



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

TESINA

**ESTUDIO SOBRE LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL CON
MOTIVO DE LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 2011**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
ESPECIALISTA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

PRESENTA

KARLA ANGÉLICA TAPIA RODRIGUEZ

DIRECTOR DE TESINA

GUILLERMO I. ORTIZ MAYAGOITIA

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX. FEBRERO, 2018





Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
 CAPÍTULO PRIMERO	
 TEORÍA CONSTITUCIONAL.....	4
I. La obligación del legislador de respetar los derechos humanos.....	4
II. La función del Tribunal Constitucional.....	14
 CAPÍTULO SEGUNDO	
 CONCEPTUALIZACIÓN DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL.....	20
 CAPÍTULO TERCERO	
 ESTUDIO DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO.....	38
A. Europa.....	38
B. América Latina.....	49
 CONCLUSIONES.....	70

INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el Estado mexicano se compone de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, cada uno realiza funciones encaminadas a cumplir los fines del Estado. Así pues, dentro de la Administración Pública Federal resulta oportuno que el ejercicio del poder se divida para alcanzar óptimos resultados y evitar conflictos entre ellos.

Cuando un funcionario del Estado actúa de tal manera que se está apartando del sentido de la ley, existen diversos medios jurídicos para enderezar esa acción u omisión, de igual modo sucede cuando se pretende inobservar a la Constitución Federal, sólo que aquí resulta un problema jurídico mayúsculo porque podría afectar a un grupo político, a la sociedad y, en consecuencia a toda la Nación.

En esta investigación, me refiero particularmente, a las omisiones del legislador, cuando éstas se vuelven inconstitucionales, de modo que afecte la efectiva protección y defensa de los derechos humanos.

Es por ello que, también hago énfasis en la función del Tribunal Constitucional, pues en la actualidad se ha evidenciado que al formar jurisprudencia se vuelve obligatoria para todas aquellas autoridades que intenten eludir lo que dispone la Constitución Federal.

En nuestro país son diversos los derechos humanos que se han reconocido en la Constitución Federal, no obstante a ello, a raíz de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, las personas gozan tanto de los derechos previstos en la Norma Suprema como de aquellos que se encuentran en instrumentos internacionales.

De esta manera, la noción de derechos humanos guarda una relación entre el Estado y los individuos, generándose así obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno o de la modalidad administrativa bajo la que estén obligadas. La Constitución Federal ha incorporado esas obligaciones en el párrafo tercero del artículo 1º, que a la letra señala:

"Todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad."

Con esa finalidad, incumbe a la autoridad legislativa favorecer el cumplimiento de esos derechos, y evitar cualquier forma de negligencia legislativa, particularmente la que se genere con su silencio.

El fenómeno jurídico que se observa es que la función del legislador ha sido omisa frente a diversas problemáticas sociales. Ante tal situación, los Tribunales Constitucionales se han encargado de revisar la constitucionalidad de las leyes a través de los diversos medios de control constitucional. Sin embargo, cuando se vulnera la Constitución Federal por una omisión del legislador, es mucho más complejo su estudio porque a falta de un mecanismo jurisdiccional específico, son las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación las que han ido desarrollando y evolucionando esta figura jurídica. Así, en nuestro país la jurisprudencia de la Suprema Corte es impulsora para encontrar un mecanismo adecuado en el control eficaz de las omisiones del legislador.

En nuestro país, los vacíos del legislador son cada vez más evidentes, por lo que la sociedad reclama leyes más claras y justas, respetando en todo momento la Norma Suprema. En la doctrina se ha generado un atractivo debate por regular la figura de la omisión legislativa inconstitucional, como ya lo hacen algunos países en sus Constituciones.

Cuando existe una omisión legislativa inconstitucional se afecta directamente a la sociedad en general, porque el trabajo del juzgador se vuelve muy fatigoso con el número de asuntos que tiene que resolver porque el legislador no utilizó una técnica legislativa adecuada y, por ende las leyes resultan incompletas.

De tal forma que, el Tribunal Constitucional, como defensor de la Constitución Federal, tiene una función importante dentro del Estado Mexicano al resolver los asuntos concernientes a la omisión legislativa inconstitucional, va marcando directrices para obligar al legislador a respetar la Constitución, es decir en los casos en que es omiso al legislar, o bien legisló pero no se adecuó a los estándares de la normativa internacional, y finalmente que adecuándose no favorezcan a la persona humana.

En el *primer capítulo* me refiero a la teoría constitucional para marcar las líneas de pensamiento que han apuntado a la necesidad de regular la omisión legislativa inconstitucional.

En el *segundo capítulo* explico el concepto de omisión legislativa inconstitucional distinguiéndola de otras figuras jurídicas.

En el *tercer capítulo* me apoyo en el derecho comparado, incluyéndose a México, para comprender su significado mediante semejanzas o diferencias en sus elementos que existen en los diversos sistemas jurídicos.

Finalmente, analizar el alcance que tiene la omisión legislativa inconstitucional en el sistema jurídico mexicano con motivo de la reforma en materia de derechos humanos de 2011 es pertinente para que la justicia constitucional responda a las necesidades que se presentan hoy en día en una sociedad exigente con su gobierno, y por ende con todas las autoridades del Estado Mexicano.

CAPÍTULO PRIMERO

TEORÍA CONSTITUCIONAL

I. La obligación del legislador de respetar los derechos humanos.

El 6 y 10 de junio de 2011, fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación dos importantes reformas íntimamente vinculadas a los derechos humanos, que constituyeron un "nuevo paradigma para el derecho constitucional".

Lo anterior, en virtud que la expresión paradigma supone un "*modelo*" o "*ejemplo*", ambas acepciones utilizadas por Platón y Aristóteles, respectivamente y, que adquirieron un sentido más profundo con Thomas Kunh al referir que dicha expresión sirve para "*designar aquellos logros científicos universalmente aceptados, que durante un cierto tiempo suministran modelos de problemas y soluciones a una comunidad de profesionales*".¹

Es decir que la ciencia jurídica al trabajar a base de paradigmas supone una renovación constante de dichos paradigmas y, por ende, del derecho constitucional. En otras palabras, el sentido profundo de las reformas en materia de derechos humanos está en la transformación de aquellos rigorismos positivistas de la teoría clásica de la constitución en un auténtico "*ius commune latinoamericano*;" como lo explica Armin Von Bogdandy, en perspectiva del nuevo derecho público, refiriéndose a que se requiere de un "*Estado abierto al derecho internacional*",² con la finalidad de salvaguardar los principios fundamentales de la

¹ Fix- Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 8a. ed., México, Porrúa - Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012, pp. 503 y ss.

² González Pérez, Luis Raúl y Valadés, diego (Coords.) *El Constitucionalismo Contemporáneo, Homenaje a Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2013. pp. 49 y ss.

Constitución, mediante las "cláusulas de apertura"³ que otorgan rango constitucional a los instrumentos de derechos humanos y primacía sobre la ley.

Es aquí donde se puede decir que la concepción "*abierta de la Constitución se manifiesta ad intra porque establece un Estado social democrático de derecho inspirado en valores superiores, en el cual se reconoce la limitación de los poderes públicos, los derechos humanos y el pluralismo político, pero también poseen una apertura ad extra porque supone receptividad respecto de otros ordenamientos diferentes, como son el derecho internacional (...)*".⁴

Así como la música tiene un lenguaje universal, se puede decir que el sentido abierto de la Constitución constituye el lenguaje jurídico universal de los derechos humanos, verbigracia es que tan bella es la *Sinfonía n° 9 en Re menor, op. 125 "Coral"* del distinguido compositor alemán Ludwig Van Beethoven, como lo es la magnificencia del universo normativo. En la –música– los instrumentos recobran vida, se hablan y se contestan entre ellos, en forma armoniosa, formando la "Oda a la Alegría"; mientras que en el –derecho constitucional– como ciencia metódicamente ordenada, las normas, en sede nacional e internacional, se hablan armoniosamente y se contestan entre ellas, al unísono, proclamando el himno a la *libertad, igualdad, seguridad jurídica...* y formando de esta manera, los principios universales que caracterizan a la humanidad.

Hoy en día la Constitución tiene como objetivo preservar la libertad y, es mediante la limitación del poder que un pueblo libre puede ser soberano. Es por ello que una forma de asegurarlo es con la representación política en forma temporal⁵ del Poder Constituido,⁶ verbigracia el distinguido jurista Rodolfo Vigo

³ Fix Zamudio, Hector, *El derecho Internacional de los derechos humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista Latinoamericana de Derecho, año 1, núm. 1, 2004, pp. 141-180. Cit. por González Pérez, Luis Raúl y Valadés, diego (Coords.), *op. cit.*, nota 2, p. 50.

⁴ Fix- Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 1, pp. 32 y ss.

⁵ Cromwell explicaba "es fundamental que los parlamentos no sean perpetuos. ¿Qué seguridad nos ofrece una ley a impedir un mal tan grande, si pertenece a esa misma legislatura el derecho de deshacer las leyes de nuevo? ¿Podrá durar semejante ley? Será un cordel de arena, no dará ninguna seguridad, porque los mismos hombres podrán destruir lo que han

expresa como es que existen "*constituciones rígidas contemporáneas que incluyen formas o procedimientos preestablecidos especiales que las resguardan de "reformas" diseñadas por los poderes constituidos pero contrarios o no aceptados por el Poder Constituyente.*"⁷ En otras palabras, el poder constituido limita el actuar del poder constituyente cuando confina las cláusulas constitucionales a beneficio propio, estableciendo una barrera política que impide el adecuado funcionamiento del sistema jurídico.

El Poder Constituido es el primer obligado en respetar la Constitución Federal, es el grano de mostaza, la semilla que vive para alimentar a las siguientes generaciones; al respecto Manuel Aragón Reyes señala que el único modo de garantizar la soberanía es "*asegurando los derechos fundamentales como límites frente al poder de los gobernantes y, en definitiva, frente a la capacidad normativa del legislador*".⁸

En ese tenor, la legalidad tiene una connotación muy diferenciada en un Estado abierto al derecho internacional de los derechos humanos porque cuenta con vínculos jurídicos formales y también sustanciales, como señala Luigi Ferrajoli que "*gracias a la rigidez de las constituciones la legalidad ha cambiado su naturaleza: no es más sólo condicionante y reguladora, sino que está ella misma condicionada y regulada por vínculos jurídicos no solamente formales sino también sustanciales; no es más simplemente un producto del legislador, sino que es*

construido". Véase en Fix- Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador (Coords.), *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 8a. ed., México, Porrúa - Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012, P. 48.

⁶ Riccardo Guastini hace una distinción entre el poder constituyente y poder constituido, al respecto señala: "Se puede convenir que el poder de reforma constitucional es un poder constituido (constituido por la Constitución existente), y que el poder de instauración constitucional sea por el contrario el poder constituyente. Es por ello que la normas que provienen de un poder constituido encuentran su fundamento de validez sobre la producción jurídica vigentes". Véase en Carbonell, Miguel, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Ensayos escogidos, México, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 2007, pp. 23 y 24.

⁷ Vigo, Rodolfo, *Constitucionalización y Judicialización del Derecho, del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2013, p.57.

⁸ Carbonell, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Ensayos escogidos, México, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 2007, p.31.

*también proyección jurídica de la legislación misma, y por tanto límite y vínculo al legislador y por ello a las mayorías contingentes de las que es expresión.”*⁹

En las Constituciones contemporáneas concebidas como abiertas, se recogen como valores superiores¹⁰ a los propios derechos fundamentales, entonces éstos al ser superiores a cualquier poder político, también vinculan al legislador; pues la apertura constitucional es más evidente en aquellos casos en que se crea una Constitución o se le interpreta, por lo que Miguel Carbonell, al respecto sostiene que *"no se debe poner al legislador al servicio del intérprete último, de tal manera que sustituya la necesidad de reformar la Constitución"*.¹¹

Con base en lo anterior, es que la Constitución impone límites al legislador y lo vinculan respecto de las leyes que aprueba, como explica Riccardo Guastini pueden haber límites formales cuando el órgano legislativo no puede legislar si no lo hace de conformidad al procedimiento establecido por la Constitución y límites materiales en donde al legislador le está prohibido aprobar leyes con un cierto contenido, por lo que se le vincula respecto del contenido de las leyes futuras.¹²

Explica Guastini que el *"contenido"* de la ley consta de un *"supuesto de hecho"* y de una *"consecuencia jurídica"*, que a su vez conforman el objeto de regulación (la materia) y la consecuencia jurídica (el como la materia está regulada). De este modo, la Constitución puede limitar la materia y las consecuencias jurídicas de leyes futuras, y respecto de estas últimas, hay dos formas en que un determinado objeto puede ser regulado, esto es en forma *"directa"* por ejemplo, mediante órdenes y prohibiciones y en forma *"indirecta"* en virtud de dos tipos de normas, con las cuales la Constitución regula ciertos supuestos de hecho (conferir derechos subjetivos) y establece su propia superioridad jerárquica respecto a la ley (procedimiento especial); y que en

⁹ *Ibidem*, p. 71.

