional que indubitablemente establece de forma directa la obligación al legislador de emitir una norma jurídica determinada.”²²⁵ Cuya consecuencia jurídica es transformar una facultad de ejercicio potestativo, que es la de legislar cuando crea conveniente el órgano legislativo, a una facultad de ejercicio obligatoria, por lo cual no puede alegarse una violación al principio de división de poderes ni al de distribución de competencia, cuando el órgano de control de la constitucionalidad, declare la inconstitucionalidad, y le imponga la obligación de legislar.

Ahora dentro de los mandatos expresos podemos hacer ciertas distinciones, las cuales dependerán de las cualidades que tenga el mandato. Dentro de esta distinción esta la del mandato expreso indirecto, “se trata de la orden al legislador

²²³ Rangel Hernández, Laura, Óp. cit. Nota 216, p. 42

²²⁴ Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), Óp. Cit. Nota 222, p. 4

²²⁵ Rangel Hernández, Laura, Óp. cit. Nota 216, p. 42

de que emita cierta disposición jurídica, aunque al no ser tan claro puede generar algunas confusiones.”²²⁶ Un ejemplo de este tipo de mandatos expesos, es cuando el legislador ya sea en el texto principal de la constitución o en los artículos transitorios, expresa que se modificaran los ordenamientos secundarios contrarios a la constitución sin especificar cuáles son los ordenamientos a modificar o legislar.

Como ya los mencionamos anteriormente los artículos transitorios forman parte de la constitución y un mandato expreso en artículos transitorios de legislar, puede generar una inconstitucionalidad si el legislador la desacata. Estos artículos son un “caso particular de normas constitucionales, que albergan mandatos de legislar, se trata de artículos transitorios de constitucionales de nueva creación o bien aquellos que forman parte de los decretos de reformas o adiciones a la norma fundamental.” El cual tendrá la fuerza de una norma general pese a su naturaleza, que es la siguiente:

“La naturaleza del derecho transitorio y de los artículos en los que se consigna. Por este se entiende el establecido por un código o ley para amoldar la situación jurídica precedente a las nuevas normas, para respetar derechos adquiridos, no declarar la retroactividad absoluta de los preceptos innovadores y causar los menores trastornos a la vida jurídica y en la general.”²²⁷

Es de suma importancia tocar el tema de los artículos transitorios que contienen un mandato de legislar, debido a que en el sistema mexicano es de práctica común y reiterada reformar o adicionar la Constitución federal. Y son los artículos transitorios las herramientas predilectas usadas por el legislador, para establecer mandatos de legislar. Sin embargo, por falta de técnica normativa, tema que ya hemos explicado, el legislador deja de lado la importancia de estos mandatos y su importancia dentro de la armonización del orden jurídico y evitar contradicciones con la ley fundamental. Ahora la peculiaridad que tienen los artículos transitorios

²²⁶ *Ibíd.*

²²⁷ *Ibídem.*, p. 47

es ser “una norma individual, debido a que tiene sujeto pasivo perfectamente determinado.”²²⁸ Que va en relación con su función.

Y es precisamente de su función que deriva su principal importancia, que es la de ser “disposiciones donde se establece la mecánica elegida por el legislador para privar de vigencia a la normatividad anterior y otorgársela a la nueva, con todas las variantes que esto puede conllevar.”²²⁹ Y si en estos artículos el legislador no pone especial atención genera incertidumbre, en la transición de normas, aun más si no legisla, cuando existe un mandato expreso, de armonizar y desarrollar ciertas normas constitucionales.

Como vimos en este apartado la tarea primordial de un mandato constitucional consiste en la “Imposición al legislador para que desarrolle o instrumente los preceptos constitucionales que requieran de posterior ampliación, o concretización.” Pero no toda imposición se encuentra establecida de forma expresa dentro de la Constitución, pero no por ello exime de su cumplimiento al legislador y tal es el caso de los mandatos implícitos, los cuales explicaremos a continuación.

2. Mandato implícito

Ya hemos visto los mandatos explícitos, ahora toca el turno a los mandatos implícitos, los cuales obligan de la misma manera al legislador, que los primeros mandatos. Estos consisten “en este caso la obligación de expedir alguna norma de desarrollo o implementación constitucional no se encuentra de forma explícita en un precepto, sino que se infiere del propio sistema.”²³⁰ Y esto se logra mediante una lectura e interpretación sistemática de la constitución con el sistema jurídico en general. Con la finalidad de detectar probables deficiencias en la normatividad secundaria.

²²⁸ *Ibíd.*, p. 49

²²⁹ *Ibíd.*, p. 47

²³⁰ *Ibíd.*, p. 51

Una vez que se realiza una interpretación sistemática de la constitución se puede apreciar que “cuando el legislador no expide la norma legal, tenga lugar una contradicción frontal con el texto constitucional.”²³¹ Debido a que si bien no existe este mandato, si existe una contradicción con la constitución, ya que faltan normas generales que sean armónicas con esta. De allí la importancia de tener, presente que no solo se da una inconstitucionalidad por omisión legislativa, cuando existe un mandato expreso, ya que si de una lectura sistemática se llega a la conclusión que es necesario la legislación de una norma general, el legislador queda obligado a crearla.

Cuando se presentan derechos consagrados en la Constitución, la inconstitucionalidad deriva de un el mandato implícito, y “es cuando no existe tal disposición; aún en este caso estimamos que existe un mandato de legislar con ciertas peculiaridades, viene implícito en la naturaleza de esos derechos, en tanto mandatos de optimización y el principio de progresividad.”²³² Debido a que muchos derechos consagrados en la Constitución necesitan regulación secundaria para su pleno ejercicio, por lo cual se le conoce como mandatos implícitos, principalmente cuando son por derechos constitucionales. Aun que muchos autores consideran a los derechos en otra categoría. Como lo veremos a continuación.

B. Inconstitucionalidad en relación a derechos fundamentales

En cuanto a lo que se refiere a los derechos humanos o fundamentales, pueden darse dos hipótesis jurídicas, la primera consiste en que la norma constitucional que contiene el derecho, incluya el mandato expreso mediante el cual impone la obligación al legislador para que instrumente su efectivización. Con lo cual resulta más clara la inconstitucionalidad por omisión legislativa, cuando el órgano legislativo omite crear las normas generales para el pleno ejercicio del derecho, sin embargo no siempre es tan clara esta obligación del legislador, debido a que no siempre se encuentra un mandato expreso.

²³¹ Báez Silva, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, Porrúa, 2009, p. 27

²³² Rangel Hernández, Laura, Óp. cit. Nota 216, p. 52

Por lo que hace a la segunda hipótesis es precisamente cuando no encontramos un mandato expreso de legislar las normas secundarias de estos derechos, entonces podemos decir que “si no existe tal mandato constitucional explícito, pero la omisión legislativa genera consecuencias normativas que vulneren derechos fundamentales, también incurre en omisión de mandato constitucional implícito.”²³³ En esta hipótesis, para el pleno ejercicio de los derechos consagrados en la constitución se necesita de una regulación secundaria, un ejemplo reciente y claro de este tipo de mandato, son las candidaturas libres, las cuales son un derecho electoral consagrado a nivel constitucional, y que carecen de regulación para su pleno ejercicio.

Tratándose de derechos consagrados en la constitución, y en el caso de México los contenidos en tratados internacionales, “no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”²³⁴ Por lo cual toma especial relevancia el crear un medio ad hoc para controlar las omisiones legislativas, para dar protección a los derechos, que no pueden ser ejercidos plenamente, porque el legislador no legisla las normas secundarias.

Retomando el derecho electoral de las candidaturas libres, fue negado por la falta de reglamentación necesaria, cuestión que va en contra, a la naturaleza de éstos razonamiento. Debido a que “los derechos y garantías contenidos en esta constitución no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella.”²³⁵ Es decir, aun y cuando no esté regulado, si son inherentes a la condición humana, deben ser protegidos.

Por último es importante incluir dentro de las hipótesis de nuestro “mecanismo para subsanar la falta de reglamentación y consiguiente vulneración -por omisión- de los derechos constitucionales, considerado como un auténtico dispositivo de

²³³ Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), Óp. Cit. Nota 222, p. 4

²³⁴ Morales Velásquez, Óp. cit. Nota 215, p. 68

²³⁵ *Ibíd.*

control constitucional de los silencios del legislador.”²³⁶ Para lograr un eficaz estado de derecho, que obligue al respeto integro de los derechos contenidos tanto en la constitución como en los tratados internacionales

C. Relación entre mandato y facultades legislativas

Como lo indicamos anteriormente, no todas las omisiones legislativas constituyen una inconstitucionalidad. Es por esto que es necesario que exista un imperativo que culmine a legislar, al órgano legislativo. Es decir mientras la facultad sea de carácter discrecional, el órgano omitente no incurrirá en inconstitucionalidad. La siguiente grafica, elaborada por el jurista Ferrer, muestra de manera clara la relación que existe entre la omisión, el mandato, las facultades y la inconstitucionalidad, además de las clases de omisiones, que serán el estudio de nuestro siguiente capítulo.

Competencia o facultades	No ejercicio	Ejercicio parcial o deficiente
De ejercicio potestativo	El legislador no tiene un mandato concreto de expedir una ley determinada y no la expide. (Omisión Absoluta)	El legislador no tiene un mandato concreto de expedir una ley determinada, sin embargo la expide, aunque de manera incompleta o deficiente. (Omisión Parcial)
De ejercicio obligatorio	El legislador que tiene una obligación o un mandato concreto consistente en expedir una ley determinada y no lo hace.	El legislador tiene una obligación o mandato concreto consistente en expedir una ley determinada y lo hace pero de manera

²³⁶ Ibíd.

	(Omisión Absoluta)	incompleta o deficiente (Omisión Parcial)
--	--------------------	--

D. Temporalidad.

Por último, examinaremos si la temporalidad cuenta como un elemento esencial para declarar inconstitucional una omisión del legislador. Y es precisamente “uno de los puntos débiles de la institución de la inconstitucionalidad por omisión legislativa es precisamente el plazo.”²³⁷ Debido a la dificultad que presenta establecer cuál es el lapso para considerar la omisión legislativa inconstitucional, o como algunos consideran que no es relevante para declararla inconstitucionalidad.

Ya que para algunos el lapso de “la emisión de normas jurídicas que desarrollen o instrumenten el texto constitucional, o bien que armonicen la legislación secundaria,”²³⁸ produce consecuencias jurídicas en la esfera tanto de los gobernados como a las mismas autoridades del Estado. Es por esto para que algunos doctrinarios es de suma relevancia, establecer cuál es la temporalidad más razonable para considerar que el legislador con su omisión incurrió en una inconstitucionalidad, sin embargo este tipo de cuestionamientos va dirigido a un tipo de omisiones, y son aquellas que no derivan de un mandato expreso, en el cual se establece un plazo determinado para legislar.

Siguiendo la idea anterior, “no queda duda alguna que la conducta omisiva del legislador será inconstitucional una vez que haya transcurrido el plazo otorgado por el constituyente.”²³⁹ En estos casos la inconstitucionalidad se da cuando el legislador no legisla dentro del plazo determinado en el mandato constitucional, sin embargo no ocurre lo mismo cuando el mandato no contiene una fecha o lapso para que el legislador cumpla su obligación.