¹⁰ En la doctrina tradicional los valores constitucionales estaban implícitamente incorporados en las decisiones políticas fundamentales, pero hoy las Constituciones han preferido ser más explícitas en sus preámbulos, como lo son la Constitución de Weimar de 1919, de Italia de 1947, la Declaración de 1789 entre otras.

¹¹ Fix- Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *ob. cit.*, nota 1, p. 34.

¹² Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2007, pp. 41, 42 y 43.

consecuencia, se puede afirmar que al conferirse derechos de fuente nacional e internacional a los ciudadanos y al afirmar su superioridad, la Constitución prohíbe a las leyes suprimir o restringir tales derechos.

En ese tenor, Guastini nos ilustra con su pensamiento, al sostener que *"cuando se viola una prohibición o mandato constitucional, estamos frente a una invalidez por razones sustanciales"*¹³ en virtud que en el primero, no existe una correspondencia entre el supuesto de hecho con la consecuencia jurídica que le está prohibida disponer al legislador, a diferencia del mandato positivo que está dirigido por la Constitución al legislador, tenemos que *"la invalidez reside concretamente en que el legislador se abstiene de hacer una ley que la Constitución exigiría; lo cual no significa que exista una ley que viole la Constitución, como sucede con la prohibición, sino más bien la falta de una ley requerida por la Constitución; y en ese orden, sino existe una ley, no hay algo que pueda ser sometido al Tribunal Constitucional para declararlo inválido"*.¹⁴

Cuando se tiene una Constitución abierta al derecho internacional sede de los derechos humanos, se crea una serie de obligaciones para los Estados parte, en otras palabras se generan relaciones jurídicas internacionales, al firmar un instrumento internacional que contenga derechos humanos, y por otro lado, se crea una relación jurídica –interna– entre el *"Estado y el individuo"*,¹⁵ en la cual, el sujeto activo es el titular de los derechos protegidos, es decir, *"todo miembro de la especie humana"*¹⁶, por el otro lado, el sujeto pasivo es el Estado, quien *"asegura la eficacia práctica de los derechos humanos con todos los medios a su alcance estableciendo instituciones y procedimientos normativos y jurisdiccionales que*

¹³ Ídem.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos, Parte General*, México, SCJN, 2013, pp. 80.

¹⁶ *Ibidem*, p. 80.

*permitan superar las amenazas, perturbaciones o privaciones al ejercicio de tales derechos".*¹⁷

De esta manera, la noción de derechos humanos guarda una relación que genera obligaciones para todas las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno o de la modalidad administrativa bajo la que estén obligadas. La Constitución Federal ha incorporado esas obligaciones en el párrafo tercero del artículo 1º, que a la letra dispone:

"Todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad."

Al respecto Sandra Serano señala cuales son los objetivos, las conductas y el cumplimiento de dichas obligaciones, en las que "respetar" requieren de una conducta "negativa", "proteger" mayormente positiva, mientras que "garantizar" y "promover" requieren de una conducta evidentemente positiva. Así mismo define que *"la obligación de respetar implica no interferir con o poner en peligro los derechos, se trata de una obligación tendiente a mantener el goce del derecho y su cumplimiento es inmediatamente exigible cualquiera que sea la naturaleza del derecho. Es decir que ninguno de los órganos del Estado debe violentar los derechos humanos, ni por sus acciones ni por sus omisiones"*.¹⁸

Respecto a la obligación de proteger es una conducta positiva del Estado, el cual debe *"desplegar múltiples acciones"* con el fin de crear mecanismos efectivos para el cumplimiento de los derechos humanos. La obligación de garantizar el Estado debe *"organizar todo el aparato gubernamental, en general, todas las*

¹⁷ Nogueira Alcalá, Humberto, Teoría y dogmática de los derechos fundamentales, México, UNAM/IIJ, 2003, serie Doctrina Jurídica, núm. 156, p. 140. Cit. por Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., nota 15, p. 81.

¹⁸ Ferrer Mac- Gregor Eduardo, *et. al., Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, México, SCJN, IIJ-UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, 2013, t.I, 104-113.

estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio de poder público." La obligación de promover *"tiene dos objetivos principales, por una parte que las personas conozcan sus derechos y mecanismos de defensa y, por otra, avanzar en la satisfacción del derecho, esto es, ampliar la base de su realización."*¹⁹ De este modo, promover implica adoptar medidas para impulsar su observancia y respeto entre las que destacan las encaminadas a que todos los agentes estatales estén conscientes de las obligaciones que los derechos humanos les genera, así como a que las personas conozcan y comprendan cuáles son sus derechos.

Con ese fin, las autoridades pueden, por ejemplo, adoptar las medidas señaladas en la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos. Al respecto el artículo 14, de dicho ordenamiento, dispone que *"incumbe al Estado la responsabilidad de dotar medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole apropiadas para promover en todas las personas sometidas a su jurisdicción la comprensión de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales"*.²⁰

Con base en lo anterior, es que surgen obligaciones de naturaleza –nacional e internacional–, entre las primeras, están las de promover, respetar, proteger y garantizar, las cuales más allá de guardar una "superioridad" entre ellas o suponer una prioridad, son complementarias, es decir que al respetarse se mantiene el goce del derecho y de su cumplimiento, así también, se garantizan porque el Estado organiza todo el aparato gubernamental y adopta medidas para hacer efectivos los derechos humanos, en esta armonía, los protege al desplegar múltiples acciones, entre ellas, promover los derechos humanos, para avanzar en la satisfacción de los mismos. Así se termina un ciclo y comienza otro, porque al promoverse el Estado adopta medidas para impulsar su observancia y respeto.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 107- 119.

²⁰ Consulta en línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/40/pr/pr38.pdf> (09/08/2014).

Con base en lo anterior, es que las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar constituyen una sola obligación para el Estado Mexicano en el ámbito internacional, de acuerdo con el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece la obligación de respetar los derechos:

"Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

Para que un Estado parte esté en condiciones de asumir las obligaciones internacionales, Miguel Carbonell señala que *"se debe realizar un diagnóstico respecto de los derechos regulados por los tratados internacionales, a fin de determinar con la mayor precisión posible en qué punto se encuentra el país al momento de firmar el tratado (este diagnóstico será el que suministre una herramienta de medición para saber si en el futuro el Estado avanza en la tutela efectiva de los derechos, si se mantiene igual o retrocede)".*²¹

En ese tenor es que varios países han adoptado el "control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales" con el cual se permite armonizar el sistema jurídico interno respecto al internacional. Por mencionar un ejemplo, en los artículos 95 y 96 de la Constitución española de 1978, establecen que la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. Así será el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción. En ese tenor los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.

²¹ González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (Coords.), *op. cit.*, nota 2, p. 69.

En el Estado Mexicano, no se ha hecho mención a nivel constitucional sobre la existencia de un control previo para los tratados internacionales, sólo se ha construido doctrina jurisprudencial para la protección y defensa de los derechos humanos de fuente internacional a través de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en oposición a criterios rigoristas del artículo 133 constitucional.

Lo cierto es que los Estados parte tienen la estricta obligación de respetar los principios contenidos en la Convención de Viena como es el "*Pacta sunt servanda*" que se refiere a que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, lo anterior contrarresta aquella situación en la que los Estados, de mala fe, invoquen las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.²²

Es por lo anterior que en el Estado Mexicano "todas las autoridades" en el ámbito de sus competencias están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de fuente nacional como internacional, y así también, con base en los artículos 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, si no estuvieren garantizados esos derechos y libertades:

(...) "los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."

En ese tenor, La Corte Interamericana ha expresado en el párrafo 26 de la Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993:

²² Numerales 26 y 27, en la Observancia de los tratados de la Convención de Viena.

"Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. Este último caso, puede hacerlo, por ejemplo omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos".

Es así que un Estado parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, pues para efectos de protección y defensa de los derechos humanos, aquello resulta indiferente.

En la historia del derecho internacional público, hubo un proyecto que fue considerado en la Conferencia de Codificación de la Haya (1930), en el cual *"todos los Estado participantes aceptaron el principio de que un Estado incurre en responsabilidad internacional como resultado, bien de la promulgación de una legislación incompatible con sus obligaciones internacionales, o bien de la falta de legislación necesaria para el cumplimiento de dichas obligaciones"*.²³

Entonces la responsabilidad del Estado-legislador puede ser consecuencia de la acción o de la abstención del órgano legislativo, o bien en otras palabras, Rey Cantor explica que *"hay responsabilidad por acción y por omisión, la primera, se refiere a la promulgación de una ley contraria a las obligaciones internacionales del Estado y, el segundo, se refiere a los supuestos en que el órgano no derogue una ley contraria a las obligaciones internacionales, no dicte las leyes necesarias*

²³ Rey Cantor, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, p. LV.

*para el cumplimiento de dichas obligaciones y no instaure las instituciones necesarias para los mismos fines".*²⁴

En virtud de lo anterior es que nace un hecho, que puede originarse por una acción o por una omisión del legislador, y que internacionalmente resulta ilícito, así mismo, genera consecuencias jurídicas que se traducen en el incumplimiento de las obligaciones tanto nacionales como internacionales, porque con ese hecho se impide que los derechos humanos internos de fuente internacional puedan ser optimizados en la legislación y, en consecuencia, no se puedan invocar ante los tribunales del Estado Mexicano.

II. La función del Tribunal Constitucional.

Uno de los efectos jurídicos que produjo la reforma del 10 de junio de 2011 fue la forma como deben interpretarse los derechos humanos de fuente nacional e internacional. Al respecto, el señor Ministro en Retiro, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, nos ilustra al señalar que:

*"El derecho es un arte y si ha de haber algún artista en su realización, ese artista tiene que ser necesariamente el intérprete".*²⁵

En consecuencia la interpretación es el arte de la armonización normativa, que permite desentrañar y determinar el alcance de las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico mexicano. He aquí la importancia del lugar que ocupa la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el último y auténtico intérprete de la Constitución Federal.

Ahora bien, con la reforma en derechos humanos surgieron cambios profundos en relación con el control de convencionalidad y, en consecuencia, la

²⁴ Ídem.

²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Toga y la Palabra*, México, SCJN, 1997, p. 79.

formación de un nuevo parámetro de regularidad constitucional. Al respecto, se puede señalar que el 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia condenatoria al Estado Mexicano en el caso de Rosendo Radilla, dicho asunto fue planteado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su presidente, el señor Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, quien con apoyo en el artículo 14, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, originó una `opinión consultiva`²⁶o bien, se formuló una solicitud al Pleno el 26 de mayo de 2010, con la finalidad de determinar el trámite que debía corresponder a la sentencia. Así la opinión consultiva fue resuelta en definitiva el 14 de julio de 2011, del expediente varios 912/2011, que tuvo como antecedente al expediente 489/2010.

Con base en el expediente varios 912/2011, por primera vez se habla de un control difuso de convencionalidad *ex officio*, que se inscribía dentro del modelo de *control difuso de constitucionalidad*.²⁷ En efecto, se establecen nuevas reglas para llevar a cabo una *interpretación conforme*, basada en un nuevo modelo de control de regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por primera vez, conceptualiza y aplica el control de regularidad el 7 de febrero de 2012, en la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007,²⁸ confirmando que el Expediente Varios 912/2010 implementó –un parámetro de control de regularidad constitucional–, definido como "*un conjunto de normas a partir del cual se determina la regularidad o la validez de las normas que integran al ordenamiento jurídico mexicano. Adicionalmente, este parámetro constituye un catálogo normativo que permite a los juzgadores determinar cuál de ellas resulta más favorable para las personas, a*

²⁶ Al no estar precisada la naturaleza de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso *Rosendo Radilla contra los Estados Unidos Mexicanos*, el ilustre jurista Héctor Fix Zamudio lo conceptualizo como una >>opinión consultiva<<. Véase en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, diego (Coords.) *El Constitucionalismo Contemporáneo, Homenaje a Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2013. pp. 205-212

²⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto Nacional de las Mujeres y ONU Mujeres México, Curso en línea "Reforma en Derechos Humanos y Nuevo Control de Constitucionalidad". <http://puntogenero.inmujeres.gob.mx>. (27/09/2014).

²⁸ Interpuesta por la Procuraduría General de la República (PGR) en contra de la Ley de Prevención de Adicciones y el Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco del Estado de Yucatán.

fin de ser tomado en cuenta para la circunstancia particular a la que se enfrenten".²⁹

Agrega la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a falta de coincidencia, entre los estándares (nacional o internacional) debe estarse al que mayor proteja a la persona, a fin de dar cumplimiento al objetivo constitucional contenido en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional." ³⁰Para resolver la disyuntiva, el "tribunal aplicó el estándar que resultaba en un mayor beneficio a la persona (*pro persona*) y concluyó que dicho estándar era el internacional". ³¹

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 3 de septiembre de 2013, resolvió la Contradicción de Tesis 293/2011, la cual "*consolida la existencia de un parámetro de control de regularidad constitucional, estableciendo que los derechos humanos en su conjunto (de fuente nacional e internacional) no se relacionan en términos de jerarquía para determinar su lugar, sino por el contrario, todos constituyen un parámetro de control de regularidad constitucional*". ³²

En ese orden de ideas, resulta fundamental la postura que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de sus decisiones en el expediente "varios 912/2010", la "Acción de Inconstitucionalidad 155/2007" y la "Contradicción de tesis 239/2011" porque son justamente esos parámetros o puntos de partida con los cuales los jueces constitucionales –en cuanto a operadores– tienen la obligación de dar aplicación y eficacia a los derechos humanos y, con sus sentencias, aplicar el control de convencionalidad difuso ante la omisión legislativa, por ejemplo, Ernesto Rey Cantor explica que:

²⁹Acción de inconstitucionalidad 155/2007, p. 23.

³⁰ Acción de inconstitucionalidad 155/2007, p. 34.

³¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Curso...*, *op. cit.*, nota 27.

³² Ídem.

*"(...) Si acaso las medidas legislativas no se adoptan ¿para qué están los tribunales judiciales? Para adoptar 'medidas de otro carácter', que son las sentencias".*³³

Con base en lo anterior, se entiende que las –sentencias– de los órganos jurisdiccionales son medidas de otro carácter, porque pueden través del Control de Convencionalidad difuso aplicar la Convención Americana, para que sea realmente cumplida.

En ese tenor, para solucionar la obligación internacional de garantía (artículo 1.1.),³⁴ las sentencias nacionales que emitan los órganos jurisdiccionales como resultado del Control de Convencionalidad difuso ante la omisión legislativa serían medidas de otro carácter que conminen al legislador a respetar y garantizar los derechos y libertades de toda persona.

En ese tenor, es que el órgano legislativo y el órgano jurisdiccional deben coordinar el ejercicio de sus funciones para arribar a la cima de lo más apreciado por una sociedad, y es el "tener buena ley que nos proteja hasta de los malos jueces".³⁵ Porque como señala nuestro ilustre jurista mexicano Guillermo I. Ortiz Mayagoitia:

"(...) lo cierto es que tenemos necesidad de buenas leyes y de buenos jueces (...)".³⁶

Al respecto, cabe señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emprendido actividades de formación para los operadores de justicia –federales y

³³ Bidart Campos, *Constitución y derechos humanos. Su reciprocidad simétrica*, Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 80. Cit. por Rey Cantor, Ernesto, *op. cit.*, nota 23, p. 6.

³⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

³⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Toga...*, *op. cit.*, nota 25, p. 82.

³⁶ Ídem.

locales-, en las cuales, durante el 2012 se desarrollaron 42 actividades de formación, con una asistencia aproximada de 8,500 personas, en el 2013 de 29 actividades, aproximadamente 6,768 personas, entre ellas Magistradas y Magistrados de Circuito y Juezas y Jueces de Distrito, así como Juzgadoras y Juzgadores locales. También, se han creado diversos "Protocolos de actuación" como herramientas auxiliares para quienes imparten justicia, en casos: que afecten a niñas, niños y adolescentes (febrero de 2012), involucren personas, comunidades y pueblos indígenas (abril de 2013), con perspectiva de género (agosto de 2013), personas migrantes y sujetas de protección internacional (septiembre de 2013), personas con discapacidad (diciembre de 2013). En febrero de 2012 la Suprema Corte de Justicia de la Nación firmó un convenio de colaboración con la Corte Interamericana de Derechos Humanos para sistematizar la jurisprudencia de la misma a partir del desarrollo, instrumentación y seguimiento en una base de datos y su publicación en internet, por lo que se creó el Buscador Jurídico Avanzado en materia de Derechos Humanos.³⁷

Así, la trascendental reforma en materia de derechos humanos de 2011, reviste capital importancia, toda vez que, con la misma, se permitió que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se transformara en un auténtico Tribunal Constitucional, o bien como lo expresa el joven jurista Eduardo Ferrer Mac-Gregor "*en un verdadero <<legislador positivo>> en consonancia con la tendencia evolutiva de los Tribunales Constitucionales*".³⁸

También explica Ferrer Mac-Gregor la importancia de los efectos de las sentencias del Máximo Tribunal y, muy especialmente, en los casos que se permite visualizar su función activa y creadora del Derecho. Verbigracia de ello, lo fue el voto concurrente formulado por la señora Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas y los señores Ministros Guillermo I. Ortiz Mayagoitia,

³⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et. al.*, (Coords.) *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, 2013, t.I. pp. XXIX-XXXII.

³⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, IJ-UNAM, Marcial Pons, 2014, pp. 554.

José Ramón Cossío Díaz y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en la controversia constitucional 25/2008, en la cual se advierte una omisión legislativa, que muestra el nivel de reflexión de nuestro más Alto Tribunal:

"(...) Todo Tribunal Constitucional tiene una función creadora del Derecho que actúa en el nivel constitucional (...) mediante lineamientos que deberán observarse por los operadores jurídicos en ausencia de legislación que subsane la omisión inconstitucional (...) sin que ello implique sustituirse en la función legislativa, pues se trata de una medida transitoria que, con el fin de dar plena eficacia a una sentencia estimatoria, colma una laguna mediante la aplicación de una alternativa válida, sujeta a que el legislador actué en pleno uso de su potestad, con el único límite del texto constitucional.

Lo anterior no supone una invasión a la esfera del legislador local porque el Tribunal Constitucional no opera en el orden federal sino en el orden constitucional, total o nacional, lo que lo faculta para actuar (...) en el ámbito que corresponda, para asegurar la eficacia plena de sus fallos".³⁹

Sin abundar en el tema y a manera de conclusión, se puede decir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tomado el liderazgo en esta auténtica proeza de armonización del sistema jurídico mexicano con el internacional y así, con la finalidad de cumplir con las obligaciones internacionales de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, se propone que nuestro Tribunal Constitucional tenga en el ámbito de sus competencias y procesos constitucionales al control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales y al control de las omisiones inconstitucionales, este último reviste capital importancia y es justamente el tema a desarrollar en el presente trabajo de investigación.

³⁹ Ídem.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTUALIZACIÓN DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

El estudio de la omisión legislativa inconstitucional guarda una estrecha relación con la justicia constitucional y, en particular, en nuestro país previo a la reforma en materia de derechos humanos de 2011 ya era un tema estudiado por la academia aunque no con el impulso de ahora y, es que dicha reforma permite comprender lo profundo que es el respeto a los derechos humanos.

En esa lógica, el jurista español José Julio Fernández Rodríguez destaca que respecto al instituto de la inconstitucionalidad por omisión: *"desde mediados de los años noventa del pasado siglo, la doctrina le ha prestado una atención desconocida hasta ese momento"*,⁴⁰ el cual por fortuna se ha disminuido con las aportaciones de varios juristas⁴¹ que desde comienzos del siglo XXI han contribuido en la consolidación de un medio de control constitucional relativo a las omisiones en que incurren el legislador.⁴²

Ejemplo de esa labor es la invitación del jurista peruano Gerardo Eto Cruz: *"todo tiene su tiempo y todo tiene su hora (...) creemos que ya ha pasado el tiempo de disentir en torno a los aspectos estrictamente teóricos en torno al*

⁴⁰ Miguel Carbonell, *En busca de las normas ausentes, ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 1.

⁴¹ Existen connotados y connotadas juristas que han sido parte fundamental en el estudio y análisis de la acción por omisión legislativa inconstitucional: José Julio Fernández Rodríguez, Ignacio Villaverde, Víctor Bazán, Javier Tajadura Tejada, César Astudillo, Carlos Báez Silva, Francisco Ibarra Palafox, León Javier Martínez Sánchez, Néstor Pedro Sagüés, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Laura Rangel Hernández, Gerardo Eto Cruz, Israel Santos Flores, Silvia Patiño Cruz, Víctor Orozco Solano, Elizabeth Cruz Reyna, Edgar Alberto Juárez Juárez, Raúl Montoya Zamora, Andrés Morales Velásquez, Mónica Liliana Ibagón por mencionar algunos.

⁴² Ignacio Villaverde menciona que *"la ciencia europea ha ido asumiendo esta categoría de forma callada y paulatina, hasta el punto que este siglo XXI no se debate tanto sobre su existencia y oportunidad, como sobre los mecanismos adecuados para el control eficaz de ese silencio por parte de los órganos de justicia constitucional"* en Miguel Carbonell *op. cit.*, nota 40, p. 52.

*manifiesto problema de la violación silenciosa: las omisiones del legislador frente a los mandatos de la constitución”.*⁴³

Ante ello, la doctrina ha sido un referente de su evolución conceptual, es decir que para varios juristas estamos frente a la “acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa”, sin embargo, la voz “acción”, en efecto hace pensar propiamente en el medio procesal, por ejemplo en México existe la “acción de inconstitucionalidad” como medio de control constitucional de normas generales, del cual cabe destacar no figura la omisión del legislador. En ese sentido, el propósito de esta investigación será distinguir, en lo posible, la omisión legislativa inconstitucional de su medio de control constitucional.

Con esa precisión, en forma cualitativa y deductiva, primero, se abordará lo que conceptualmente se entiende por omisión legislativa inconstitucional, José Julio Fernández Rodríguez ha sugerido que: “(...) *la configuración negativa de un concepto, esto es, fijar en que se diferencia de otros de posibles rasgos similares, es exigencia del raciocinio humano, máxime cuando tal concepto entra en el dominio de lo abstracto, incluso de lo arcano.*”⁴⁴

En tal sentido, con el propósito de paliar ese misterio, como punto de partida lo más simple es consultar el diccionario: “*Omisión es aquella abstención*⁴⁵ *de hacer o decir algo, falta en la que se incurre por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente, descuido*⁴⁶ *del que está encargado de un asunto*”.⁴⁷ La definición precedente requiere ciertas precisiones.

Por lo que respecta al tema que nos ocupa, ¿Quién se abstiene? el legislador, ¿De qué? de legislar, ¿Por qué? primero, por haber dejado de hacer

⁴³ Gerardo, Eto Cruz, *Constitución y procesos constitucionales*, Perú, Adrus D&L, Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico Constitucionales, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Sección Peruana, 2013, t.II, p.165.

⁴⁴ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p.23.

⁴⁵ Proviene del verbo en “abstener” que en latin “*abstinēre*” que significa: contener o refrenar, apartar, privarse de algo, no participar en algo a que se tiene derecho. Consulta en línea: <http://www.rae.es/> (19/02/2015).

⁴⁶ Proviene del verbo “descuidar” que en latin “*des- y cuidar*” que significa: no cuidar de alguien o de algo o no atenderlo con la diligencia debida, descargar a alguien del cuidado u obligación que debía tener, distraer la atención de alguien para pillarle desprevenido. Consulta en línea: <http://www.rae.es/> (19/02/2015).

⁴⁷ Consulta en línea: <http://www.rae.es/> (19/02/2015). El pie de página 46 fue agregado por la autora.

algo necesario o conveniente, es decir que el legislador ya había iniciado con su labor de legislar respecto de alguna materia y luego la suspende; segundo, el diccionario se refiere a un descuido ¿Atribuido a quién? al legislador, ¿Por qué? por no haber legislado adecuadamente; en consecuencia, ¿Debería existir una sanción al legislador? en principio sí, porque en ambos casos se deja en un estado de ineficacia a las normas constitucionales, pues como señala Stahler:⁴⁸ se pasa de un "no hacer nada" a un "no hacer algo"; en ese sentido, a partir de estas interrogantes se abundará el tema de la "omisión legislativa".

Ahora bien, hay que indicar que en el proceso legislativo se requiere de la intervención del legislador, pero también del ejecutivo, por lo que conviene distinguir, por un lado, que las: "*omisiones de actos administrativos*",⁴⁹ son aquellas que van dirigidas exclusivamente a las funciones propias de la rama ejecutiva, las que incluso pueden ser atribuidas a los titulares de la Administración Pública, mientras que por el otro, el incumplimiento derivado del ejecutivo en alguna de las etapas del proceso legislativo, puede dar lugar a una omisión legislativa inconstitucional, pues lo que hay que preguntarse no es el ¿Por qué una norma no se ejecuta?, sino más bien ¿Por qué no existe? y ¿Qué imposibilita su existencia y eficacia?.

De manera que sólo será ante un órgano jurisdiccional que se determine ¿Quiénes son los órganos obligados en expedir la norma? y las razones por las cuales se determine que existe un incumplimiento constitucional, pues no basta la existencia de una "omisión" para imputarse inconstitucional, Fernández Rodríguez refiere que estaremos ante la presencia de una: "*omisión legislativa simple [la cual] se configura porque existe una ausencia de desarrollo legislativo de un precepto constitucional que todavía no presenta los rasgos para imputarse inconstitucional*".⁵⁰

⁴⁸ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 20.

⁴⁹ Gerardo, Eto Cruz, *Constitución y procesos constitucionales, Perú, Adrus D&L, Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico Constitucionales, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Sección Peruana*, 2013, t.I, pp. 308-314.

⁵⁰ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 23.