²³⁷ Rangel Hernández, Laura, Óp. cit. Nota 216, p. 57

²³⁸ *Ibíd.*

²³⁹ *Ibídem* p. 58

Conflicto recurrente en el tema de la inconstitucionalidad de la omisión del legislador, debido a que “normalmente no se cuenta con una fecha concreta a partir de la cual la pasividad del legislador se torne inconstitucional.”²⁴⁰ Para algunos doctrinarios el plazo no es relevante a la hora de la inconstitucionalidad, por omisión, ya que para declararla es suficiente con el desacato al mandato constitucional de legislar para que vulnere el principio de supremacía constitucional. El argumento principal de esta línea es que “la inconstitucionalidad de una omisión no es cuestión de tiempo sino de consecuencias normativas.”²⁴¹ Sin embargo, esta postura no toma en cuenta las facultades que tiene el legislador.

Debido a que “el cuerpo legislativo tiene cierta libertad, también debe cumplir con sus encargos y que ello no debe ser demorado irrazonablemente.”²⁴² Es decir, si bien en el mandato no existe plazo para la emisión de la normatividad correspondiente, el legislador no puede prolongar sin fundamentos su obligación. El legislador debe atender a la brevedad posible el mandato, con la finalidad de evitar una inconstitucionalidad y lograr con ello un sistema coherente sin antinomias normativas, entre los nuevos preceptos constitucionales y las normas secundarias.

Por su parte otra línea doctrinaria, la cual complementa a la anterior, “sostiene que el plazo debe ser prudencial,”²⁴³ Por prudencial se refieren a que para estimar el plazo que tiene el legislador, para emitir la legislación, debe analizarse el caso concreto. Tomando en cuenta las circunstancias del caso, que dependerá de la demanda social, las posibilidades del Estado, es decir, si se trata de derechos su gradualidad, la carga laboral del periodo de sesiones, y sobre todo la importancia y consecuencias jurídicas de la norma secundaria a legislar. Todos estos elementos tienen que ser tomados en cuenta a la hora de determinar el plazo con que cuenta el legislador, antes de caer en una inconstitucionalidad.

²⁴⁰ *Ibíd.*

²⁴¹ Báez Silva, Carlos, *Óp. cit.* Nota 221, p. 1

²⁴² *Ibíd.*, p. 59

²⁴³ *Ibíd.*

III. Tipos de omisiones legislativas

Ahora ya que hemos analizado los elementos necesarios para que una omisión de carácter legislativo sea inconstitucional, es momento analizar qué tipos de omisiones puede incurrir el legislativo, dependiendo su inactividad o sus deficiencias. Para el “juez constitucional alemán Wessel, existen omisiones legislativas absolutas y omisiones legislativas relativas.”²⁴⁴ Y es de suma importancia entender en qué consiste por ser el objeto de nuestro control.

A. Omisiones Absolutas

Ahora por lo que hace a la omisión absoluta, esta “surge cuando no se presenta ningún tipo de actividad legislativa, es decir, que aún cuando el órgano legisferante tiene el deber de emitir cierta normatividad de desarrollo, instrumentación o adecuación constitucional no lo hace.”²⁴⁵ Esta falta total de regulación normativa, abarca cualquier realidad regulable, dentro del sistema normativo. Y esta puede afectar jurídicamente tanto a las personas como a las autoridades de los tres niveles de gobierno. Debido a que son de desarrollo forzoso para el pleno ejercicio de derechos particulares, como de facultades de las autoridades.

B. Omisiones relativas

Por lo que hace a las omisiones llamadas relativas, son aquellas que “a pesar de emitirse legislación de desarrollo de aquellos, esta es parcial, incompleta y en general defectuosa desde el punto de vista constitucional.”²⁴⁶ Es decir, existe una regulación creada por el órgano legislativo, pero esta es creada con deficiencias normativas, ya que el contenido de la norma carece de los elementos suficientes para satisfacer, una concordancia con las normas constitucionales, razón por la cual se genera su inconstitucionalidad.

²⁴⁴ Morales Velásquez, Óp. cit. Nota 215, p. 50

²⁴⁵ Rangel Hernández, Laura, Óp. cit. Nota 216, p. 71

²⁴⁶ Morales Velásquez, Óp. cit. Nota 215, p. 50

Es decir la inconstitucionalidad “no sanciona la mera omisión, sino cuando además se produce un resultado, el concreto quebrantamiento generado de un derecho fundamental.”²⁴⁷ Ya que no solo se satisface el mandato con emisión de la norma general indicada, debe respetar ciertos principios constitucionales, y aun más cuando se trata de la regulación de derechos fundamentales. De lo contrario vulneraría el ejercicio del derecho constitucionalmente protegido. Algunos denominan a la omisión relativa, como omisión material ya que “nace cuando el órgano legisferante transgrede el principio de igualdad creando situaciones jurídicas de discriminación.”²⁴⁸ Debido a que no es una inactividad lo que se sanciona, sino una omisión de carácter material.

IV. Omisiones legislativas en México

En México la figura de las omisiones legislativas es un tema nuevo que se ha empezado a explorar, aun y cuando a nivel constitucional no se ha establecido un medio ad hoc para el control de la constitucionalidad, esto no ha sido impedimento para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conociera los casos que le son planteados. Es decir, está ha entrado al estudio de la inconstitucionalidad por omisión del legislador, a través de la figura de la controversia constitucional. Además las entidades federativas de México han comenzado a integrar el control de la constitucionalidad de este tipo de omisiones. Y es precisamente en este apartado donde veremos el contexto jurídico en que se resuelven.

A. Figura de las omisiones legislativas a nivel local.

En el sistema mexicano son las entidades federativas las que han llevado la delantera en el presente tema. El estado pionero fue Veracruz, siendo el primer estado en establecer una figura para el control de las omisiones del legislador. Posteriormente han sido 4 entidades más las que han incluido esta figura entre las que se encuentran Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, y Coahuila. De estas entidades estudiaremos de manera breve la forma en que regulan las omisiones

²⁴⁷ Cabeza de Vaca Hernández, Óp. cit. Nota 211, p. 148

²⁴⁸ Rangel Hernández, Laura, Óp. cit. Nota 216, p. 71

del órgano legislativo, con la finalidad de hacer una comparación con nuestra propuesta y con los sistemas jurídicos de otros países.

1. Veracruz

Como ya lo mencionamos, la figura aquí estudiada ha sido regulada solo a nivel local, y el estado de Veracruz, “a través de su Constitución de 2000, es el primer Estado federado mexicano en introducir el control constitucional de las omisiones legislativas.”²⁴⁹ Con la cual se establece el primer medio ad hoc, ya que el sistema jurídico mexicano carecía de antecedentes legislativos. Hasta entonces solo a nivel doctrinario es donde tenía relevancia este tema. Y es precisamente que estos los doctrinarios tuvieron un papel fundamental en la integración de la reforma que contenía esta figura.

Es en el artículo 56 fracción III de la Constitución de Veracruz, donde se establece la hipótesis en donde se faculta al Poder Judicial del Estado a controlar las omisiones legislativas, y este dice lo siguiente:

Artículo 56. El Poder Judicial del Estado tendrá las siguientes atribuciones:

III. Sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisión legislativa, y formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al pleno del Tribunal Superior de Justicia.²⁵⁰

Aquí establecen una acción por omisión legislativa, en la cual se analizaran y declararan de ser el caso la inconstitucionalidad, cuya resolución definitiva es sometida ante el pleno del Tribunal Superior de Justicia. Y los “autorizados para interponer el medio: a) El Gobernador del Estado; o b) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.”²⁵¹ Debemos decir que aquí no se plantea la opción de que los pobladores del Estado de Veracruz puedan interponer este recurso.

²⁴⁹ Morales Velásquez, Óp. cit. Nota 215, p. 59

²⁵⁰ Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, <http://web.segobver.gob.mx/genero/docs/Instrumentos%20estatales/Constitucion%20politica%20veracruz.pdf>

²⁵¹ Bález Silva, Carlos, Óp. cit. Nota 221, p 95

Cuando entra al estudio de la constitucionalidad de la omisión y la declara inconstitucional, el Tribunal “otorga un plazo de dos periodos de sesiones para expedir la ley o decreto en cuestión y si transcurrido este plazo el acto normativo no es emitido, el Tribunal dictara las bases a que debe sujetarse las autoridades”.²⁵² En cuanto al cómputo del plazo para la omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de la publicación del mandato en la Gaceta Oficial del Estado. Y si al término del plazo el congreso local no ha legislado, el Tribunal tiene la facultad de dictar bases, de naturaleza transitoria, para que ejerzan sus funciones las autoridades afectadas.

2. Tlaxcala

Por su parte Tlaxcala un año después añade a su constitución la figura del control de las omisiones del legislador. Y lo hace mediante “la reforma a la constitución del Estado de Tlaxcala en 2001, por su parte incorporó la acción contra el silencio del legislador.” La diferencia que tiene con el medio regulado por Veracruz es que en este no hay un plazo para promover el recurso. Y se encuentra específicamente en su artículo 81 Fr. VI el cual dice lo siguiente:

ARTÍCULO 81. El pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como Tribunal de Control Constitucional del Estado, conocerá de los asuntos siguientes:

VI. De las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, Gobernador y ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las leyes.

El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el Estado. Al admitirse la demanda, se ordenará correr traslado a la responsable y al Director del Periódico Oficial del Gobierno del Estado, para que rindan sus informes. Se celebrará una audiencia de pruebas y alegatos e inmediatamente después se dictará la resolución correspondiente. De verificarse la omisión legislativa, se

²⁵² *Ibíd.*

concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta sentencia, será motivo de responsabilidad.²⁵³

Del texto que citado podemos observar que es más amplio este medio de control al incluir como autoridades responsables a las siguientes: a) al Congreso local; b) el Gobernador del Estado; c) los Ayuntamientos municipales, por no expedir las normas generales. Como recordaremos en los apartados anteriores analizamos que las omisiones legislativas no solo se dan por parte del órgano legislativo, también por parte del Ejecutivo, y en este medio incluyen al ejecutivo local y a los ayuntamientos. Y legitima para interponerlo tanto a las autoridades estatales y municipales como a los habitantes del Estado. Siendo un control más completo que el de Veracruz.

Por su parte, otra cosa característica es el traslado que se hace al Periódico Oficial del Gobierno del Estado, con la finalidad de constatar la existencia de la omisión. En cuanto a la resolución que declara la inconstitucionalidad debe otorgar a la autoridad omitente un término no mayor de tres meses para que emita la norma faltante, plazo después del cual esta incurrirá en responsabilidad. Es decir, estamos frente a un caso en la que se obtiene una consecuencia directa derivada del desacato de la sentencia emitida por parte de la autoridad responsable.

3. Chiapas

Siguiendo con nuestro estudio de la regulación de las omisiones a nivel local, es momento de estudiar esta figura dentro del sistema chiapaneco, y es a “finales del año 2002 que la constitución de este estado fueron reformados”²⁵⁴ entre los cuales se encontraba la protección de la constitución. Razón por la cual para garantizar su protección se crea la figura de las omisiones legislativas. Posteriormente esta figura sufre una modificación con la enmienda a su constitución de 2007, “se

²⁵³ Constitución Política del Estado libre y soberano de Tlaxcala. http://www.e-local.gob.mx/wb/ELOCAL/ELOC_Const_tlax

²⁵⁴ Báez Silva, Carlos, Óp. cit. Nota 221, p. 101

ajusto el sistema de control previsto desde antes de esta modificación, a las omisiones.²⁵⁵ Quedando en su artículo 56 Fr. III de la siguiente manera:

Artículo 56.- La justicia del control constitucional local se erige dentro del régimen interior del estado, como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de esta Constitución Política del estado de Chiapas departamento de normatividad para entidades constitución, bajo el principio de supremacía constitucional.