Por otro lado, es preciso distinguir entre una "omisión legislativa" y "derecho subjetivo a la normación", un concepto novedoso estudiado por la doctrina jurídica que trata de: *"un reconocimiento al individuo que ve su esfera jurídica menoscabada fruto del silencio del legislador"*.⁵¹

De existir tal agravio, como todo derecho se podría ejercer a través de algún medio de defensa que conozca el órgano jurisdiccional constitucional, de manera que lo que debe observarse es que lo estudiado por ese órgano es un actuar del legislador, traducido en un hacer, Silvia Patiño y Víctor Orozco señalan que: *"deberá reconocerse un derecho a exigir una actuación positiva de los poderes públicos con potestad normativa, motivo por el cual, frente al derecho subjetivo existirá la obligación correlativa de dichos poderes de crear la norma. De no cumplirse con esa obligación de normar, se tendrá como consecuencia jurídica aquella que el órgano encargado del control de constitucionalidad decida ordenar al poder público omiso."*⁵²

Lo anterior parece poco probable que suceda⁵³ ya que el "derecho subjetivo a la normación" está restringido, refiere una parte de la doctrina, por el principio de separación de poderes, ya que el órgano jurisdiccional al velar por que se garantice el derecho en cuestión tendría que sustituirse en el legislador, aunque otra minoría de la doctrina prefieren que el órgano jurisdiccional puede ser menos impositivo y así no infringir el referido principio: *"[para unos] ... el juez solamente debe indicarle al legislador acerca de su omisión, mientras que otros consideran que al existir un derecho particular de por medio, el juez debe indicar al órgano omiso el contenido concreto que debe tener la ley que debe promulgar"*.⁵⁴

⁵¹ También conocido como "derecho a la legislación" o "derecho a la norma". Véase Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 41 p. 70.

⁵² Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano, *La inconstitucionalidad por omisión*, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 114 y 115.

⁵³ Al respecto Ignacio Villaverde considera que ese derecho a la norma: *"no supone ninguna efectiva imposición al legislador de un deber real de legislar" (...)* no se está imponiendo ningún deber efectivo de crear normas ya que no hay manera coercitiva alguna de imponer ese deber, a menos que quebramos la inviolabilidad del legislativo y su autonomía política. "En Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p.70.

⁵⁴ Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano, *op. cit.*, nota 52, pp. 114.

Más adelante se abundara en aquellas posturas que defienden la idea de que la institución de la "omisión legislativa" debe ser analizada a partir de un hacer del legislador, pues lo que interesa es el producto normativo del legislador, es decir el contenido mismo de la norma, no obstante ello, se deja de lado que a todo derecho corresponde una obligación, por lo tanto no estamos en presencia de una "omisión legislativa" porque ese derecho le pertenece al ciudadano y no a la autoridad, además si la norma constitucional ordena legislar, ello deberá constituir un deber y también una obligación del legislador frente al ordenamiento jurídico como representante de la soberanía acatar lo dispuesto en la Constitución.

De manera que en el "derecho a la normación" no se ocupa de aquellas omisiones que la doctrina ha denominado como "absolutas", porque en estas lo que se discute es precisamente la inexistencia de una norma que imposibilita la eficacia plena del texto constitucional, en consecuencia cabe reflexionar que una norma constitucional va desplegar todos sus efectos jurídicos en la medida en que es eficaz, es decir que: *"la norma es aplicable en la medida en que es eficaz, [esto es que] si la norma no dispone de todos los requisitos para su aplicación a casos concretos, le falta eficacia, no dispone de aplicabilidad"*.⁵⁵

Un estudio profundo sobre la eficacia de la norma constitucional es el que realiza José Alfonso Da Silva, quien señala que: *"hay autores que básicamente se apoyan en dos grupos: a) normas constitucionales de eficacia plena, que serían aquellas de inmediata aplicación; b) normas constitucionales de eficacia limitada, distinguiéndose de esta incluso, en: 1) normas de legislación, y 2) normas programáticas"*,⁵⁶ sin embargo para él las normas constitucionales en cuanto su eficacia y aplicabilidad se dividen en tres grupos: *"I. Normas constitucionales de eficacia plena, II. Normas constitucionales de eficacia contenida y III. Normas constitucionales de eficacia limitada o reducida"*.⁵⁷

⁵⁵ José Alfonso Da Silva, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 47.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 67.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 68.

Del primer grupo se desprende que existen aquellas normas constitucionales que son "completas o autoejecutables",⁵⁸ constituidas por una estructura completa que sirve de fundamento en los casos concretos, su eficacia depende de sí mismas y no de un desarrollo ulterior por parte del legislador, de ahí que también se les denomine como "normas constitucionales de eficacia directa"⁵⁹ o "normas constitucionales de aplicación inmediata",⁶⁰ en la doctrina norteamericana una norma constitucional es autoaplicativa cuando es completa, es decir que determina y realiza todo lo que expresa, por lo que: "*se puede saber, con precisión cuál es la conducta positiva o negativa a seguir, relativa al interés descrito en la norma, es posible afirmar que es completa y jurídicamente dotada de plena eficacia*".⁶¹

De manera que, las normas constitucionales de eficacia directa contienen un mandato cierto y definido, pues desde su entrada en vigor producen o tienen la posibilidad de producir todos sus efectos relativos a los intereses que el legislador constituyente quiso regular.

En el segundo grupo se encuentran las "normas constitucionales de eficacia contenida", José Alfonso Da Silva⁶² explica que son normas de aplicabilidad inmediata y directa porque el legislador Constituyente reguló suficientemente los intereses relativos a determinada materia, pero dejó margen de actuación, en este caso, al legislador ordinario para que les confiera eficacia plena y aplicabilidad concreta y positiva, por lo que estas normas dependen de los límites que posteriormente se le establezcan mediante la ley y que incluso pueden contener conceptos ético-jurídicos como valor social o político a preservar como es el caso de las "buenas costumbres" y el "orden público".

⁵⁸ Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano, *op. cit.*, nota 52, p 48.

⁵⁹ Laura Rangel Hernández, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa, teoría general y su control jurisdiccional en México*, México, Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, p. 13.

⁶⁰ Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano, *op. cit.*, nota 52, pp. 114.

⁶¹ José Alfonso Da Silva, *op. cit.*, nota 55, pp. 83 y 84.

⁶² *Ibidem*, pp. 87-101.

legislar;⁷¹ justificando que no está sometido al control constitucional, en otras palabras: *"la jurisdicción constitucional no enjuicia al legislador sino a la ley"*,⁷² es decir que el legislador como se entiende incluido en la norma, a la cual Villaverde denomina: "norma implícita",⁷³ lo que se someterá a control es ésta y no la voluntad o decisión del legislador.

De manera que si el permiso constitucional faculta a elegir cuándo legislar, no importa si decide o no legislar, pues en todo momento su conducta se sustenta en el referido permiso, consecuentemente, lo que podría resultar inconstitucional es éste y, evidentemente ello no daría lugar a una "omisión legislativa inconstitucional".

Por otro lado, si el legislador decidiera no usar dicho permiso y legislará, probablemente se configuraría "una omisión legislativa inconstitucional", aunque solamente "relativa", ya que ese producto normativo lo que podría generar no es un silencio sino un vacío, que en principio podría ser subsanado a través de algún método de interpretación normativa, el mismo autor refiere que: *"no existe realmente un control de constitucionalidad de las normas implícitas en omisiones absolutas, (...) Simplemente donde el legislador calla al juez ordinario le es obligado no deducir de ese silencio norma implícita alguna contraria a la Constitución"*.⁷⁴

Por lo anterior, otro aspecto a considerar es que la "omisión legislativa inconstitucional" y la "laguna jurídica" son conceptos distintos, del silencio del legislador no siempre se desprende un vacío jurídico que pueda ser colmado con

⁷¹ En otras palabras el autor señala que el legislador es el órgano constitucional con mayor grado de legitimidad democrática, no obstante sus actos se encuentran sometidos a la Constitución, quien lo crea y lo dota de plena legitimidad, habilitándolo justamente para tomar decisiones, con esa libertad de decidir para dejar de legislar y ese silencio no necesariamente es contrario a la constitución. En Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 50.

⁷² Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 54.

⁷³ Al respecto Ignacio Villaverde explica que la actividad del legislador está legitimada por la existencia de un control jurídico conformado tanto del principio de supremacía constitucional como del principio democrático, el cual sólo puede tener por objeto a los actos normativos, que pueden ser normas explícitas contenidas en formas jurídicas determinadas como la ley, cuanto implícitas derivadas de sus silencios, por lo que no tiene por qué existir una voluntad legislativa de no legislar, pues lo controlable son aquellas normas implícitas derivadas de su aquiescencia y que se manifiestan en los efectos jurídicos de su silencio y no de la voluntad legislativa de no legislar. En Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p.p. 55 y 56.

⁷⁴ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 63.

interpretación jurídica, sino simplemente hay una ausencia normativa, por lo que hay distintas formas en que el legislador omite y, si somos más precisos, incumple con un mandato constitucional, lo que la doctrina ha categorizado como "omisiones legislativas relativas" y "omisiones legislativas absolutas", dos formas distintas de verificar el incumplimiento de una obligación constitucional; la estrecha relación que existe entre una "omisión legislativa" y una "laguna jurídica" es la capacidad del intérprete de la norma para poder colmar un vacío jurídico, si estamos ante la presencia de una "omisión legislativa relativa" en todos los casos el parámetro normativo será el incumplimiento de una obligación constitucional traducido en una norma imperfecta, en otras palabras *"a todo vacío normativo corresponde una ley incompleta"*, pero no por lo que corresponde a las "omisiones legislativas absolutas" no siempre dan lugar a vacíos normativos sino al incumplimiento constitucional de expedir una norma, César Astudillo señala: *"para que exista una laguna debe existir una omisión del legislador y, a su vez, porque una omisión del legislador da lugar, si bien no en todos los casos, a una laguna normativa"*.⁷⁵

De manera que ante un caso en concreto, el órgano jurisdiccional al advertir una "laguna jurídica" tenga la posibilidad de integrar el derecho, es decir que: *"una laguna del derecho se advierte cuando el sistema jurídico presenta un vacío, que genera que un caso concreto no pueda ser resuelto sobre la base de normas preexistentes en él"*,⁷⁶ pero si lo que se advierte es una norma incompleta que vulnera y de la cual sólo el legislador debe modificar esa situación, estamos frente a una "omisión legislativa relativa" de la que invariablemente el órgano jurisdiccional ordena al legislador modificar el texto normativo, sin que ello implique sustituirse en él.

Cabe señalar las diferencias de Constantino Mortati entre una "laguna jurídica" y una "omisión legislativa": *"en primer lugar, difieren en que las omisiones son siempre producto del incumplimiento de una obligación constitucional y las*

⁷⁵ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 308.

⁷⁶ *idem.*

lagunas no se vinculan en todos los casos a la necesidad de dar cumplimiento de la norma constitucional; en segundo lugar, porque las omisiones representan actos de voluntad del legislador, y las lagunas, por el contrario, son producto de actos tanto voluntarios como involuntarios del legislador; en tercer lugar, porque la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una omisión puede generar una laguna en el ordenamiento, mientras que la sentencia que se pronuncia sobre una laguna regularmente actúa a favor del principio de plenitud del ordenamiento jurídico".⁷⁷

Del análisis de Mortati se observa que la "laguna jurídica" tiene una misión integradora del derecho para salvaguardar los principios de certeza, seguridad, continuidad y plenitud del ordenamiento jurídico, mientras que la "omisión legislativa" tiene como propósito el que prevalezca el principio de supremacía constitucional sea una omisión relativa o absoluta, en todos los casos son siempre producto de un incumplimiento, para Mortati el: "incumplimiento de una obligación constitucional", mientras que José Alfonso Da Silva se refiere al: "mandato de obligación"; asimismo Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano lo consideran: "mandato constitucional"⁷⁸ y José Julio Fernández Rodríguez lo denomina como: "encargo al legislador", y lo define como: "*norma constitucional de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ella contenida, resulta de obligatorio y concreto desarrollo para que cobre eficacia plena*".⁷⁹

En ese orden de ideas, tenemos que la doctrina distingue entre dos tipos de mandatos: "expreso o tácito",⁸⁰ el primero se refiere a la única posibilidad con que cuenta el legislador para determinar el precepto legal, es decir que su actuar debe dirigirse a cumplir con los lineamientos expresamente señalados por la Constitución, así es que dependiendo de la forma en que dichos lineamientos

⁷⁷ *Ibidem*, nota 40, pp. 309 y 310.

⁷⁸ Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano, *op. cit.*, nota 52, p.p. 53 y 54.

⁷⁹ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 18.

⁸⁰ Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano, *op. cit.*, nota 52, p.p. 72-80.

ordenen emitir la norma secundaria es que el "mandato constitucional expreso" puede ser "directo o indirecto".⁸¹

En el caso del "mandato constitucional expreso directo" la "norma constitucional indudablemente establecería de forma directa la obligación al legislador de emitir una norma jurídica determinada",⁸² por ejemplo cuando la norma constitucional señale que el "Congreso de la Unión expedirá las leyes necesarias...", la norma es directa respecto de la autoridad que compete legislar.