III.- De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta constitución, que interponga:

- a) el gobernador del estado; o
- b).- cuando menos la tercera parte de los miembros del congreso.
- c).- cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.

La resolución que emita el pleno de la sala superior que decrete la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el periódico oficial del estado; en dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos ordinarios de sesiones del congreso del estado, para que este resuelva.

²⁵⁶

De este artículo podemos resaltar que la omisión resulta de la inactividad de resolver alguna ley o decreto que afecte el cumplimiento de la constitución, y por constitución se refiere a la constitución local. Y los sujetos legitimados para interponerla varían en comparación con los otros dos casos anteriores, aquí faculta al gobernador, a la tercera parte del congreso, sujetos que no habían sido contemplados en las anteriores figuras locales, y por último a la tercera parte de los ayuntamientos, es decir, un solo ayuntamiento no puede interponer el recurso, necesita ser la tercera parte del total de ayuntamientos del Estado. Por último en

²⁵⁵ Morales Velásquez, Óp. cit. Nota 215, p. 60

²⁵⁶ Constitución Política del Estado de Chiapas, <http://www.e-local.gob.mx/work/templates/enciclo/EMM07chiapas/constitucion.pdf>

cuanto a la resolución que declara inconstitucional la omisión, fija el plazo de dos periodos de sesiones para darle cumplimiento a la sentencia.

4. Quintana Roo

Por su parte el Estado de “Quintana Roo en 2003, así mismo, se adoptó el control de las omisiones.²⁵⁷ Esta figura se encuentra en el artículo 105 de la constitución del estado, el cual dice lo siguiente:

ARTÍCULO 105.- Para el cumplimiento de las atribuciones señaladas en la fracción VIII del artículo 103 de esta Constitución, el Tribunal Superior de Justicia contará con una Sala Constitucional y Administrativa, integrada por un Magistrado numerario, que tendrá competencia para substanciar y formular, en los términos de la Ley respectiva, los correspondientes proyectos de resolución definitiva que se someterán al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, en los siguientes medios de control:

III. De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que la Legislatura del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna Ley o Decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, siempre y cuando sean interpuestas por:

- A) El Gobernador del Estado; o
- B) Un Ayuntamiento del Estado.

La resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia que decrete el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial del Estado²⁵⁸

En este precepto podemos observar que “tendrá el carácter de parte, como actor el Gobernador o un ayuntamiento; como demandado el Congreso, y como tercero

²⁵⁷ *Ibíd.*

²⁵⁸ Constitución Política del Estado libre y soberano de Quintana Roo,

<https://www.scjn.gob.mx/normativa/Legislacin%20Recursos/33%20CONST%20QUINTANA%20ROO%2021%20FEB%202013.pdf>

interesado el gobernador, el Procurador General de Justicia del Estado o cualquier otro órgano.”²⁵⁹ Por otra parte tenemos que en cuanto a la resolución “deberá comunicar al legislativo para que en el periodo ordinario de sesiones en curso o en el inmediato siguiente emita la normatividad respectiva.”²⁶⁰ Por último tenemos el caso de Coahuila que a continuación estudiaremos

5. Coahuila

Es el estado de Coahuila el último que regula la figura de las omisiones del legislador, y hasta la fecha no existe otro Estado mexicano que la incluyera. Y este estado en cuanto al “control jurisdiccional de las omisiones se introdujo con la reforma de 2005”²⁶¹ cabe resaltar que en el caso de este Estado, no se ingreso a la constitución como un mecanismo autónomo que tutele la constitucionalidad, lo que se hizo en este caso fue una ampliación del objeto de impugnación de la acción de inconstitucionalidad.

Es decir, la omisión legislativa es inconstitucional cuando exista “la posible contradicción de una norma de carácter general y la Constitución, e igualmente y eso es lo significativo, la inexistencia de una norma general y la misma Constitución.”²⁶² Este estado es el caso más peculiar y que se aleja del resto de las regulaciones estatales. Por otra parte el trámite, como los sujetos legitimados y el efecto de las sentencias serán iguales al de la acción de inconstitucional.

B. Omisiones legislativas a nivel federal

Ahora toca el turno de estudiar la perspectiva de las omisiones que tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun y cuando a nivel federal no exista un medio ad hoc, para ejercer dicho control. Con la finalidad de ver las diferencias que existe entre el ámbito local y federal. Podemos decir que “la inconstitucionalidad derivada de una omisión legislativa, en la jurisprudencia de los

²⁵⁹ Báez Silva, Carlos, Óp. cit. Nota 221, p. 138

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ Morales Velásquez, Óp. cit. Nota 215, p. 54

²⁶² Astudillo, Cesar, *Derecho Constitucional Estatal. Memorias del VI y VII Congresos Estatales de Derecho Constitucional de los Estados*, México, UNAM, 2009, p. 203

tribunales federales mexicanos el tema ya ha sido abordado.”²⁶³ Y es precisamente en este capítulo donde veremos los antecedentes que dieron origen al análisis de este tema.

Ahora debemos recordar que hasta el año 2014 no existe medio de control de las omisiones legislativas, “ni en la constitución ni en algún ordenamiento secundario encontramos el reconocimiento de competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tampoco de otro órgano.”²⁶⁴ Sin embargo aun y cuando no está autorizada expresamente por la constitución, la Suprema Corte ha entrado al estudio. Y ha revisado varios casos tanto por la vía de acción de inconstitucionalidad como por controversia constitucional.

El primer caso de omisiones legislativas que se le solicitó que conociera la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue “el 27 de enero de 2003 el Partido de la Revolución democrática promovió acción de inconstitucionalidad en contra de la omisión legislativa del congreso del Estado de Tabasco.”²⁶⁵ Debido a que la Constitución de dicho estado fue reformada en materia electoral, y en los artículos transitorios imponía la obligación de legislar respecto de las leyes secundarias, para que fueran acordes con la constitución. Primero en este asunto podemos ver que se reclama una omisión derivada de un mandato expreso, y con un plazo establecido que era de 30 días.

Entro en el estudio de la admisión de la demanda. Y “en la sentencia que dictó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la acción de inconstitucionalidad identificada con la número 7 /2003 fue sobreseída.”²⁶⁶ El argumento principal para sobreseer la acción de inconstitucionalidad, promovida por el gobierno de Tabasco, fue el siguiente:

...de un análisis tanto gramatical como teleológico de la fracción II del artículo 105 de la Constitución federal, no se advierte que la acción de inconstitucionalidad proceda contra omisiones legislativas, sino únicamente contra la posible

²⁶³ Báez Silva, Carlos, Óp. cit. Nota 221, p. 110

²⁶⁴ Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), Óp. Cit. Nota 222, p. 4

²⁶⁵ *Ibíd.*, p. 5

²⁶⁶ *Ibíd.*

contradicción entre la Constitución federal y una norma general que haya sido promulgada y publicada en el medio oficial correspondiente, dado que a través de este mecanismo constitucional esta Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma.²⁶⁷

Cabe resaltar que la sentencia fue aprobada con una mayoría de 9 votos a favor, de diez posibles votos. El único ministro que voto en contra de la resolución fue Góngora Pimentel. El cual “resalto lo verdaderamente importante de la inconstitucionalidad por omisión: la eficacia plena de las normas constitucionales.”²⁶⁸ Este argumento giraba en torno a que si bien no existía un medio ad hoc para resolver las omisiones legislativas, esto no eximia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de Tribunal constitucional, de conocer de su inconstitucionalidad, ya que de lo contrario no se garantizaría la eficacia plena de las normas constitucionales.

Otro punto sumamente importante del voto particular emitido por este ministro y que ya hemos estudiado, es que afirmaba que la acción de inconstitucionalidad procedía cuando mediaba un mandato de carácter expreso. Con esta sentencia y “ante la inexistencia de un mecanismo procesal ad-hoc, se sostenía también que la inconstitucionalidad por omisión legislativa podía ser planeada mediante controversia constitucional”²⁶⁹ bajo el argumento de que la inactividad del legislador tenía como consecuencia la alteración del sistema de distribución de competencias y el de división de poderes.

Bajo este orden de ideas, en el año 2002 se interpuso una controversia constitucional, bajo la misma temática sobre la omisión de un congreso local. Y fue dos años después de resolver la acción de inconstitucionalidad referente a la omisión legislativa del Congreso de Tabasco que resolvió la Suprema corte. Para ser específicos fue el 10 de marzo de 2005 que “el pleno de la suprema corte resolvió la controversia constitucional 46/2002 promovida por el municipio de San Pedro Garza García en contra de la omisión del Congreso del estado de Nuevo

²⁶⁷ Báez Silva, Carlos, Óp. cit. Nota 221, p. 120

²⁶⁸ Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), Óp. Cit. Nota 222, p. 6

²⁶⁹ *Ibíd.*

León.”²⁷⁰ Lo relevante de esta controversia fue que por primera vez dentro del sistema mexicano la Corte entro al examen y resolución de la inconstitucionalidad de la omisión del legislador.

Uno de los puntos clave que se tuvo respecto a la discusión es el planteado por el ministro “Góngora Pimentel sostuvo que el efecto de la resolución tendría que ser que el legislador actúe, sin que la Suprema Corte le impusiera una línea sobre cómo legislar,”²⁷¹ y es un aporte que sirve para nuestra propuesta y para explicar en qué momento el control de la constitucionalidad las omisiones legislativas. Como bien resalta el ministro la resolución debe imponerle la obligación al legislador, de legislar, sin establecer los lineamientos que debe seguir. Ya que estaría violando tanto el principio de poderes y de distribución de competencias al restringir la libertad del legislador, más adelante retomaremos este tema.

En cuanto al tema de la resolución de la controversia constitucional 46/2005, “se declaro fundada la controversia constitucional y se le prescribió al Congreso del Estado de Nuevo León a que dentro del periodo de sesiones del 30 de junio de 2005, realizara las adecuaciones legales.”²⁷² Con esta acción se reconoció, aun y cuando no existe medio ad-hoc, como el medio procesal para resolver las omisiones legislativas. En esta sentencia se establecen las dos hipótesis bajo las cuales se declarara inconstitucional la inactividad del legislador y estas son las siguientes:

- a) Cuando el legislador no observa en tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, impuesto de manera expresa o implícita por la Constitución.
- b) Cuando al expedir una ley, el legislador dicta una regulación no acorde con la Constitución por no haber omitido previsiones que la norma suprema exigía ²⁷³

Con las anteriores hipótesis la Suprema Corte estableció que si bien el legislador cuenta con la libertad para legislar. Este tiene como imperativo ser exhaustivo en

²⁷⁰ *Ibíd.*, p. 7

²⁷¹ *Ibíd.*, p. 9

²⁷² *Ibíd.*, p. 10

²⁷³ *Ibíd.*, p. 10

el tratamiento normativo, que da a la hora de legislar cualquier materia. Lo que conocemos, y mencionamos en apartados anteriores, la técnica normativa un debido tratamiento en todos los ámbitos de la creación de la ley trae consigo una incertidumbre jurídica, y si no se realiza tanto en el mandato expreso, como a la hora de legislar trae consigo una serie de inconstitucionalidades.