Por otro lado, el "mandato constitucional expreso indirecto" no se refiere a la autoridad competente sino que: "se trata de imposiciones al legislador para que desarrolle o instrumente los preceptos constitucionales que requieren de posterior ampliación, o concretización",⁸³ el cual se puede inferir del contexto con verbos como "establecerá", "determinará", "definirá",⁸⁴ por ejemplo cuando la norma señale que la "Ley determinará los casos...".

De lo anterior, se puede identificar que de acuerdo con la clasificación de José Alfonso Da Silva, el "mandato constitucional expreso" tiene como finalidad que las "normas constitucionales definidoras institutivo u organizativo" dejen de carecer de eficacia limitada o reducida, el "mandato constitucional expreso directo" apela a aquellas normas impositivas que obligan al legislador a expedir una ley, mientras que el "mandato constitucional expreso indirecto" a través de aquellas normas facultativas lo obligan a que instituya una situación concreta.

Ahora bien, cabe distinguir que "mandato constitucional expreso directo" se diferencia del "principio de reserva de ley", porque en éste último: "la norma constitucional establece una competencia exclusiva al legislador para desarrollar ciertas materias",⁸⁵ es decir que esa exclusividad descarta la posibilidad que

⁸¹ Laura Rangel Hernández, *op. cit.*, nota 59, pp. 42 y 43.

⁸² Ídem.

⁸³ Ídem.

⁸⁴ Laura Rangel Hernández, *op. cit.*, nota 59, p. 43.

⁸⁵ Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano, *op. cit.*, nota 52, p. 72.

cualquier otro poder público con potestad normativa intervenga en esas materias que están reservadas; en ese orden Laura Rangel explica que la diferencia entre estos es que: *"En el primer caso el constituyente impone la obligación al órgano legislativo de emitir normas de desarrollo, instrumentación o armonización constitucional, en tanto que en el segundo se atribuye competencia al órgano para la producción de normas jurídicas, de modo que concomitantemente e implícitamente se establece una prohibición para que dicho supuesto o derecho sea regulado por una disposición jurídica que no sea formal y materialmente una ley"*.⁸⁶

Por otra parte, muy distinto es cuando el mandato constitucional no se refiere directamente al legislador encargado de cumplir con un mandato de obligación, sino que se deduce del propio sistema constitucional, a ello la doctrina jurídica lo ha denominado como "mandato implícito" que consiste en: *"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 en el que se contiene, a través de una lectura e interpretación sistemática de la Constitución"*,⁸⁷ por lo que se refiere al legislador, pero en forma abstracta, por ejemplo cuando señala que: *"el Estado garantizará la calidad en la educación obligatoria de manera que los materiales y métodos educativos, la organización escolar, la infraestructura educativa y la idoneidad de los docentes y los directivos garanticen el máximo logro de aprendizaje de los educandos"*,⁸⁸ de manera que dicho precepto constitucional se dirige en forma directa al Estado, pero también en forma indirecta al legislador secundario, quien tiene el deber de generar la normativa que dote de contenido y eficacia al derecho humano a la educación.

En esta parte relativo al "mandato implícito" conviene referir a aquellas "normas definidoras de principio programático", este tipo de normas al surgir dentro de un contexto político que exige un compromiso por parte del Estado para

⁸⁶ Laura Rangel Hernández, *op. cit.*, nota 59, p. 55 y 56.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 59.

⁸⁸ En el artículo 3º, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

dirigir fines y programas de acción futura, constituyen un conjunto de principios o "elementos socioideológicos" que forman el llamado contenido social de las Constituciones contemporáneas, por lo que dichos principios políticos constitucionalmente conformadores de los órdenes económico y social: "(...) *son principios programáticos, pero sólo en el sentido de que definen las bases y tareas estatales y en cuanto ponen los objetivos y determinaciones del programa a ser cumplido por el Estado. Constituyen derecho inmediatamente vigente y son directamente aplicables*".⁸⁹

Derivado de lo anterior, explica José Alfonso Da Silva que surgen normas definidoras de derechos económicos y sociales que asumen el carácter de verdaderas imposiciones constitucionales de actividad legislativa, al establecer un deber para el legislador ordinario y condicionar la respectiva legislación futura con la consecuencia de ser inconstitucionales aquellas leyes o actos que las contraríen; por otro lado, existen posturas que señalan que: "*las cláusulas constitucionales o son normas o son programas, pero la utilización del término "norma programática" es a todas luces contradictorio e inoperante para fundamentar la figura de la inconstitucionalidad por omisión*".⁹⁰

Sin embargo, el estudio de las normas programáticas ha permitido profundizar sobre los alcances que tienen en la protección de los derechos económicos y sociales, al respecto Néstor Pedro Sagüés explica que: "*la existencia de normas constitucionales programáticas, bloqueadas a menudo por el legislador ordinario al no sancionar las leyes reglamentarias, ha dado motivo a la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, que también se aplica a otros supuestos de mora legisferante, por ejemplo, si el poder ejecutivo no emite el decreto reglamentario de una ley (...)*".⁹¹ también el autor se refiere a dos tipos de normas programáticas que guardan relación con el "ocio legislativo",⁹² las primeras son

⁸⁹ José Alfonso Da Silva, *op. cit.*, nota 55, p. 130.

⁹⁰ Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano, *op. cit.*, nota 52, 2011, p. 58.

⁹¹ Pedro Néstor Sagüés, *Teoría de la Constitución*, 1ª reimpresión, Argentina, Ciudad de Buenos Aires, 2004, p. 264.

⁹² *Ibidem*, p. 265.

"normas constitucionales programáticas de cumplimiento discrecional", donde: "*el constituyente deja a criterio absolutamente opcional del poder legislativo efectivizarlas o no, mediante la sanción de la ley reglamentaria*",⁹³ mientras las segundas son: "normas constitucionales programáticas de cumplimiento obligatorio", en la que: "*el constituyente no deja al legislador opción alguna, ya que explícitamente le asigna una tarea concreta, aunque para realizar esa obligación constitucional, dicho legislador pueda arbitrar distintas alternativas específicas de ejecución*".⁹⁴

Aunque se deje opción al legislador para efectivizar las "normas constitucionales programáticas" debe quedar claro que no son meras aspiraciones sino normas de eficacia limitada que deben cumplirse por disposición constitucional, aquí conviene reflexionar si para respetar ese tipo de normas el mandato constitucional implícito deba cambiar a expreso tratándose de aquellas normas que no se expiden en el plazo razonable o simplemente no se expiden, contar con una adecuada estructuración de la norma constitucional ayuda a paliar el incumplimiento de aquellas "normas constitucionales de eficacia limitada" en las que se incluye precisamente a las normas programáticas, es decir que a través de las "normas de tránsito" que sirven para definir ese paso normativo de la anterior normativa a la vigente: "*el paso armónico de una cierta normatividad que dejará de estar vigente, para ceder su sitio a una nueva que apenas comenzará a regir en un determinado contexto*",⁹⁵ el constituyente debe determinar el plazo en que los ordenamientos secundarios deban cumplir con el texto constitucional, de manera que evite configurar una "omisión legislativa inconstitucional absoluta".

Por lo anterior, no cabe duda que el estudio del "mandato constitucional" en sus diversas formas permite penetrar como anticuerpo frente a los invasores del orden constitucional, la doctrina ha tomado dos posturas, pues para unos no existe "encargo al legislador", mientras que para otros es precisamente el punto de

⁹³ *Ibíd.*, p. 268.

⁹⁴ *Ibíd.*, pp. 268-270.

⁹⁵ Laura Rangel Hernández, *op. cit.*, nota 59, p. 48.

partida del estudio de la "omisión legislativa inconstitucional", dichas corrientes son: *"la jurisdicción constitucional" y el "obligacionismo"*.⁹⁶

En principio, se observa que el "obligacionismo" comprende a la "omisión legislativa inconstitucional absoluta" y "omisión legislativa inconstitucional relativa", ya que el "mandato constitucional" se refiere a la expedición y adecuación de las normas; mientras que la "jurisdicción constitucional" sólo se refiere a la "omisión legislativa inconstitucional relativa" es decir a la adecuación normativa.

En relación con la "jurisdicción constitucional" para Ignacio Villaverde no es necesario un "mandato constitucional" para determinar la inconstitucionalidad de la omisión: *"(...) no considero necesario comprobar que existe un incumplimiento de una obligación constitucional contenida en un mandato constitucional para tener ese silencio por una omisión inconstitucional"*.⁹⁷

Sin embargo, la expresión "silencio" ¿a qué se refiere? Para dicho autor un silencio es: *"la causa de la existencia de una norma implícita que crea o mantiene situaciones jurídicas contrarias a la Constitución"*,⁹⁸ entonces en sede judicial, lo controlable no es la voluntad activa, sino la voluntad negativa del legislador, decide no legislar ese silencio es la causa de una "norma implícita", consecuentemente, como lo controlable es la norma implícita, lo que podría configurarse es una "acción legislativa inconstitucional" y no una "omisión legislativa inconstitucional".

De ello se desprende una serie de debates en relación con la similitud que guardaría las expresiones de: "acción legislativa inconstitucional" y "omisiones legislativas relativas inconstitucionales", ya que tratándose de éstas es posible encontrar normas incompletas que vulneran la esfera jurídica de individuos o grupos al discriminarlos, sin embargo para efectos de este estudio el silencio es precisamente que existe norma pero es incompleta o bien puede significar que el

⁹⁶ Elizabeth Cruz Reyna, *El Control Previo de Constitucionalidad: la Omisión Legislativa en México*, Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, México, número especial, octubre de 2012.

⁹⁷ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 59.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 58.

legislador no quiso decir nada, no quiso regular cierta materia, es decir que la completitud del derecho no siempre será colmado por la interpretación normativa, sino que habrá que ordenar al legislador que modifique lo que contraviene con el texto constitucional.

En otro orden de ideas, el jurista José Julio Fernández Rodríguez se ha destacado por el análisis minucioso que hace respecto de la expresión: *"inconstitucionalidad por omisión"*,⁹⁹ siendo el concepto más consolidado como el mismo jurista Gerardo Eto Cruz refiere: *"el trabajo más orgánico en torno al instituto"*,¹⁰⁰ de manera que define a "la inconstitucionalidad por omisión" como: *"la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación"*,¹⁰¹ en esta definición se desprenden varios elementos, entre ellos el "mandato constitucional", el cual por su relevancia se le ha dedicado una parte importante en este trabajo, con la finalidad de establecer que la "falta de desarrollo legislativo, total o parcial de una norma constitucional" da lugar a una violación constitucional, pues para dotar de eficacia plena a la norma constitucional se requiere la intervención del legislador para no colocarse en el supuesto de omisión legislativa inconstitucional.

Sin embargo, en la "jurisdicción constitucional" se afirma que: *"no se trata que el legislador cometa una infracción constitucional con su silencio o inactividad por el mero incumplimiento de una obligación o deber abstracto de legislar, puesto que tal obligación o deber abstracto no existen. La infracción se produce si la inactividad o silencio del legislador originan una situación jurídica concreta contraria a la constitución"*,¹⁰² precisamente la situación contraria es el incumplimiento del legislador determinado en un determinación jurisdiccional

⁹⁹ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 1-48.

¹⁰⁰ Gerardo Eto Cruz, *op. cit.*, nota 43, p.144.

¹⁰¹ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p.p. 13.

¹⁰² Carlos Báez Silva, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, p. 19.

Ahora bien, existe otro elemento "durante un tiempo excesivamente largo" al respecto como se menciona desconocer el plazo que tiene para cumplir con el mandato constitucional dificulta conocer en qué momento se puede combatir ante el órgano jurisdiccional, por ello es importante que siempre exista, determinado por el Constituyente o el órgano de control constitucional, no debe dejarse de mencionar que por ello es fundamental contar con una adecuada técnica legislativa que en parte tome en consideración los plazos en las normas transitorias.

Ahora bien, Laura Rangel Hernández refiere que la "inconstitucionalidad por omisión" es: "(...) *la violación constitucional que se presenta por falta de emisión total o parcial, de normas secundarias de desarrollo constitucional, que son necesarias para que las normas constitucionales sean eficaces; o bien de aquellas que se requieran para la adecuación de la legislación secundaria a nuevos contenidos constitucionales, cuya expedición es prevista por la propia norma fundamental y cuya omisión igualmente impide su eficacia plena,*"¹⁰³ para este estudio se requiere distinguir entre el instituto de la "omisión legislativa inconstitucional" y el medio de control constitucional de dicho instituto, por lo que la expresión de "inconstitucionalidad por omisión legislativa" se encuentra relacionada con el medio de control que se considera más adecuado "control constitucional de la omisión legislativa inconstitucional", a lo que se refiere Laura Rangel es al instituto, incluso en nuestro sistema jurídico resultaría confuso con la "acción de inconstitucionalidad", la teoría procesal diferiría en el sentido de que todas son "acciones", sin embargo, en este trabajo conviene hacer esa distinción y si hay "acciones de inconstitucionalidad" entonces aquí sería en todo caso "omisiones de inconstitucionalidad".

Ahora bien, también se desprenden dos tipos de omisiones, primero define a las "omisiones relativas" aunque hay que considerar si "*por falta de emisión total...*" se refiere a las "omisiones absolutas", asimismo en la parte que dice: "*...aquellas que se requieran para la adecuación de la legislación secundaria...*" se infiere que no hay normas de manera que define a las "omisiones absolutas".

¹⁰³ Laura Rangel Hernández, *op. cit.*, nota 59, p. 38.

En ese tenor, el estudio de la "omisión legislativa inconstitucional" ha evolucionado en países de Europa y Latinoamérica conviene analizar algunos de sus en común.

CAPÍTULO TERCERO

ESTUDIO DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

A. Europa.

Este apartado trata sobre algunos estudios realizados sobre la "omisión legislativa inconstitucional" a partir de algunos sistemas jurídicos del continente europeo, cabe señalar que si bien en Alemania se han obtenido mayores avances, este estudio comenzará primero por aquellos países que han previsto dicho instituto en sus textos constitucionales y luego por aquellos que lo han desarrollado vía jurisprudencial.

1. Ex República Socialista de Yugoslavia

En ese orden de ideas, se tiene como primer antecedente, a partir de una Constitución Formal, en la Constitución de 1974 de la Ex República Socialista de Yugoslavia, cuyo artículo 377 establecía: *"Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia constatare que un órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para la ejecución de las disposiciones de esta Constitución, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales*

*federales, estando obligado a dictarlas, dará conocimiento de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia".*¹⁰⁴

Como puede advertirse, existen varios elementos que se describen en la siguiente tabla:

OMISIONES LEGISLATIVAS	
CONSTITUCIÓN DE 1974 DE LA EX REPÚBLICA SOCIALISTA DE YUGOSLAVIA	
Previsión constitucional	Artículo 377 de la Constitución de 1974.
Mandato de legislar (Obligación)	Existe mandato constitucional. <i>... órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias... estando <u>obligado</u> a dictarlas...</i>
Órganos a que va dirigido el mandato	Es genérico abarca a los órganos con potestad normativa, incluso pudiendo ser el Ejecutivo.
Normas que hay que legislar	Es genérico, abarca: <i>... normas necesarias para la ejecución de las disposiciones de esta Constitución, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales federales ...</i>
Eficacia de las normas	Son de eficacia limitada, diferida. <i>...no hubiere dictado las normas necesarias para la <u>ejecución</u> de...</i>
Tiempo de solución	No está especificado.
Órgano encargado de resolver la omisión	El aviso del Tribunal de Garantías Constitucionales a la Asamblea de la República. <i>... el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia... <u>dará conocimiento</u> de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia.</i>

De lo anterior se desprende que el mandato constitucional se dirige no sólo al legislador, sino a cualquier órgano con potestad normativa, al Tribunal de Garantías Constitucionales sólo se le otorga atribución para constar la omisión inconstitucional y ponerla en conocimiento de la Asamblea Legislativa, Víctor Bazán

¹⁰⁴ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 94.

refiere de dicho Tribunal que: *"receptaba también competencia para presentar propuestas al Poder Legislativo para revocar, alterar o crear las leyes necesarias para la plena eficacia de los preceptos constitucionales establecidos"*.¹⁰⁵

2. Portugal

El instituto de la "omisión legislativa inconstitucional" en Yugoslavia sirvió de modelo para Portugal, la Constitución portuguesa promulgada el 2 de abril de 1976, que en su artículo 279, disponía que: *"Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable"*,¹⁰⁶ posteriormente por reforma constitucional de 1989, dicho artículo se encuentra recogido en el artículo 238, parágrafo II." que dispone: *"De la inconstitucionalidad por omisión. 1. A requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, por razón de violación de derechos de las regiones autónomas o de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional examina y comprueba el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales. 2. Cuando el Tribunal Constitucional compruebe la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente."*¹⁰⁷

Como puede advertirse, existen varios elementos en común que se describen en la siguiente tabla:

OMISIONES LEGISLATIVAS	
CONSTITUCIÓN PORTUGUESA DE 1989	
Previsión constitucional	Artículo 238, parágrafo II de la Constitución portuguesa de 1989.
Mandato de legislar	Existe mandato constitucional.

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano, *op. cit.*, nota 52, p. 191.

¹⁰⁷ Consulta en línea: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> (20/01/2016).

(Obligación)	... <u>incumplimiento</u> de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias...
Órganos a que va dirigido el mandato	No especificado.
Normas que hay que legislar	Es genérico: ...por omisión de las <u>medidas legislativas necesarias para</u> ...
Eficacia de las normas	Son de eficacia limitada, diferida. ...por omisión de las medidas legislativas necesarias para <u>hacer efectivas las normas constitucionales</u> .
Tiempo de solución	No está especificado.
Órgano encargado de resolver la omisión	El aviso del Tribunal Constitucional al órgano legislativo competente. ...el Tribunal Constitucional compruebe la existencia de inconstitucionalidad por omisión, <u>dará conocimiento</u> de ello al órgano legislativo competente.

Llama la atención la legitimación activa a ciertos sujetos de derecho no especificados en la Constitución de 1976, y que de igual manera el Tribunal constitucional sólo se le otorga atribución para constatar la omisión inconstitucional y ponerla en conocimiento del órgano legislativo competente, sin duda fue un avance que el órgano de control constitucional pudiera constatar la inconstitucionalidad y no un órgano político como lo fue el Consejo de la Revolución.

En ese sentido se comprende que tanto en el caso ex yugoslavo como en el portugués, el Tribunal Constitucional no podría subsanar dicha inconstitucionalidad pues los efectos de sus resoluciones de aviso "*eminente declarativos*",¹⁰⁸ o como refiere Fernández Rodríguez una: "*recomendación sin coacción jurídica*",¹⁰⁹ cabría preguntarse si para lograr un avance en la justicia constitucional es

¹⁰⁸ Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano, *op. cit.*, nota 52, p. 193.

¹⁰⁹ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p.p. 94.

necesaria una mayor intervención del órgano de control constitucional para determinar aquellas violaciones constitucionales por omisión legislativa.

3. Alemania

Ahora bien, una vez mostrado el marco jurídico constitucional en esta etapa conviene destacar que por lo que respecta al desarrollo jurisprudencial de las "omisiones legislativas inconstitucionales" en el sistema de justicia constitucional continental europeo los avances más sobresalientes provienen del ordenamiento alemán, particularmente del Tribunal Constitucional Federal como refiere Francisco Fernández Segado a través del: "*recurso de queja constitucional [Verfassungsbeschwerde] exige que se especifique el derecho presuntamente vulnerado y la acción u omisión de los órganos o autoridad (...)*",¹¹⁰ de modo que el Tribunal Constitucional: "*se ocupaba con cierto detalle de la cuestión de la admisibilidad de los recursos de queja frente a lesiones de derechos fundamentales por omisiones del legislador*",¹¹¹ continua el autor explicando que existe: "*la posibilidad de configurar un derecho público subjetivo a un comportamiento activo del legislador, derecho, por lo general siempre rechazado*".¹¹²

Si bien hay quienes reconocen que las violaciones cometidas por las omisiones del legislador deben valorarse por el recurso de queja constitucional como Denninger que: "*se inclinaba a favor de ciertas cautelas para que el BVerfG pudiera constatar de modo efectivo la existencia de una violación constitucional (...) tomando en consideración de forma seria en razón de la libertad dispositiva de los legisladores*",¹¹³ también hay quienes no están de acuerdo con ello, como Friesenhahn, quien fue juez del Tribunal Constitucional Federal: "*por principio, contrario a que un recurso de queja constitucional contra de una omisión del*

¹¹⁰ Francisco Fernández Segado, "El Control de las Omisiones Legislativas por el Bundesverfassungsgericht", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, núm. 10, julio-diciembre de 2008, p.76.

¹¹¹ *Ibidem*, p.77.

¹¹² Francisco Fernández Segado, *op. cit.*, nota 110, p.77.

¹¹³ *Ídem*.

legislador pudiera ser tomando en consideración”,¹¹⁴ sin embargo la doctrina alemana se cuestionó la forma de cumplir con los encargos de normación y la admisibilidad del control jurisdiccional, cuyos requisitos consistían en: a) la omisión legislativa produce en perjuicio del peticionante –quien a tal respecto debe alegar y probar– la violación de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido –en el particular, habría carencia de norma, o sea, omisión absoluta o total–, y b) en el supuesto de que el legislador no hubiere ajustado la norma –ya existente– en el sentido establecido por el Tribunal, trasuntado en una de sus sentencias –en el caso, la disposición legislativa existe, pero incompleta o desfasada en relación con lo que el Tribunal ha dispuesto para corregir su deficiencia; en tal hipótesis se patentiza una omisión relativa o parcial–,¹¹⁵ por lo que para configurar una “omisión legislativa inconstitucional” el peticionante tenía que alegar y probar una violación a un derecho fundamental originada por la carencia de una norma, norma que aún no existe, de la que existe pero es incompleta, es decir que el inciso a) se refiere a la “omisión legislativa absoluta”, mientras que en el inciso b) se refiere a la “omisión legislativa relativa”.

En este sentido, cabe señalar algunos casos emblemáticos del Tribunal Constitucional, Víctor Bazán refiere que el desarrollo del instituto de la “omisión legislativa” fue en la República Federal de Alemania desde ese entonces la protección se otorgaba por los jueces frente a un encargo constitucional como lo fue el artículo 117, inciso 1, de la ley fundamental alemana de 1949, el cual ordenaba que: *“todas las disposiciones legales contrarias al principio de igualdad entre los hombres y mujeres fuesen modificadas hasta el 31 de marzo de 1953, en función de ello, en decisión fechada el 18 de diciembre de 1953 y no habiendo el Legislativo promovido las reformas exigidas, el Tribunal Constitucional declaro que todas las leyes incompatibles con aquella regla mayor dejaban de ser aplicables”,¹¹⁶ una vez transcurrido el plazo fijado, el Tribunal Constitucional podría dejar sin efectos aquellas disposiciones contrarias a la norma constitucional incluso, refiere*

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 77 y 78.

¹¹⁵ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 153.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 154.

el autor, imponer una sanción política para el órgano omitente pues en Alemania existe la conciencia de que todos los órganos constitucionales están vinculados a las decisiones del Tribunal Constitucional, no pudiendo dejar de cumplir cuando están alertados de su omisión, a ello se le ha denominado "*el principio de finalidad constitucional*".¹¹⁷

Otro caso paradigmático en el cual se estableció la igualdad entre el denominado "hijo legítimo e ilegítimo" en sentencia núm. 26/1969, el Tribunal Constitucional Federal alemán después de transcurrido un prolongado lapso de veinte años en el que el órgano legislativo debió dictar la normativa faltante decidió que el artículo 6º, inciso quinto, de la ley fundamental de Bonn¹¹⁸ era directamente aplicable con fuerza derogatoria de las disposiciones contrarias previstas en leyes ordinarias, promulgándose la ley respectiva el 19 de agosto de 1969 para entrar en vigor 1º de julio de 1970.

Cabe destacar que en ambos casos se trata de omisiones absolutas, sin embargo en el caso de "igualdad entre hombres y mujeres" existe un plazo para adecuar la normativa y en el caso del "hijo legítimo e ilegítimo" el Tribunal Constitucional, transcurrido un plazo muy prolongado, ordena al órgano legislativo dictar la normativa faltante, Víctor Bazán refiere que a partir de la modificación de la Ley del Tribunal Constitucional Federal de 1970, el referido Tribunal queda habilitado a declarar la inconstitucionalidad pero sin nulidad de una ley.

De esta manera, Víctor Bazán considera que la moderna doctrina alemana destaca la posibilidad de controlar la omisión o inactividad del legislador mediante la mejora o corrección de las "normas de prognosis" es decir de: "*aquellas que, dictadas para operativizar un mandato constitucional concreto, han quedado desgastadas o desfasadas como consecuencia de circunstancias sobrevinientes, deviniendo –total o parcialmente– anacrónicas y, por ende, disvaliosas*",¹¹⁹ desde esa perspectiva la omisión no se centraría en la ausencia total o parcial de la

¹¹⁷ Ídem.

¹¹⁸ Ídem.

¹¹⁹ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 156.

norma, sino en los supuestos de prognosis, la falta o perfeccionamiento de la existente que resulta gravosa para la efectivización de los derechos fundamentales por lo que debiera mejorar con el desarrollo posterior por parte del legislador.

Aunado a lo anterior, la doctrina alemana en cuanto a las "omisiones relativas" ha implementado la denominada: *"arbitraria exclusión de beneficios, caracterizada por el enjuiciamiento axiológico de determinados derechos constitucionales frente a otros, dando así prevalencia y nivel de jerarquía entre intereses distintos (...) tratando de armonizar in globo los derechos fundamentales y adjudicando un mayor grado de vigencia a unos sobre otros. Esta situación permite el reconocimiento de determinados segmentos eventualmente discriminados frente a la falta de un desarrollo legislativo proclamado por la Constitución."*¹²⁰

El Tribunal Constitucional alemán ha remediado diversos problemas derivados de "omisiones legislativas relativas" mediante sus sentencias apelativas o *"aggiuntive o additive"*,¹²¹ Miranda, profesor portugués, ha dicho que: *"Alemania, Austria e Italia, a pesar de no contar con una norma constitucional expresa que instituya el control, los respectivos tribunales constitucionales han conseguido llegar a resultados muy semejantes, mediante técnicas depuradas de interpretación e integración (a través de las sentencias aditivas, creativas o apelativas)"*,¹²² destacándose el modelo del legislador negativo, Víctor Bazán refiere a los remedios unilaterales y los bilaterales, los primeros: *"suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo, las "sentencias interpretativas" y, dentro de estas, las "manipulativas" y, más específicamente, las "aditivas"; y [los segundos] remedios bilaterales, que entrañan la necesidad de colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador (y en ocasiones también del juez ordinario), por caso, las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad,*

¹²⁰ Gerardo Eto Cruz, *op. cit.*, nota 49, p. 331.