Otro elemento que ya hemos visto y que se encuentra dentro de la resolución aquí estudiada, es el caso de las Facultades obligatorias en relación con los mandatos Constitucionales. En este sentido, la Corte ha establecido que debe existir una facultad o competencia que sea obligatoria del órgano legislativo, que como ya hemos visto el legislativo no tiene la posibilidad de ejercer su libertad, debido a que existe un mandato o una obligación a su cargo. Debido a que la función de la Suprema Corte es precisamente garantizar el pleno respeto a la constitución. Y preservar con ello el Estado de derecho.

V. Omisiones legislativas en el derecho comparado

Una vez que hemos estudiado y hemos visto las peculiaridades con que se ha regulado la figura de la omisión del legislador a nivel local, y como ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es momento de iniciar el estudio de derecho comparado. Con la finalidad notar las peculiaridades y similitudes, que tiene los sistemas de otros países con nuestro sistema. Es decir, en esta parte utilizaremos un método comparativo para enriquecer nuestra perspectiva del tema.

Para ello estudiaremos la regulación de las omisiones legislativas en cuatro sistemas jurídicos, que son el sistema de Portugal, el cual fue el primer estado en regular esta figura en su constitución, también estudiaremos a Colombia, a Alemania y a Brasil. Debido a que estos sistemas tienen peculiaridades a la hora de regular las omisiones legislativas que nos permitirán hacer un análisis completo de las innovaciones y metodologías procesales alrededor del tema. Y en este estudio comenzaremos por el sistema portugués.

A. Portugal

Es de suma importancia estudiar la forma en que se regulan las omisiones legislativas en este sistema, debido a que son pioneros a nivel constitucional sobre este tema. Si bien antes de Portugal se habían emitido sentencias que controlaban la constitucionalidad de omisiones legislativas, es “concretamente el control abstracto de constitucionalidad de las omisiones legislativas que consagrado por primera vez en la Constitución de 1976²⁷⁴ posteriormente tendría una reforma constitucional.

La Peculiaridad de esta figura antes de la reforma constitucional fue que la misión de “velar por la emisión de las medidas legislativas necesarias para hacer exigibles las normas constitucionales, e, incluso, le otorga la facultad de recomendar a los órganos legislativos competentes que las emitan en tiempo razonable”²⁷⁵ fue encomendada al Consejo revolucionario. El cual funcionaba como un tribunal constitucional, al verificar que el legislativo cumpliera su obligación de legislar en un tiempo razonable.

Posteriormente con la reforma del año “1982 esta tarea pasa a ser encomendada al Tribunal constitucional”²⁷⁶ la cual quedo consagrada en el artículo 283 de la Constitución Portuguesa. Y que actualmente está vigente, algo que debemos resaltar de esta figura en el sistema portugués, es que para su inconstitucionalidad tiene que mediar un mandato expreso. No es aplicable a casos concretos lo que quiere decir que deja afuera las omisiones legislativas que afectan los derechos de los gobernados. Además en este caso el tema de la temporalidad si toma relevancia.

En cuanto a las autoridades responsables el sistema portugués es de los más extensos, debido a que en su constitución establece que se examinaran las omisiones cometidas por los poderes, con lo cual abarca tanto al Poder legislativo, ejecutivo y al poder judicial. Por esta razón el Tribunal tiene la obligación “en el caso de constatar una inactividad debe dar conocimiento al órgano legislativo

²⁷⁴ Morales Velásquez, Óp. cit. Nota 215, p. 55

²⁷⁵ Cabeza de Vaca Hernández, Óp. cit. Nota 211, p. 150

²⁷⁶ *Ibidem.*, p. 151

competente.”²⁷⁷ Es decir, al indicar que informara al órgano competente, quiere decir, que informara al que dejó de actuar sea el poder legislativo, ejecutivo o judicial.

Por lo que hace a los sujetos legitimados para interponer el recurso estos son “el Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o (en caso de violación de derechos de las regiones) los presidentes de las asambleas regionales.”²⁷⁸ Lo que lo hace en este sentido un sistema completo.

Como mencionamos en relación de la temporalidad, “el Tribunal Constitucional tiene la obligación de apreciar y verificar el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales”²⁷⁹ ya que si bien como ya hemos visto los legisladores cuentan con cierta libertad en la emisión de las normas, “los órganos legislativos democráticamente legitimados con el fin de que estos emitieran dentro de un tiempo razonable las normas de ley necesarias”,²⁸⁰ son sometidos a un control de la constitucionalidad, para lograr la plena eficacia de las normas constitucionales.

B. Brasil

Por el contexto histórico de las colonias de Europa en América, “el modelo portugués fue acogido por la Constitución de la República Federativa Brasil de 1988.”²⁸¹ En esta constitución se recogen varias figuras del derecho constitucional entre las que se encuentra la de las omisiones legislativas. Solo que en el caso del Derecho brasileño añadiría ciertas innovaciones en este ámbito. Es decir, la regulación de las omisiones, parte del modelo abstracto de los portugueses.

El Tribunal constitucional, al momento de emitir la sentencia “que declare la inconstitucionalidad del órgano legislativo son meramente declarativos, sin

²⁷⁷ Morales Velásquez, Óp. cit. Nota 215, p. 55

²⁷⁸ Cabeza de Vaca Hernández, Óp. cit. Nota 211, p. 151

²⁷⁹ Morales Velásquez, Óp. cit. Nota 215, p. 55

²⁸⁰ *Ibidem.*, p. 56

²⁸¹ Cabeza de Vaca Hernández, Óp. cit. Nota 211, p. 151

previsión de mecanismo para la ejecución de la sentencia.”²⁸² Es decir, no prevé alguna medida que tenga que adoptar el Tribunal, para verificar que se dé cumplimiento cabal a la sentencia que emite este. Caso contrario que pasa en el control concreto de la constitucionalidad de las omisiones legislativas que veremos más adelante.

Esta debe de emitir la “comunicación de la omisión constatada al Poder Competente, para la adopción de las providencias necesarias.”²⁸³ Ya que al igual que el derecho portugués también abarca a los Poderes legislativo, Ejecutivo y judicial. En la medida en que ejerzan su facultad legislativa, que como vimos en el primer capítulo, los poderes tienen tanto facultades formales como materiales, y si bien la facultad de legislar formalmente le corresponde al Poder legislativo, materialmente también es realizada por los poderes ejecutivo y judicial.

Ahora un aspecto que debemos de resaltar y que nos servirá para la construcción de nuestro medio de control no invasivo es “la innovación mayor del Derecho brasileño en esta materia viene integrado por el mandato de injuricao, mecanismo de control de la inconstitucionalidad por omisión realizado de forma concreta.”²⁸⁴ Es decir, como vimos en apartados anteriores, el control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas, tiene como causal de procedencia cuando la inactividad del legislador vulnera los derechos de los gobernados.

Y esta figura tiene ciertas peculiaridades que son más protectoras que la figura tradicional proveniente del sistema portugués. Ya que “a través de este mandato de injuricao, los tribunales no se limitan a constatar la omisión y comunicarla al legislador inactivo, sino que puede emitir las medidas necesarias de efecto individual o erga omnes.”²⁸⁵ Lo que implica este mandato, es que el Tribunal queda facultado, cuando la omisión vulnere el ejercicio de derechos humanos, a tomar las medidas pertinentes, dependiendo de las particularidades del caso. Es

²⁸² *Ibíd.*, p. 152

²⁸³ *Ibíd.*, p. 151

²⁸⁴ *Ibíd.*

²⁸⁵ *Ibíd.*

decir, dependiendo del caso concreto, el juez tendrá la posibilidad de darle efectos a la sentencia, tanto particulares como generales u oponibles a terceros.

C. Colombia

Ahora toca el turno de estudiar la forma en que regula las omisiones legislativas el sistema colombiano. Este sistema al igual que el caso mexicano no cuenta con un medio ad-hoc para controlar las omisiones del legislador. Es decir, la Corte Constitucional “no cuenta con previsión normativa sobre la inconstitucionalidad por omisión en cuya consecuencia niega la Corte Constitucional su facultad de fiscalizar las omisiones absolutas.”²⁸⁶ Por lo que podemos afirmar que la Corte Colombiana solo conoce las omisiones relativas, más no las absolutas, ya que no tiene la facultad para hacerlo.

Ahora debemos destacar que en el sistema colombiano, “si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido.”²⁸⁷ Por lo que podemos decir que estas limitantes han sido superadas por la Corte y esta ha conocido y resuelto casos referentes a las omisiones legislativas, y es a través de la jurisprudencia emitida por esta Corte. En donde esta ha delineado las hipótesis y la estructura procedimental para conocer de las omisiones legislativas.

Concretamente es “a partir de la sentencia de 16 de octubre de 1996, que la Corte Constitucional introdujo por vía jurisprudencial, una doctrina en torno al concepto, tipología, objeto y efectos del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas.”²⁸⁸ Para algunos juristas y doctrinarios extranjeros, consideran que existe una discrepancia entre el desarrollo de esta figura. Ya que existe una serie de contradicciones y ambigüedades, y aun más, debido a que no se le ha dado el desarrollo de carácter doctrinal necesario.

²⁸⁶ *Ibíd.*, p. 160

²⁸⁷ *Ibíd.*, p. 161

²⁸⁸ Ibagón, Mónica, *Óp. cit.* Nota 213.

Las resoluciones que la Corte colombiana ha resuelto ponen en manifiesto que han sido, “con el fin de guardar la integridad y supremacía de la Constitución, por ejemplo, se exhortó al legislador para que en un plazo razonable expidiera la regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales acorde con la constitución.”²⁸⁹ En esta resolución podemos observar, que para que una omisión del legislador sea inconstitucional, primero debe mediar un mandato constitucional, y segundo que sin argumento lógico fue evadido por un lapso de tiempo considerable.

Por último, en cuanto a la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas el jurista, “Gomes Canotilho estima que las omisiones inconstitucionales derivan del no-cumplimiento de imposiciones constitucionales legislativas en sentido estricto.”²⁹⁰ Es decir, para este autor lo relevante es la imposición constitucional, es decir, debe derivar de un mandato constitucional, y no incluye los casos concretos, o aquellos que violan los derechos de los gobernados. Sin mencionar que no es de relevancia los mandatos implícitos.

Mientras que para el jurista “Fernández Rodríguez “entiende por omisión legislativa inconstitucional la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo.”²⁹¹ Por su parte este autor lo relevante para él es el lapso de tiempo, afirmando que para que sea inconstitucionalidad la inactividad del Poder legislativo, debe transcurrir un lapso excesivamente largo. Y solo es aplicable para el poder legislativo es decir, los restantes poderes no son contemplados en este tipo de control.

D. Alemania

Ahora por ultimo veremos el caso del sistema alemán, el cual tiene ciertas peculiaridades con respecto del sistema tanto mexicano como los que hemos mencionado en estos apartados. Para comenzar debemos aclarar que para muchos juristas y autores alemanes, la republica alemana representa un Estado

²⁸⁹ Morales Velásquez, Óp. cit. Nota 215, p. 54

²⁹⁰ *Ibíd.*, p. 313

²⁹¹ *Ibíd.*, p. 314

de derecho capaz de defenderse. Es decir, que tiene la capacidad o los procedimientos constitucionales para defender la coherencia del sistema normativo, empezando desde luego con la protección de la constitución. Y es por esta razón que muchos juristas ven al Tribunal Constitucional Federal como un legislador negativo o como un legislador sustituto en algunos casos.

Una vez hecha esta aclaración es momento de centrarnos en como regulan la figura de las omisiones. Si bien fue un alemán el primero en hablar sobre las omisiones legislativas, el Tribunal Constitucional Alemán carecía “además de un instrumental adecuado con el que hacerle frente, no obstante lo cual, progresivamente, iba a ir modulando su posición, primero, admitiendo el recurso de queja constitucional.”²⁹² Aspecto sumamente interesante y que es peculiar, ya que es el primer sistema en reconocer a la queja como la vía procesal idónea para conocer de las omisiones del legislador.

Es pertinente hacer una aclaración y es que en el sistema alemán, “pese a la previsión del artículo 100.1 de su constitución. El tribunal ha reconocido la posibilidad de un control concreto incidental de las omisiones del legislador.”²⁹³ Es decir en este artículo solo se admite la anticonstitucionalidad de una ley y no de omisiones, el Tribunal ha encontrado la solución realizándola por el control concreto. A continuación se cita el precepto constitucional alemán:

Artículo 100

1. En caso de que un tribunal considere anticonstitucional una ley de cuya validez dependa el fallo, deberá suspenderse el proceso y si se tratase de una violación de la Constitución de un Estado se recabará el pronunciamiento del Tribunal regional competente en litigios constitucionales, o la del Tribunal Constitucional Federal si se trata de una infracción de la presente Ley Federal. También registrará esta norma cuando se trate de la infracción de la presente Ley Fundamental por el

²⁹²Fernández Segado, Francisco, *El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht*, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, unam
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/22/est/est2.pdf>

²⁹³ *Ibíd.*

derecho regional o de la incompatibilidad de una ley regional con una ley federal.²⁹⁴

Una vez que se reconoció al recurso de queja como el medio idóneo, “iba asimismo a admitirse frente a sentencias de los órganos jurisdiccionales superiores lesivas de derechos, de resultas, básicamente, de la inexistencia de normas legislativas.”²⁹⁵ Es decir para el derecho alemán distinguen entre los controles Abstractos y concretos o incidentales. Y en el caso de la queja constitucional, se trata de un control concreto, debido a que se necesita la posible lesión de un derecho derivado de la omisión del legislador.

Por último debemos mencionar que fue la doctrina quien puso especial atención en la admisibilidad del recurso de queja constitucional, frente a la vulneración de los derechos fundamentales por omisión del legislador. Muchos doctrinarios examinaron el control de las omisiones de los órganos que tuvieran a su cargo el reglamentar, y que por su inactividad vulneraran estos derechos.

Y principalmente se enfocaron en aquellas omisiones, que vendrían a ser omisiones relativas que violaran el principio de igualdad. En cuanto a la efectividad de la sentencia, podemos decir que nos encontramos, ante una plena obediencia, ya que no queda duda de la plena obligatoriedad que tiene el poder legislativo de cumplir la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la omisión cometida por este. Por ser un recurso que se encarga de tutelar los derechos fundamentales de los gobernados.

Hasta este punto tenemos los elementos necesarios para armar nuestra propuesta de modelo ad-hoc para el control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas. Así que pasaremos a la construcción de este medio de control no invasivo.

²⁹⁴ LEY FUNDAMENTAL PARA LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA DE 1949 <http://ocw.um.es/cc-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo4/documento-20-constitucion-de-alemania.pdf>

²⁹⁵ Fernández Segado, Francisco, Óp. cit. Nota 282,

Capítulo cuarto Control de la constitucionalidad Ad-hoc de las omisiones legislativas

En este último capítulo nos encargaremos del desarrollo de un modelo de control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas para el sistema mexicano. Pretendiendo que este medio no vulnere el principio de división de poderes y el principio de distribución de competencias, y en consecuencia que no sea invasivo en las facultades legislativas. Tomando como base todos los elementos aportados a lo largo de esta investigación, para ello también plantearemos las posibles reformas a la constitución que se deben hacer, del mismo modo la estructura que debe seguir el medio de control.

Principalmente propondremos 2 posibles modelos, de cómo podría regularse la figura de las omisiones legislativas, en su momento estableceremos cuál de estas dos propuestas es la que consideramos que es la más idónea para el sistema mexicano. Y a la cual le daremos especial desarrollo, iniciaremos este capítulo con las reformas constitucionales que deben realizarse para facultar a la Suprema corte de Justicia de la Nación, y es precisamente en este primer apartado donde se establecerán las dos posibles opciones de modelos.

I. Reformas constitucionales

Aquí se propondrá las reformas que son de carácter necesario para que exista un medio ad-hoc de las omisiones legislativas. Y es precisamente el artículo 105 de la constitución mexicana, el que debe sufrir modificaciones para poder adoptar esta figura. Y desarrollaremos dos hipótesis de reforma, basándonos en este caso, tanto en los modelos creados por la legislación local del Estado mexicano, y, de los modelos de los Estados de Portugal, Brasil, Colombia y Alemania. Estos dos modelos son los siguientes, primero tenemos la posibilidad de reformar la fracción referente a la acción de inconstitucionalidad para aumentar el objeto de esta, segundo adicionar una fracción, en la que se contemple la creación de un medio autónomo.

A. Ampliación de la acción de inconstitucionalidad

Esta es primera opción viable para que el poder legislativo, añada a la constitución, la figura de las omisiones legislativas, dentro del sistema mexicano. La cual consiste en ampliar el objeto de la acción de inconstitucionalidad, mediante la reforma a la fracción II de la Constitución mexicana. Basándonos en la Constitución de Coahuila, que mediante reforma de 2005, amplió el objeto de la acción de la inconstitucionalidad, en donde el Tribunal, en el caso de la acción de inconstitucionalidad además resolver la posible contradicción una norma general y la Constitución local, también conoce la posible contradicción entre inexistencia de una norma general y la Constitución.

Si el legislador federal optara por la adopción de este medio de control de las omisiones legislativas, tendría que reformar la Fracción II del artículo 105 de la siguiente manera, que se demostrará mediante una tabla comparativa.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Última reforma publicada DOF 10-02-2014	
Texto constitucional original	Texto con las reformas propuestas
<p>Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:</p> <p>I...</p> <p>II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.</p>	<p>Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:</p> <p>I...</p> <p>II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. O entre la inexistencia de una norma de carácter general y esta Constitución.</p>

<p>Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:</p> <p>a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;</p> <p>b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;</p> <p>c) El Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas;</p>	<p>Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, y en el caso de omisión legislativa, podrá ejercerla, cuando le legislador no emita la norma general en un plazo razonable, por:</p> <p>a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal, o, por la ausencia de leyes federales o del Distrito federal, expedidas por el Congreso de la Unión;</p> <p>b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal, o, por la ausencia de leyes federales o del Distrito federal, o la a expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;</p> <p>c) El Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas; o, por la ausencia de normas</p>
---	---

<p>d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano,</p> <p>e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea, y</p> <p>f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro;</p> <p>g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el</p>	<p>generales.</p> <p>d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, o, por la ausencia de leyes que debían ser expedidas por este órgano.</p> <p>e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea, o, por la ausencia de leyes que debían ser expedidas por este órgano. y</p> <p>f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro;</p> <p>g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el</p>
---	--

<p>Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.</p> <p>h) El organismo garante que establece el artículo 6o. de esta Constitución en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y el órgano garante del Distrito</p>	<p>Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, o, por la ausencia de normas generales de los tres distintos niveles de gobierno.</p> <p>h) El organismo garante que establece el artículo 6o. de esta Constitución en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y el órgano garante del Distrito</p>
---	--

<p>Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.</p> <p>i) El Fiscal General de la República respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones;</p>	<p>Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.</p> <p>i) El Fiscal General de la República respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones, o, por la ausencia de normas generales que relacionadas con el ámbito de sus funciones ;</p> <p>j) Las personas nacionales y extranjeros cuando por la ausencia de la norma general, de cualquier nivel de gobierno, resulten vulnerados sus derechos humanos</p>
--	--

No solo se tiene que hacer una reforma consistente en la ampliación del objeto, también se tiene que reformar el plazo con que cuentan los sujetos legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad de omisiones legislativas. Y con base a lo que se estudio en el apartado de temporalidad, es que se coloco que para que pueda conocer la Suprema Corte, debe transcurrir un plazo razonable en el que no se promulgue la norma. Y por un plazo razonable tomando en cuenta lo ya estudiado, entenderemos que es cuando el legislador sin causa justificada, prolongue su obligación de legislar.

Por otro lado, también se tienen que hacer adiciones de los sujetos que pueden interponer esta acción. Debido a que los sujetos contenidos en esta fracción están pensados solo para la acción de inconstitucionalidad de leyes de carácter general y no de la ausencia de normas generales. Dándole opción a los ciudadanos de interponer la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa cuando resulten

vulnerados sus derechos humanos consagrados en la constitución. Ahora esta opción representa, una desventaja y es la de desnaturalizar la figura de la Acción de inconstitucionalidad, es por eso que en este trabajo se considera que la mejor opción para regular las omisiones es crear un medio autónomo de control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas.

B. Adición de una fracción para crear un medio autónomo

En cuanto a la creación de un medio de carácter autónomo para controlar las omisiones legislativas, tiene más ventajas debido a que se abarcarían más elementos fundamentales, que integran esta figura. Y el primer paso es adicionar una cuarta fracción del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En la cual quedaría facultada la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de las omisiones legislativas, y la reforma quedaría de la siguiente manera.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Última reforma publicada DOF 10-02-2014	
Texto original	Texto con la reforma propuesta
<p>Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:</p> <p>I...</p> <p>II...</p> <p>III...</p>	<p>Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:</p> <p>I...</p> <p>II...</p> <p>III...</p> <p>IV. De las acciones contra las</p>

	<p>omisiones legislativas, absolutas y relativas, que tenga por objeto la posible contradicción entre la inexistencia de una norma general con esta constitución.</p> <p>Las acciones contra omisiones legislativas podrán ejercerse, cuando el legislador en un plazo razonable no emita la norma de carácter general correspondiente, por:</p> <p>a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de cualquiera de las Cámara del Congreso de la Unión, en contra de la inexistencia una la norma general, sea de carácter local o que le corresponda su creación a un órgano ajena a esté.</p> <p>b) El Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, en contra de la ausencia de una norma general de carácter federal o que afecte el ejercicio de sus funciones.</p> <p>c) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de la ausencia de una</p>
--	--

	<p>norma general que afecten el ejercicio de sus funciones.</p> <p>d) El gobernador y los ayuntamientos, en contra de la ausencia de una norma general, de carácter local y federal, que afecten el ejercicio de sus funciones.</p> <p>e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de la ausencia de una norma general, que afecten el ejercicio de sus funciones.</p> <p>f) Cualquier órgano de la administración concretada, desconcentrada y autónoma, en contra de la ausencia de una norma general, que afecte el ejercicio de sus funciones.</p> <p>g) Las personas nacionales o extranjeras, en contra de una norma general, que vulnere sus derechos humanos o su pleno ejercicio.</p> <p>Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la anticonstitucionalidad de la omisión legislativa, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.</p>
--	--

...	<p>Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación estime que es inexcusable el incumplimiento, los presidentes de cada cámara de Congreso de la Unión, así como los de los congresos locales y la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, serán inmediatamente separados de su cargo de presidente e incurrirán en responsabilidad administrativa. Tratándose de un órgano ejecutivo o judicial correspondiente, en caso de incumplimiento de la sentencia, incurrirán en responsabilidad administrativa.</p> <p>IV. De oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o del Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, así como del Fiscal General de la República en los asuntos en que intervenga el Ministerio Público, podrá conocer de los recursos de apelación en contra de sentencias de Jueces de Distrito dictadas en aquellos procesos en que la Federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten</p> ...
-----	--

Lo que se pretende con esta última propuesta de reforma es darle la misma importancia, que los países que contienen la figura de las omisiones legislativas, en “el papel y los alcances de la actuación de los tribunales constitucionales en su función de control constitucional.”²⁹⁶ En este caso darle mayor peso a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su carácter de Tribunal Constitucional. Debido a que en un Estado de derecho, deben de existir los controles necesarios para garantizar, la coherencia normativa, el respeto de la Constitución y de los derechos humanos. En un apartado especial estudiaremos la estructura que se propone en esta reforma.