¹²¹ Fix- Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, *op. cit.*, nota 1, p.64.

¹²² Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 152.

las "sentencias de apelación", las que declaran que la ley "todavía no es inconstitucional", el retraso de los efectos de la sentencia para dar tiempo a la intervención del legislador y las "sentencias aditivas de principio" o las sentencias-delegación",¹²³ el Tribunal Constitucional Federal alemán también distingue entre "omisiones todavía constitucionales y omisiones inconstitucionales, mediante sentencias apelativas o de apelación (appellentscheidungen)",¹²⁴ estas últimas hacen una apelación al legislador para que dentro de un plazo fijado por el Tribunal aplique el mandato constitucional, según Zeidler estas sentencias constituyen varios supuestos: "1. Evitar una confusión política constitucional (circunscripciones electorales adoptadas por el legislador que devinieron inconstitucionales a causa de la alteración de las cifras de población); 2. Realizar una nueva regulación de todo un ámbito jurídico (hijo legítimo e ilegítimo) y; 3. Evitar una violación del principio de igualdad (igualdad entre hombres y mujeres)."¹²⁵

4. Austria

Francisco Díaz Revorio¹²⁶ explica como en Austria destaca la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional para evitar consecuencias negativas derivadas de la anulación de una norma jurídica, así mediante sus "sentencias de anulación con efectos diferidos" retrasan la entrada en vigor de la anulación así conforme a al artículo 140, apartados quinto y séptimo, de la Constitución austriaca¹²⁷ se faculta al Tribunal Constitucional para establecer un plazo a partir

¹²³ *Ibidem*, p.p. 152 y 153.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 157.

¹²⁵ *Ídem*.

¹²⁶ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p.p. 158 y 159.

¹²⁷ Artículo 140:

1. El Tribunal Constitucional entenderá de la posible anticonstitucionalidad de una ley federal o regional a instancias del Tribunal Administrativo, del Tribunal Supremo o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia, si bien conocerá de oficio cuando el propio Tribunal Constitucional tenga que aplicar la ley a un litigio pendiente. Entenderá asimismo de la posible anticonstitucionalidad de las leyes regionales, a instancias, en su caso, del Gobierno federal, y de la posible anticonstitucionalidad de las leyes federales, a instancias, en su caso, de un Gobierno regional o de un tercio de los miembros del Consejo Nacional. Se podrá disponer por ley constitucional regional (Landesverfassungsgesetz) que tenga también este derecho de recurso (Antragsrecht) un tercio de los componentes de la Asamblea regional, en cuanto a la inconstitucionalidad de leyes regionales. El Tribunal Constitucional conocerá igualmente de la anticonstitucionalidad de las

del cual la ley inconstitucional continuara vigente y permite al legislador reconstruir la situación de inconstitucionalidad, hasta ese entonces una vez cumplido con ese plazo dicha ley perderá su vigencia, asimismo, el referido autor señala que el Tribunal Constitucional mediante sus sentencias aditivas puede completar una ley ordinaria cuando es omisa para adecuarla a la Constitución.

5. Italia

Víctor Bazán refiere que en Italia la Corte Constitucional ha dictado "sentencias aditivas" mediante el proceso de integración judicial dichas sentencias consisten en declarar la inconstitucionalidad de una ley que en el marco de ilegitimidad constitucional existe una previsión que fue omitida, manifestándose una voluntad negativa del legislador: v. gr., cuando la Corte Constitucional declaro la ilegalidad constitucional del artículo 304 bis, apartado I, del Código de Procedimiento Penal, por excluir el derecho del defensor a asistir a los interrogatorios a los que se sometía a su defendido, de modo que dicha Corte impuso a las autoridades crear una norma que permitiera al defensor asistir a dicho acto,¹²⁸ refiere el autor que distinto sería en el supuesto de que la manifestación de voluntad del legislador fuera positiva pues aquí lo que se tendría que dictar es una sentencia derogatoria.

Cabe resaltar que las técnicas de integración que se han desarrollado tanto en Alemania como en Italia son "decisiones manipulativas" en las que el Tribunal modifica e integra las disposiciones que se someten a su examen, de manera que

leyes a instancia de cualquier persona que afirme haber sido directamente perjudicada en sus derechos por dicha razón, cuando la ley haya cobrado fuerza vinculante para dicha persona sin necesidad de haberse dictado decisión judicial ni resolución administrativa individual. Se aplicará por analogía a estas reclamaciones el párrafo 3 del artículo 89.

5. El fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como anticonstitucional, obliga al Canciller federal o al Gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación. Se aplicará este precepto por analogía al caso de las acciones interpuestas al amparo del párrafo 4. La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Dicho plazo no podrá exceder de un año.

7. Anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal Constitucional, conforme al párrafo 4, en el sentido de que una ley es anticonstitucional, quedarán vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguirá aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación (die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände), excepto aquella que haya dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiere dispuesto otra cosa en su fallo derogatorio. Si el Tribunal Constitucional hubiese fijado en dicho fallo un plazo conforme a lo previsto en el párrafo 5, la ley se aplicará a todos los hechos que se consumen antes de que expire el plazo, con excepción precisamente del caso que dio origen a la sentencia.

¹²⁸ Ver más en Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p.p. 161-164.

su alcance normativo es distinto del original, dentro de esas decisiones se encuentran las "decisiones aditivas" y "las decisiones sustitutivas", las primeras sólo declaran la inconstitucionalidad de una disposición, las segundas declaran la inconstitucionalidad de una ley en la parte que prevé una determinada cosa en vez de prever otra, Víctor Bazán refiere que es difícil acatar dichas sentencias, por lo que el Tribunal creó otras llamadas "sentencias aditivas de principio" que: *"fijan un principio general que debe ejecutarse mediante una intervención del legislador, pero al que puede ya, dentro de ciertos límites, hacer referencia el juez en la decisión de casos concretos"*,¹²⁹ específicamente Romboli señala que un subtipo de éstas sentencias son las "decisiones de inconstitucionalidad con delegación en el Parlamento",¹³⁰ donde se fija en forma específica los principios que deberá contener la nueva regulación del legislador así como el plazo para su aprobación.

6. España

En el caso español, José Julio Fernández Rodríguez refiere que el Tribunal Constitucional cuenta con "procesos constitucionales típicos" y "procesos constitucionales atípicos", respecto de estos últimos el referido autor explica que: *"no son los básicos de la jurisdicción constitucional pero que se mantienen dentro de las fronteras delimitadas por lo contencioso constitucional"*,¹³¹ de manera que en España el "control constitucional de las omisiones legislativas inconstitucionales" al no estar como tal reconocido como un "proceso constitucional típico", sí lo está como un "proceso constitucional atípico", por medio del cual el Tribunal Constitucional ejerce jurisdicción para solucionar el problema de la "omisión legislativa" mediante lo que se conoce como: *"recomendaciones al legislador, declarar la inconstitucionalidad sin nulidad y dictar sentencias aditivas"*,¹³² por lo que respecta a la protección a los derechos fundamentales explica Aguiar de Luque que si: *"el mandato al legislador se vincula*

¹²⁹ Ver más en Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 163.

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 164.

¹³¹ José Julio Fernández Rodríguez, *La jurisdicción constitucional iberoamericana: el reto competencial*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014, p.106.

¹³² Ver más en Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 159.

a un derecho fundamental de carácter subjetivo, éste último no podía quedar totalmente negado en tanto no mediara la intervención del legislador".¹³³

B. América Latina.

En los países latinoamericanos Venezuela y Ecuador tienen previsto a nivel constitucional la "omisión legislativa inconstitucional"; Brasil a nivel constitucional federal y estatal; en Argentina a nivel estatal y jurisprudencial a nivel federal; Costa Rica cuenta con una previsión legal y Colombia vía jurisprudencial a nivel nacional, asimismo, en países como Ecuador, Paraguay y Bolivia existe una solución distinta para resolver problemas jurídicos donde se alegue la falta de normas denominada "compulsión constitucional".

1. Venezuela

El artículo 336, apartado 7, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada el 30 de diciembre de 1999, declaraba la inconstitucionalidad del poder legislativo municipal, estatal o nacional, al respecto Víctor Bazán¹³⁴ refiere que posteriormente existieron correcciones al texto original en la Gaceta Oficial, N° 5.453, extraordinario, de 24 de marzo de 2000, quedando de la siguiente manera:

"Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya

¹³³ ibídem, p. 163.

¹³⁴ Ana Giacomette Ferrer, et. al., Segundo congreso colombiano de derecho procesal constitucional, Colombia, Universidad Católica de Colombia, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, 2011, p.32.

dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección."¹³⁵

OMISIONES LEGISLATIVAS	
Constitución de la República Bolivariana de Venezuela	
Previsión constitucional	Artículo 336, apartado 7, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada el 30 de diciembre de 1999
Mandato de legislar (Obligación)	Existe mandato constitucional. <i>...dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución ...</i>
Órganos a que va dirigido el mandato	<i>...poder legislativo municipal, estatal o nacional...</i>
Normas que hay que legislar	Es genérico: <i>... cuando haya dejado de dictar <u>las normas o medidas</u> indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta ...</i>
Eficacia de las normas	Son de eficacia limitada, diferida. <i>... cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en <u>forma incompleta</u>.</i>
Tiempo de solución	No está especificado, pero si enunciado. <i>... y establecer el plazo...</i>
Órgano encargado de resolver la omisión	Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual puede: <i>... y establecer el plazo y, de ser necesario, los <u>lineamientos de su corrección</u>.</i>

Por lo que se observa la Sala Constitucional cuenta con una amplia competencia para declarar inconstitucional la omisión atribuida a al legislador en los diferentes niveles de gobierno, así mismo establece el plazo y los lineamientos de su corrección, tomando en cuenta sus elementos se puede decir que es una

¹³⁵ Consulta en línea: <http://www.cgr.gob.ve/pdf/leyes/Constitucion.pdf> (02/05/2016).

constitución garantista que protege aun tratándose de las omisiones arbitrarias del legislador.

2. Ecuador

El artículo 436, inciso 10, de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, dispone que:

"La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley".¹³⁶

OMISIONES LEGISLATIVAS	
Constitución de la República del Ecuador del 2008	
Previsión constitucional	Artículo 436, inciso 10, de la Constitución de la República del Ecuador del 2008.
Mandato de legislar (Obligación)	Existe mandato constitucional. <i>... por omisión inobserven, en forma total o parcial, los <u>mandatos contenidos en normas constitucionales</u>...</i>
Órganos a que va dirigido el mandato	<i>...instituciones del Estado o autoridades públicas ...</i>
Normas que hay que legislar	Es genérico: <i>... cualquiera que inobserve normas constitucionales ...</i>
Eficacia de las normas	Son de eficacia limitada, diferida. <i>... por omisión inobserven, en forma <u>total o parcial</u>, los mandatos contenidos en</i>

¹³⁶ Consulta en línea: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf (02/05/2016).

	<i>normas constitucionales.</i>
Tiempo de solución	No está especificado, pero si enunciado. <i>... dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional ...</i>
Órgano encargado de resolver la omisión	<i>Corte Constitucional.</i> <i>... la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.</i>

En ese tenor, en la doctrina ha discutido si la Corte Constitucional vendría a actuar en suplencia del legislador o de cualquier otra autoridad con potestad normativa, también en cuanto a la designación¹³⁷ de los integrantes de la Corte Constitucional cabe destacar que no sólo participan los legisladores, sino también autoridades de transparencia y de control social lo que permite una Corte más plural, estricta y comprometida en proteger el texto constitucional frente a las omisiones de cualquier autoridad del Estado.

Asimismo en Ecuador existe una disposición constitucional que permite garantizar derechos constitucionales que aún no han sido reconocidos por las normas secundarias del ordenamiento ecuatoriano, el artículo 426, párrafo tercero, dispone que:

"Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución,

¹³⁷ Su artículo constitucional 434, dispone que: *"Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres."* Consulta en línea: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf (02/05/2016).

*para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.*¹³⁸

Sobre el particular, la doctrina ha destacado que existen constituciones que vuelven operativas todas sus cláusulas constitucionales para los operadores jurídicos, justificando el hecho de que no podrá alegarse falta de ley o su desconocimiento para garantizar un derecho reconocido por la norma suprema, lo que se conoce como compulsión constitucional, otro ejemplo han sido en el artículo 45 de la Constitución de la República de Paraguay de 1992, que dispone:

"DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS NO ENUNCIADOS

*La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía.”*¹³⁹

De alguna manera que siempre debe prevalecer el texto constitucional volviendo operativo todo el sistema jurídico, paliando aquellos retrasos excesivos del legislador en emitir las normas secundarias.