II. Ley secundaria del Control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas.

Una vez que se hicieron las reformas constitucionales correspondientes es necesario reformar la ley secundaria, que es la Ley reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En lo que se refiere a la primera opción de reforma del Artículo 105 constitucional, el segundo paso que se tiene que seguir es reformar el título III para hacerlo apto para el control de las omisiones legislativas. En cuanto a las peculiaridades que tiene esta figura.

En lo que respecta a la segunda opción de reforma y a la que consideramos como la más idónea, la consecuencia que genera es igualmente el de reformar la ley reglamentaria del artículo 105, Primero cambiar el nombre por Ley reglamentaria de las fracciones I, II y III del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este caso lo pertinente es agregar un Título IV donde se detallen el procedimiento del control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas. Cual sea la vía que se tome para regular las omisiones legislativas, la ley secundaria tendrá que tener la estructura que a continuación se desarrollara en los siguientes apartados. Y solo se darán los elementos fundamentales de esta estructura para no ser tan exhaustivos en esta investigación.

²⁹⁶ Morales Velásquez, Óp. cit. Nota 215, p. 49

A. Estructura del control constitucional

Independientemente de cuál sea la vía que se opte para regular las omisiones legislativas, dentro de su estructura debe de contener una serie de elementos esenciales. Con la finalidad de crear un sistema efectivo que pueda combatir, los desacatos que hace el órgano legislativo, los cuales veremos a continuación.

1. Órgano que conocerá del Control

Aun y cuando en las reformas constitucionales, queda claro que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el órgano idóneo para conocer de la constitucionalidad de las omisiones legislativas, debido a que este ejerce las funciones de un Tribunal Constitucional. Es importante señalar, que, con los dos tipos de reforma propuestos en esta investigación, su facultad tendrá el carácter de ser exclusiva. Y no será una de las facultades concurrentes o coincidentes, que vimos en el primer capítulo de esta investigación.

Esto bajo el siguiente argumento, en el sistema local desarrollado por el estado de Tlaxcala en su Artículo 81 fracción VI, establece que las acciones contra las omisiones legislativas proceden cuando exista un mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Precepto que a continuación citaremos:

ARTÍCULO 81. El pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como Tribunal de Control Constitucional del Estado, conocerá de los asuntos siguientes:

VI. De las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, Gobernador y ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las leyes.²⁹⁷

Cuestión que se modificaría con las reformas propuestas. Quedando como facultad exclusiva para la Suprema Corte, limitando al Tribunal Superior de

²⁹⁷ Constitución Política del Estado libre y soberano de Tlaxcala. http://www.e-local.gob.mx/wb/ELOCAL/ELOC_Const_tlx

Justicia del Estado de Tlaxcala a conocer de las omisiones que deriven de un mandato de su Constitución local.

2. Sujetos legitimados para interponer el medio de control.

Como nos pudimos dar cuenta lo que se propone en cualquiera de las dos opciones, es la efectividad del control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas. Es por esto que dentro de los sujetos legitimados abarca a una amplia gama de sujetos, en los que se contempla a las autoridades de los tres niveles de gobierno, cuando por la ausencia de ley se afecte el desarrollo de sus funciones. Hasta los nacionales y extranjeros que vean vulnerados el ejercicio de sus derechos humanos por la ausencia de una norma.

3. Desarrollo de los elementos de la inconstitucionalidad

Otro de los elementos que se tiene que detallar dentro de la ley reglamentaria, es cuando se considera inconstitucional la omisión legislativa. Como estudiamos en el capítulo anterior no todas las omisiones legislativas constituyen una omisión legislativa. Por lo cual debe especificarse que será inconstitucional cuando desacate un mandato de carácter expreso, mandatos indirectos y cuando vulneren los derechos humanos de los nacionales y extranjeros, desarrollando cada una de las hipótesis según sus peculiaridades. Además deberá establecer lo que se entiende por plazo razonable, especificando que debe ser a partir de la publicación del mandato en el Diario Oficial de la Federación. Y que debe ser una inactividad o prorroga injustificada por parte del órgano correspondiente.

4. Admisión, Improcedencia y sobreseimiento

En este punto debemos recordar que dentro del desarrollo de nuestro tercer capítulo existen dos posibles tipos de omisiones la primera consiste en la omisión absoluta que es la falta total de la norma indicada en el mandato constitucional, la segunda son las llamadas omisiones relativas, que son aquellas en las que si bien existe una norma esta no satisface el mandato por completo, es decir, se puede dar el caso de que su regulación sea parcial dejando a fuera un derecho o que esté en contra del principio de igualdad.

Dado a esta naturaleza de los tipos de omisiones legislativas, es necesario que el legislador en la norma secundaria, detalle las procedencias en cada una los tipos de omisiones, debido a que cada una de las dos hipótesis tiene peculiaridades. Como en el caso de las omisiones legislativas relativas, se tiene que establecer con precisión en que hipótesis procede. También se debe de tratar el tema de la improcedencia, de lo contrario tendríamos un elemento que causaría conflicto. De igual forma es importante tratar el tema del sobreseimiento, en ambas hipótesis. Y por último, establecer un recurso mediante el cual reclamar o impugnar la decisión del ministro instructor que declare improcedente las acciones por omisiones legislativas o que declare el sobreseimiento.

5. Los órganos correspondientes

Otro de los temas a tratar en la ley reglamentaria es el de las autoridades responsables, debido a que, este sistema no se limita en a las omisiones de carácter Legislativo pueda incurrir. Incluyendo en este punto a los poderes Ejecutivo y Judicial, de los tres niveles de gobierno, en sus funciones materialmente legislativas. Es por esto que se necesita desarrollar las especificaciones necesarias tales como la notificación que se le debe hacer a la cada una de las autoridades o poderes, también es necesario establecer si estos incurrir en los dos tipos de omisiones. Y en el caso de las omisiones legislativas que tenga el Poder Judicial, establecer que es improcedente contra Entre otras especificaciones.

6. Procedimiento

En cuanto al procedimiento se tiene que establecer las siguientes cuestiones, de la estructura que debe contener el escrito de demanda, como es la firma. Y en específico en los casos de los Congresos locales, la Asamblea de Representantes del Distrito Federal y las Cámaras del Congreso de la Unión. Debido a que en el escrito de demanda tiene que contener las firmas del treinta y tres por ciento de los integrantes de dichos órganos. Y que tratándose del poder legislativo, en su carácter de autoridad responsable como en el carácter de actora, deben nombrar un representante común.

También se deben establecer cuestiones de plazo para subsanar la demanda o la contestación, en el caso de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación encuentre obscura cualquiera de estos escritos. La notificación que se le debe hacer al Diario Oficial de la Federación o el Diario oficial local, según sea el caso, para que rinda informe si efectivamente existe la ausencia de la norma que se está reclamando. Lo anterior solo aplica en el caso de las omisión es absolutas. En cuanto a las omisiones relativas tendrá que demostrarse que la regulación no cumple con lo establecido en el mandato.

7. Efectos y Alcances de la sentencia

Como último requisito y el más importante de ellos son los efectos que tendrá la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la omisión legislativa. Ya que dependerá de estos que el medio de control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas sea o no invasivo de las facultades legislativas. Ahora debemos recordar que “la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión procede cuando la autoridad legislativa haya dejado de dictar o haya dictado de forma incompleta las normas.”²⁹⁸ Cuando exista un mandato directo o indirecto de legislar, o cuando la omisión vulnere los derechos fundamentales de una persona.

Un punto que debemos resaltar es el punto de vista de la jurista Rangel Hernández:

“Pese a la enorme carga que es inherente al órgano legislativo por su calidad democrática, es indispensable tener en cuenta que la constitución no puede ser impunemente transgredida en aras del respeto a esa condición preferente del legislador, quien necesariamente debe llevar a cabo las funciones para las que fue instituida”²⁹⁹

Ahora bien debemos decir que la finalidad de “declarar la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria a los fines de hacer efectiva una norma

²⁹⁸ Morales Velásquez, Óp. cit. Nota 215, p. 58

²⁹⁹ Rangel Hernández, Laura, Óp. cit. Nota 216, p. 44

constitucional.³⁰⁰ Es decir, tiene como finalidad guardar el Estado de derecho, y la coherencia normativa de un sistema específico. Sin embargo, el Poder legislativo y otros órganos que tienen facultades de legislar, tiene una libertad que no puede ser vulnerada. Es por esa razón que los efectos de esta declaración no deben de ser invasivos.

Y por invasivos nos referimos a establecer una serie de bases bajo las cuales el legislador debe crear el contenido. Con lo que toma una postura activa dentro de la actividad de legislar. Y el que el Poder judicial, en el caso de México no pueda establecer el contenido bajo el cual se debe legislar, responde a la naturaleza principalmente del poder legislativo, el cual es un órgano de carácter democrático que en consecuencia es depositario de la confianza de los gobernados.

Razonamiento compartido por el ministro Góngora Pimentel, que sostuvo que “el efecto de la resolución tendría que ser que el legislador actué, sin que la Suprema Corte le impusiera una línea sobre cómo legislar.”³⁰¹ Y por esa razón cuanta con la libertad de legislar una norma con el contenido que le parezca apropiado, siempre y cuando no vulnere la constitución.

Es por esta razón que la Corte debe “dar conocimiento al poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de una autoridad administrativa, para que lo haga en treinta días, bajo la pena de incurrir en responsabilidad.”³⁰² Y en el caso de los Poderes legislativos de los distintos niveles de Gobierno, será los presidentes de las cámaras quienes incurrirán en responsabilidad. También incurren en responsabilidad los integrantes de las comisiones cuando retrasen injustificadamente la emisión del dictamen. O los presidentes de los partidos políticos cuando retrasen el proceso de votación de la cámara para evitar su aprobación.

³⁰⁰ Morales Velásquez, Óp. cit. Nota 215, p. 58

³⁰¹ Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), Óp. Cit. Nota 222, p. 9

³⁰² *Ibidem.*, p. 59

Conclusiones

A lo largo de la investigación, se han establecido las bases conceptuales bajo las cuales se sustenta nuestra propuesta de controlar la constitucionalidad de las omisiones legislativas, pretendiendo no vulnerar o invadir las facultades legislativas. Y por facultades legislativas no solo nos referimos a las facultades del Poder Legislativo, también abarca a los órganos que realizan alguna función de crear una norma general.

Es precisamente, que se examinó en un primer momento el principio de división de poderes, para entender en qué consiste, y con la intención de verificar que nuestra propuesta no vulnerara dicho principio. Y se observó que fue gracias a la evolución de la democracia es que el principio de división de poderes pudo surgir. Y en esta época, con un contexto diferente al actual, se estableció que se tenía que dividir, el poder a fin de evitar la tiranía. Cada una de las culturas y sistemas jurídicos adoptó el principio o la teoría de la división de poderes, como un medio de defensa ante los abusos de los estados absolutistas. Y es bajo esta idea que su máximo exponente Locke y Montesquieu dan su máximo acabado ideológico, generando un principio de división rígido, que respondía al contexto histórico de la crisis de los estados absolutistas.

Pese a la gran influencia de Locke y Montesquieu, su concepto de división de poderes sufrió una crisis, derivada de la contradicción entre una formulación histórica y una realidad constitucional actual, lo que generó una pérdida de su contenido. Debido a la gran demanda social, el estado ha implementado la creación de distintos órganos e instituciones. Lo que hizo a un concepto más flexible que respondió de mejor manera, que el tradicional. Visión compartida por el Poder Judicial de México, en diversos criterios y tesis. Actualmente hablamos de una distribución de competencias, lo que nos permite una mayor gama de autoridades responsables como son las autoridades administrativas que tienen la función de legislar en normas reglamentarias.

Teniendo esto en cuenta fue necesario establecer un concepto de facultad, que de igual forma, va arraigada en la misma idea central, establecer una defensa ante la arbitrariedad de los Gobernantes, y de igual modo una defensa de la constitución acotando el poder. Entonces por facultad podemos entender a una potestad otorgada por la constitución o la ley para que una persona o institución realice un acto, relevante para el derecho, con la finalidad de realizar un objetivo fundamental del Estado.

Se estableció una clasificación de los tipos de facultades: 1) facultades explícitas, 2) facultades implícitas, 3) facultades concurrentes, 4) facultades coincidentes, 5) facultades residuales, 6) facultades coexistentes, y por último, 7) Facultades de auxilio. Con la finalidad de adelantar el posible conflicto que se suscitaría entre las facultades de los Poderes Judiciales locales y la Suprema Corte. Razón por la cual se expuso en el caso del Poder Legislativo y Judicial cuáles eran sus funciones formales y sus funciones materiales, para demostrar que no solo el poder legislativo tiene funciones de crear normas generales.

Y con este último análisis se procedió a analizar en el segundo capítulo lo relativo al control de la constitucionalidad, que es nuestro segundo concepto base para estructurar nuestra propuesta. Y como primer elemento para definir el concepto de control de la constitucionalidad, es establecer el concepto de constitución. Y para ello intentamos construir un concepto lo más completo posible, en la que vimos que se trata de una norma primaria que fundamenta a todo el sistema jurídico. En la cual convergen los ideales políticos de una sociedad determinada.

Y como se anticipa dentro del concepto de Constitución, esta tiene una doble naturaleza, una jurídica y una política, derivada de su creación. Lo que nos permite comprender que la constitución no solo está compuesta por normas jurídicas, sino que además comprende principios ideológicos y motivaciones políticas, Garantía de los derechos fundamentales, Los principios generales de derecho, regulaciones de las instituciones, disposiciones transitorias y procedimientos jurídicos. Todo lo anterior conforma el parámetro bajo el cual todo el sistema jurídico, debe estar acorde a él.

Teniendo el parámetro estudiamos en que consiste en principio de supremacía constitucional, debido a que es la base bajo la cual se sustenta la existencia de los controles de constitucionalidad. Y en primer lugar se observa que este principio se erige como una defensa constitucional, jerarquizando a la constitución como la norma suprema, la cual queda como norma que fundamenta al resto de las normas secundarias. Y en el caso del sistema Mexicano este principio se encuentra consagrado en el art. 133. Y proteger la constitución, mediante los medios de defensa, incluidos los controles de constitucionalidad se cuida la coherencia normativa.

Dentro del desarrollo de nuestra investigación estudiamos los modelos americano, que es también conocido como difuso, establecimos sus principales características, como el hecho de que los jueces pueden conocer de la constitucionalidad de las normas, de igual modo estudiamos al modelo europeo o también conocido como concentrado, en el cual nos percatamos que es solo un órgano el que conoce de la constitucionalidad. Además dimos un repaso histórico, para apreciar su evolución y percatarnos de que en la actualidad, los modelos de control de la constitucionalidad poseen características de estos dos modelos.

Finalmente dentro del capítulo segundo establecimos un concepto de control de la constitucionalidad. En cual tuvimos que analizar el origen del concepto, que es alemán donde pudimos percatarnos de que lo que se pretende es que exista un respeto a la constitución, mediante la conformidad de los actos y leyes con esta. Y por lo tanto, este consiste en la verificación sobre la existencia o la ausencia de la conformidad con la constitución. El cual tiene como finalidad, en el caso del sistema mexicano reparar las violaciones del orden jurídico.

Dentro de los componentes de los controles de la constitucionalidad se llegó a la conclusión que el órgano idóneo para conocer del control de la constitucionalidad, en México es el Poder judicial, ya que los Tribunales federales gozan de una doble jurisdicción, primera es la ordinaria, en donde conocen las controversias que se suscitan del cumplimiento y aplicación de la ley. Y la segunda consiste en el amparo donde se conoce de la violación de las garantías individuales y derechos

humanos contenidos en la constitución, por lo que se puede afirmar que los jueces revisan la constitucionalidad de los actos de autoridad.

Sin embargo la mayoría de las cuestiones de constitucionalidad son llevadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de Tribunal Constitucional, ambos legitimados, respectivamente, en los artículos 103 y 105 constitucionales. Como acotación especial, es la imparcialidad o independencia que debe poseer una especialización los miembros que la integran. Y estos no deben ser designados por un solo órgano, con esto se pretende maximizar la imparcialidad del órgano.

Por lo que hace a los sujetos legitimados, es un punto de suma relevancia ya que permitirá conocer si los medios de control de la constitucionalidad, son o no democráticos y efectivos. Debido a que estos deben estar al alcance de los ciudadanos en general. Cuando se amplía el margen de sujetos que pueden accionar los controles de constitucionalidad, lo que da como resultado un Estado de derecho eficiente que da mecanismos para el respeto de los derechos de los ciudadanos, de las minorías y de las autoridades locales.

En cuanto al objeto del control, básicamente es el poder político, y más específico encontramos que básicamente se dan tres hipótesis del control del poder. La primera consiste en los actos emanados de una autoridad, los cuales violan lo establecido en la constitución. La segunda hipótesis son las leyes o normas generales, que su texto es contrario a la Constitución, lo que genera que la norma sea inconstitucional. Y por último tenemos a las omisiones, que la entendemos como una inactividad, la anticonstitucionalidad de las omisiones, no proviene de un exceso, en el ejercicio de sus facultades por parte de una autoridad del Estado. Sino por la ausencia de una conducta correspondiente a la autoridad, que es de carácter obligatorio.

Y con esto pasamos al tercer capítulo donde establecimos el último pilar de nuestra investigación y son precisamente las omisiones legislativas, y lo primero fue establecer un concepto de omisión legislativa, quedando como, una inactividad

ante mandatos expresos constitucionales y también tácitos, y no sólo del legislador sino también del ejecutivo, y no sólo respecto de mandatos constitucionales sobre desarrollo normativo o institucional, sino también de forma amplia cuando la inactividad supone, en sus consecuencias, el desconocimiento de alguno de los derechos reconocidos en la constitución.

Como se puede anunciar dentro de este concepto no todas las omisiones legislativas son anticonstitucionales, por lo cual queda la pregunta cuales son los requisitos para que una omisión incurra en una anticonstitucionalidad. Estos elementos son que exista un mandato de carácter constitucional, el cual una vez que es desobedecido con la inactividad del órgano, vulnera el principio de supremacía constitucional. Dentro de este primer requisito encontramos dos clases la primera es el mandato expreso, que es una obligación enunciada en el texto constitucional de crear o modificar una norma general.

La segunda es el mandato implícito, en donde propiamente no hay una obligación expresa, sino que esta se infiere de una interpretación sistemática de la constitución. Otra hipótesis en que la omisión cae en anticonstitucionalidad es cuando por la inactividad legislativa se vulneran derechos humanos, o se impide el pleno ejercicio de estos. Ya que no puede alegarse ausencia de regulación para que los ciudadanos gocen el pleno ejercicio de sus derechos humanos. Esta hipótesis se deriva de la reforma a la constitución, por lo cual genera una mayor protección a los gobernados.

En cuanto a la temporalidad no queda duda alguna que la conducta omisiva del legislador será inconstitucional una vez que haya transcurrido el plazo otorgado por el constituyente. Sin embargo existen casos en los que no se pone el lapso, en el que el legislador secundario tenga que cumplir la obligación de legislar. En estos casos se establece que el plazo con que cuenta el legislador debe ser prudencial, y entendemos por prudencial que el legislador no debe ser demorado irrazonablemente su obligación constitucional.

Dentro de las omisiones legislativas principalmente se dan dos tipos, las absolutas y las relativas. Las primeras consisten en falta total de regulación normativa, abarca cualquier realidad regulable, dentro del sistema normativo. Por su parte las segundas consisten en que si existe la legislación de desarrollo que se ordeno, pero es parcial, incompleta y en general defectuosa desde el punto de vista constitucional. Es decir, el legislador no fue exhaustivo en acatar el mandato constitucional, lo que genera una inconstitucionalidad.

Como se estableció dentro de la investigación el tema de las omisiones legislativas en México es reciente, a nivel federal carece de una regulación concreta. Caso contrario pasa a nivel local donde 5 de los Estados han regulado esta figura. El estado pionero fue Veracruz, siendo el primer estado en establecer una figura para el control de las omisiones del legislador. Posteriormente han sido 4 entidades más las que han incluido esta figura entre las que se encuentran Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, y Coahuila.

En el caso de Veracruz establece un medio autónomo para controlar las omisiones legislativas, llamado acción por omisión legislativa. Los sujetos legitimados para interponer el medio son el Gobernador del Estado y cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos. Dentro de lo relevante es que otorga un plazo de dos periodos de sesiones para expedir la ley. Una vez que se cumple el plazo, Poder Judicial está facultado para sentar las bases transitorias. De igual forma Tlaxcala sigue el modelo de Veracruz estableciendo un medio autónomo y las dos variantes que presenta es que en cuanto a los sujetos legitimados es más amplio. Y en segundo que notifica al Periódico Oficial del Gobierno del Estado para constatar la inexistencia de la norma.

Por su parte Chiapas, es muy similar a estos dos modelos solo varía en cuanto a los sujetos legitimados para interponer el medio. En cuanto al Estado de Quintana Roo, su adición o aportación es la figura del Tercero interesado el gobernador, el Procurador General de Justicia del Estado o cualquier otro órgano que demuestre tener interés. El Estado de Coahuila regula de manera diferente las omisiones legislativas, debido a que no prevé un medio de control de la constitucionalidad de

las omisiones legislativas, lo que se hace en este Estado es ampliar el objeto de la acción de inconstitucionalidad. De estos Estados tomamos varios aspectos para construir nuestro modelo.

A nivel federal, se carece de un medio ad hoc de control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas, sin embargo esto no ha impedido a la Suprema Corte para conocer y resolver. El primer caso en resolver sobre omisiones legislativas que se le solicitó que conociera la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue el 27 de enero de 2003 el Partido de la Revolución democrática promovió acción de inconstitucionalidad. En donde el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó sentencia, la acción de inconstitucionalidad identificada con la número 7 /2003 fue sobreseída, por considerar que la acción de inconstitucionalidad no era el medio idóneo para resolver el caso.

Por su parte en el segundo caso sometido ante la Suprema Corte en el año 2002 se interpuso una controversia constitucional, bajo la misma temática sobre la omisión de un congreso local. Que se resolvió dos años después de ser resuelta la acción de inconstitucionalidad, en donde se consideró a las controversias constitucionales el medio para conocer sobre la constitucionalidad de las omisiones legislativas.

Por último estudiamos los modelos internacionales, con la finalidad de ver el panorama que tienen en otros sistemas jurídicos, en Portugal fue el primer país en establecer a nivel constitucional la figura de las omisiones legislativas, las características que tenía es que es un medio autónomo, el cual aplica en los casos en que exista un mandato expreso y se limita a notificar al órgano responsable. Por su parte el sistema brasileño hace una aportación bajo la cual sustentamos en la investigación la procedencia del control de las omisiones cuando violen derechos humanos. Y es bajo la figura mandato de injuricao es que, el sistema brasileño, protege a los gobernados de las omisiones legislativas que lesionen o impidan el pleno ejercicio de sus derechos humanos.

Por su parte en el caso de Colombia, pudimos apreciar que es un sistema que es similar al sistema mexicano en cuanto a la figura de las omisiones legislativas. Debido a que carece de una regulación expresa, y es mediante la jurisprudencia que la Corte Constitucional conoce de estos casos. Como sucede en el sistema mexicano, en Colombia se carece de un medio ad hoc que permita desarrollar de manera doctrinal y legal esta figura. Por último estudiamos el sistema alemán por el hecho de ser un sistema en el que el Tribunal Constitucional Federal actúa como un legislador negativo o como un legislador sustituto en algunos casos. Y en el caso de las omisiones legislativas cabe destacar que el medio procesal idóneo es la queja constitucional.

Para la creación de un medio ad- hoc, se tiene que reformar la Constitución en su artículo 105. Generando 2 posibles modelos de cómo podría regularse la figura de las omisiones legislativas. El primero consiste en ampliar el objeto de la acción de inconstitucionalidad, mediante la reforma a la fracción II de la Constitución mexicana. Basándonos en la Constitución de Coahuila de 2005. Por su parte el segundo consiste en la creación de un medio de carácter autónomo para controlar las omisiones legislativas, este tiene más ventajas debido a que se abarcarían más elementos fundamentales, que integran esta figura.

Es importante que una vez que se realicen las reformas constitucionales, cualquiera de las dos opciones anteriores, es necesario reformar la ley secundaria, que es la Ley reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ya sea reformando el título III para hacerlo apto para el control de las omisiones legislativas. O agregando un Título IV donde se detallen el procedimiento del control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas.

Es importante reconocer como facultad exclusiva para la Suprema Corte, el conocer de las omisiones legislativas derivadas de un mandato constitucional o por la violación de los derechos humanos reconocidos por está, limitando al Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tlaxcala a conocer de las omisiones que deriven de un mandato de su Constitución local. En cuanto a los sujetos

legitimados este control de la constitucionalidad debe abarcar a una amplia gama de sujetos, en los que se contempla a las autoridades de los tres niveles de gobierno, cuando por la ausencia de ley se afecte el desarrollo de sus funciones. Hasta los nacionales y extranjeros que vean vulnerados el ejercicio de sus derechos humanos por la ausencia de una norma.

El último punto y el más esencial de todos es que los efectos de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad por omisión legislativa, para no incurrir en una invasión a las facultades legislativas, no debe de sentar una serie de bases bajo las cuales el legislador debe crear el contenido. Con lo que toma una postura activa dentro de la actividad de legislar. Los efectos en consecuencia se limitan a dar conocimiento al poder competente para la adopción de las providencias necesarias. Y en el caso de incumplimiento en el caso de los órganos administrativos incurrirán en responsabilidad, mientras que en el caso de los poderes legislativos incurrirá en responsabilidad, los presidentes de las cámaras, las comisiones que retrasen sin causa justificada el dictamen y los presidentes de los partidos, cuando el partido retrase de manera dolosa las votaciones de la cámara.

Bibliografía

1. Aguirre moreno, Judith, *El constitucionalismo mexicano entre liberalismo y democracia*, Porrúa, México, 2012
2. Aldrete Vargas, Adolfo, El control constitucional en México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/1/ens/ens14.pdf>
3. Algorri Franco, Luis, *La división y legitimación del poder político*, Ponencias, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/93/4.pdf>
4. Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, México, Ed. Oxford, UAM, 3era Ed., 2008,
5. Astudillo, Cesar, *Derecho Constitucional Estatal. Memorias del VI y VII Congresos Estatales de Derecho Constitucional de los Estados*, UNAM, México, 2009
6. Azuela Güitron, Mariano, *Serie grandes temas del constitucionalismo mexicano, La división de poderes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008
7. B. Bianchi, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, Tomo I, Génesis del Control. Legitimidad de los Jueces, Ed. Abaco de Rodolf de palma, Argentina, 2da. Edición, 2002
8. Báez Silva, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, Porrúa, México, 2009
9. Bazán Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional americano y europeo*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010
10. Becerra Ramírez, Manuel, "Jerarquía de los tratados internacionales", en *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. No. 3 julio-diciembre, 2000. <http://sncedj.ijf.cjf.gob.mx/Doctos/DerechoConstitucional/DerechoConstitucional/Docs/Eval20Preg1.pdf>
11. Cabeza de vaca Hernández, Francisco , *Modernización de la Administración de Justicia en México*, Foro de Derecho Procesal Constitucional, PGR, México, 2006
12. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La división de poderes y la función jurisdiccional*, Revista Latinoamericana de Derecho, Año IV, número 7-8, enero- diciembre de 2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt7.pdf>,
13. Covián Andrade, Miguel, *Fundamentos Teóricos del control de la constitucionalidad*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional

14. Estrada Michel, Rafael (Comp.), *La división del poder público. Temas constitucionales*, México, Porrúa, 2007
15. Falcón M., Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-colzom, 2010
16. Fernández Segado, Francisco, *El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht*, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, unam, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/22/est/est2.pdf>
17. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *La función judicial de defensa del orden constitucional, en el Derecho procesal constitucional*, Tomo I, Porrúa, 4ta. Edición, México, 2003
18. Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.) *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Estudio Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho, Tomo IV, Porrúa, México, 2009*
19. Ferreres Corvella, Victor, *Una defensa del modelo europeo de constitucionalidad*, Madrid, Ed. M. Pons, 2011
20. Gámez Mejías, Manuel, *Significado jurídico actual del Principio de División de Poderes en las constituciones parlamentarias*, Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado, Universidad Carlos III de Madrid, 2004,
21. Gascon Abellan, Marina, *La justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción*, Universidad de Alicante, España, 1994, p. 64 http://www.tc.gob.pe/cec/themes/bluemarine/diplomado/tema2_marina_gascon.pdf
22. Gutiérrez Zapata, Iván, *El objeto de control en el proceso abstracto de constitucionalidad de la ley en México y España*, Estudio en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/15.pdf>
23. Herrera, Carlos Miguel, *Polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México, 1995 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/16/teo/teo8.pdf>
24. Huerta Ochoa Carla, *El Control De La Constitucionalidad, Análisis Del Artículo 105 Constitucional*, Revista jurídica, Boletín mexicano de Derecho comparado, numero 93
25. Ibagón, Mónica, *Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia*, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/16.pdf>
26. Morales Velásquez, Andrés, *Derechos sociales fundamentales en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli*, Grupo Editorial Ibañez, Colombia, 2013
27. Moreno, Daniel, *Derecho constitucional mexicano*, México, Ed. Pax-México, 3era. Ed., 1972

28. NAVA ESCUDERO, Óscar, *Reflexiones Jurídicas Sobre el Veto al Presupuesto de Egresos*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Numero 17, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/17/ard/ard6.htm>
29. Ramírez Jiménez, Francisco Sergio, *Teoría de la división de poderes y la cultura física*, México, Porrúa, 2006
30. Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisiones legislativas. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, Porrúa, 2009
31. Rodríguez Arana, Jaime, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, México, Ed. Novum, 2011,
32. SÁCHICA, Luis Carlos, *La Constitución Jurídica del Estado*, Publicado en la página <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/323/3.pdf> del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México,
33. Sánchez Gil, Rubén A., El control difuso de la constitucionalidad en México. reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002, Revista Mexicana de Derecho constitucional, cuestiones constitucionales, número 11 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard7.htm>
34. Scarciglia, Roberto, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Dykinson, Madrid, 2011,
35. Silva García, Fernando, ¿El juicio de amparo frente a particulares? El derecho a la salud contra médicos y hospitales privados, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/34/silva.pdf>
36. Suárez Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, México, Ed. Porrúa, 2007,
37. Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. introducción a la ciencia jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986,
38. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Decimo sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1978
39. Constitución Política del Estado libre y soberano de Quintana Roo, <https://www.scjn.gob.mx/normativa/Legislacin%20Recursos/33%20CONST%20QUINTANA%20ROO%2021%20FEB%202013.pdf>
40. Constitución Política del Estado de Chiapas, <http://www.e-local.gob.mx/work/templates/enciclo/EMM07chiapas/constitucion.pdf>
41. Constitución Política del Estado libre y soberano de Tlaxcala. http://www.e-local.gob.mx/wb/ELOCAL/ELOC_Const_tlax
42. Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, <http://web.segobver.gob.mx/genero/docs/Instrumentos%20estatales/Constitucion%20politica%20veracruz.pdf>

43. Texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Que reforma la de 5 de febrero de 1857, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>
44. LEY FUNDAMENTAL PARA LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA DE 1949 <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo4/documento-20-constitucion-de-alemania.pdf>
45. Amparo en revisión 2606/81, Sucesión de Carlos Manuel Huarte Osorio y otros, 22 de octubre de 1981, unanimidad de 4 votos, Ponente Jorge Iñárritu, vols. 115-120, p. 65, Amparo en Revisión 4277/77, Héctor Mestre Martínez y Coagraviados (acumulados), 30 de noviembre de 1978, 5 votos, ponente: Carlos del Río Rodríguez, Séptima Época, Segunda Sala, Seminario Judicial de la Federación, t. 151-156, tercera parte, p. 117
46. Amparo en revisión, Gómez Jesús, C., 17 de julio de 1926, mayoría de 7 votos, Quinta Época, Pleno, Seminario Judicial de la Federación, t. XIX, p. 96
47. Novena Época, Pleno, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XX, septiembre de 2004, tesis P. /J. 80/2004, p. 1122. Controversia constitucional 35/200. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, 22 de junio de 2004, unanimidad de nueve votos, Ausente: Mario Azuela Güitron, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón y Roberto Lara Chagoyán.
48. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 142/2001, de rubro: "FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES Jurisprudencia visible en la página 1042 del Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XV, enero de 2002, Novena Época, registro: 187,982.
49. Tesis de jurisprudencia P./J. 733/99, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia Pleno, tomo X, agosto de 1999, Pagina 18.
50. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, marzo de 2001, página 447, Pleno, tesis P./J. 16/2001;