3. Brasil

En el artículo 103, párrafo segundo, de la Constitución de la República Federal del Brasil de 1988, se dispone que:

"2o. Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma Constitucional, se comunicará al Poder Competente

¹³⁸ Consulta en línea: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf (02/05/2016).

¹³⁹ Consulta en línea: <file:///C:/Users/Admin/Desktop/tesina%20OM%20LEG/paraguay%20constitucion.pdf> (03/05/2016).

para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días".¹⁴⁰

OMISIONES LEGISLATIVAS	
Constitución de la Republica Federal del Brasil de 1988	
Previsión constitucional	Artículo 103, párrafo segundo, de la Constitución de la Republica Federal del Brasil de 1988.
Mandato de legislar (Obligación)	Existe mandato constitucional. <i>... por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma Constitucional ...</i>
Órganos a que va dirigido el mandato	<i>... Poder Competente ...</i>
Normas que hay que legislar	Es genérico: <i>...cualquier medida destinada a dar efectividad a una norma Constitucional ...</i>
Eficacia de las normas	Son de eficacia limitada, diferida. <i>... dar efectividad a una norma Constitucional.</i>
Tiempo de solución	<i>...tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días...</i>
Órgano encargado de resolver la omisión	<i>Supremo Tribunal Federal.</i> <i>...se comunicará al Poder Competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días.</i>

De lo anterior, se puede advertir que el mecanismo de control es la acción de inconstitucionalidad volviéndose efectiva una vez declarada jurisdiccionalmente, si se trata del legislador deberán adoptarse las providencias necesarias sin requerirle plazo lo que se entiende que puede ser en cualquier tiempo, pero si es una autoridad administrativa se tendrán treinta días para adoptar la medida destinada a dar efectividad a la Constitución,¹⁴¹ aunque se contemple a la rama

¹⁴⁰ Consulta en línea: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1875/2.pdf> (28/04/2016).

¹⁴¹ Ver también en Gerardo, Eto Cruz, *op. cit.*, nota 49, p.336.

administrativa, cabe señalar que no se está en presencia de una "omisión legislativa" sino frete a "una omisión administrativa".

Ahora bien, tratándose del legislador Francisco Fernández Segado destaca que si bien para el legislador no se establece un plazo determinado, con base en la Ley n° 12.063, de 27 de octubre de 2009, el Tribunal en su decisión del nueve de mayo de 2007, declaró la inconstitucionalidad de la omisión de una ley, imponiéndole al legislador elaborar la ley complementaria omisa en un plazo de 18 meses, de los cuales cabe señalar que el Tribunal reconoce que en parte comprenden un periodo razonable para subsanar la omisión:

"El Supremo Tribunal Federal, por unanimidad, juzgó procedente la acción de inconstitucionalidad por omisión interpuesta por la Asamblea Legislativa del Estado de Mato Grosso, reconociendo la mora inconstitucional del Congreso Nacional, al omitir la elaboración de la ley complementaria federal a que se refiere el art. 18, parágrafo 4º de la CF, en la redacción dada al mismo por la Enmienda Constitucional n° 15/1996, y, por mayoría, le fijó el plazo de 18 meses para que subsanara la omisión. El Tribunal reconoció que no se podía hablar de una total inercia legislativa, por cuanto varios proyectos de ley sobre la materia habían sido presentados y discutidos en el Congreso. Ello no obstante, entendió que la inercia deliberandi (en la discusión y votación) también podía configurar una omisión que pudiera llegar a ser considerada morosa, en el caso de que los órganos legislativos no deliberaran dentro de un plazo razonable sobre el proyecto de ley en tramitación. Adujo, en fin, el Tribunal que, en el caso en cuestión, no obstante la diversidad de proyectos de ley presentados, se configuraba una omisión inconstitucional en cuanto a la efectiva deliberación de la ley complementaria, sobre todo teniendo en cuenta el gran número de municipios creados tras la Enmienda Constitucional n° 15/1996, con base en los requisitos establecidos en las antiguas legislaciones estatales, algunas de las cuales habían sido declaradas inconstitucionales por el propio Supremo Tribunal Federal".¹⁴²

¹⁴² Francisco, Fernández Segado, El nuevo régimen jurídico de la acción de inconstitucionalidade por omissão: La Ley brasileña n.º 12.063, de 27 de octubre de 2009. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 14, 2010, p.133. Consulta en línea: http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/10_Dout_Estrangeira_6.pdf (28/04/2016).

Es cuestionable la eficacia que tiene las sentencias que derivan de una acción de inconstitucionalidad por omisión, pues al ser: "declarativas y tener carácter erga omnes",¹⁴³ sus efectos más allá de imponer una obligación al legislador sólo lo exhortan a tomar ciertas medidas, por lo que si el propio Supremo Tribunal pudiese estar facultado para conferir un plazo y si transcurrido el legislador no tornará la disposición constitucional pudiera disponer de tal situación para garantizar la supremacía constitucional, como se refirió en los casos de Ecuador y Paraguay no habría pretexto para garantizar un derecho por compulsión constitucional.

Aunado a lo anterior, en Brasil existe otra forma de defender la Constitución contra omisiones del legislador, sólo que a diferencia de la anterior, varios autores se refieren a un medio de "control concreto y con efectos interpartes",¹⁴⁴ el artículo 5º, inciso LXXI, de la Constitución Política de la República Federativa del Brasil, dispone que:

"Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos:

LXXI. Se concederá "mandado de injunco" siempre, que por falta de norma reguladora, se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía"

En ese orden de ideas, la misma Constitución Federal otorga competencia al Supremo Tribunal Superior para conocer del "mandado de injunco", en el artículo 102 que prescribe:

"Art. 102. Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole:

¹⁴³ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p.104

¹⁴⁴ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p.p. 105-112. Ver también en Gerardo, Eto Cruz, *op. cit.*, nota 49, p.336.

I. Procesar y juzgar, originariamente:

q) los mandados de injunco cuando la elaboración de la norma reglamentaria estuviese atribuida al Presidente de la República, al Congreso Nacional, a la Cámara de Diputados, al Senado Federal, a las mesas de una de esas Cámaras Legislativas, al Tribunal de Cuentas de la Unión a uno de los Tribunales Superiores, o al propio Supremo Tribunal Federal.

II. Juzgar, en recursos ordinario:

a) los "habeas corpus", los "mandados de seguridad", los "habeas data" y los "mandados de injuncao" decididos en única instancia por los Tribunales Superiores, si la resolución fuese denegatoria;"

De manera que a diferencia de la acción de inconstitucionalidad en el "mandado de injunco" deberá demostrarse que la falta de norma vuelve inviable un derecho constitucional, al respecto Silvia Patiño y Víctor Orozco refieren que *"esta figura tiene un tratamiento paralelo con relación a la acción de inconstitucionalidad por omisión, pues ambos mecanismos servirán para acceder a todo el sistema de control constitucional desplegado frente a la inactividad de los poderes públicos. (...) no se pretende la creación de la norma (...), sino que busca que se otorgue el derecho reclamado en un caso concreto, en tanto la ausencia de la norma torna imposible su ejercicio".*¹⁴⁵

En ese tenor, el "mandado de injunco" se promueve por una persona, individual o en grupo que tenga un interés jurídico para instar a los tribunales, los cuales tendrán que resolver caso por caso, la omisión impugnada y determinar a través de sus sentencias *"constitutivas o condenatorias"*¹⁴⁶ que se restituya el derecho constitucional reclamado, obligando al órgano con potestad normativa a elaborar la norma reglamentaria.

¹⁴⁵ Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano *op. cit.*, nota 52, p. 177.

¹⁴⁶ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p.p. 105-112.

Por otro lado, en lo que se ha denominado Derecho Procesal Constitucional Local, en Brasil se ha previsto la acción de inconstitucionalidad por omisión en las Provincias de Río Grande del Sur, San Pablo, Río de Janeiro y Santa Catarina.¹⁴⁷

4. Costa Rica

No existe previsión constitucional sobre omisiones legislativas inconstitucionales, solamente por lo que respecta a normas, en el artículo 10 de la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, con reforma constitucional de 1989, dispone que:

"Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público".

Al respecto Víctor Bazán refiere que con motivo de la referida reforma constitucional se desarrolló la Ley N° 7.135 de 11 de octubre de 1989, la cual dispone en su artículo 4° que *"la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política. Específicamente, el artículo 73 de la mencionada ley determina los casos en que corresponde la articulación de la acción de inconstitucionalidad, incluyendo en los aps. 'a', 'b' y 'f' especificaciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales"*.¹⁴⁸

Ante ello, comenta el referido autor que la Sala Constitucional ha resuelto diversos asuntos desde mediados del año 2005, existiendo la posibilidad de declarar la existencia de omisiones inconstitucionales, como lo fue en su resolución 2005-05649 emitida en el expediente número 04-008653-0007-CO del 11 de mayo de 2005 en la que se: *"declaró inconstitucional la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su poder normativo y en cumplimiento del mandato expreso impuesto por el poder constituyente derivado en la reforma parcial de la Constitución Política, entre otros, a los arts. 105 y 123 mediante Ley N° 8.281 de*

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ Ana Giacomette Ferrer, *op. cit.*, nota 134, p.33.

*28 de mayo de 2002, para dictar, según el Transitorio Único, en el plazo de un año siguiente a la publicación de ésta —el cual había vencido el 20 de junio de 2003— las leyes de desarrollo del referéndum y de iniciativa popular en la formación de la ley”.*¹⁴⁹

Por lo cual, refiere el autor que al declararse la existencia de la omisión inconstitucional se otorgó un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la sentencia, para que se dictaran las referidas leyes; lo cual tuvo como resultado que la Asamblea Legislativa cumpliera con el mandato que le fue impuesto, al sancionar la Ley Número 8.492 el nueve de marzo de 2006, que reglamentaba aquellos medios de participación ciudadana.

5. Argentina

En la República de Argentina no existe disposición constitucional o legal que prevea expresamente la omisión legislativa inconstitucional, sino que es a partir de la jurisprudencia que la Corte Suprema de Justicia ha reconocido dicho instituto, Víctor Bazán refiere casos recientes en los que se ha pronunciado sobre la existencia de una “omisión legislativa inconstitucional”: v. gr., “Badaro, Adolfo Valentín contra Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES)”, sentencias I y II, refiere el autor que el Alto Tribunal: *“detecto la omisión legislativa inconstitucional consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Carta Magna, [motivo por el cual] decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias. [Así, en Badaro II, transcurrido el plazo de un poco más de quince meses] la Corte determino la inconstitucionalidad del art. 7, inc. 2º, de la Ley N° 24.463, en el caso, y determino que la prestación del accionante (que superaba los \$ 1.000) se ajustara (...).”*¹⁵⁰

¹⁴⁹ *Ibidem*, p.34.

¹⁵⁰ Ana Giacomette Ferrer, *op. cit.*, nota 134, pp. 35 y 36.

Víctor Bazán refiere también el caso de: "Halabi, Ernesto contra P.E.N", de 24 de febrero de 2009, donde la Corte advierte una mora legislativa que se debe solucionar: *"la existencia de una mora legislativa en relación con la reglamentación legislativa de las acciones de clase, [la cual a] falta de regulación (...) constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido"*.¹⁵¹

En lo que respecta en el ámbito local, se encuentran las provincias de Tucumán y Río Negro, en relación con Tucumán, la constitución de 1990, dispuso en su artículo 134, párrafo segundo, que:

"Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

*2º. Entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, o un Departamento Ejecutivo contra el Concejo Deliberante, por demora en pronunciarse sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquellos hubieren presentado. El Tribunal, apreciando las circunstancias, fijará un plazo para que se expidan, vencido el cual sin que ello se hubiera producido, podrá autorizar al accionante para la directa promulgación, total o parcial, de la norma de que se tratare."*¹⁵² al respecto, hay autores que consideran que la facultad del Tribunal de disponer de la promulgación de proyectos de leyes u ordenanzas cuando la Legislatura o el respectivo Concejo Deliberante no se pronuncien en un plazo determinado por éste, producía una ruptura a la forma republicana donde la ley debe emanar de la voluntad popular, cabe señalar que dicho precepto constitucional local fue abrogado por la Constitución de la provincia de Tucumán de 2006,¹⁵³ sustituyendo al Tribunal Constitucional por Corte Suprema en su artículo 120.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 37.

¹⁵² Consulta en línea: http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD18/contenidos/informacion/leyes/constituciones/cp_tucuman.pdf (03/05/2016)

¹⁵³ Consulta en línea: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/congreso/constitucionesprovinciales/ConsTucuman.pdf> (03/05/2016)

Por otra parte, en el artículo 207, inciso 2, apartado d, de la Constitución de Río Negro, dispone que:

"El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones:

2. Ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos:

d. En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite".¹⁵⁴

En la doctrina dicho precepto constitucional es plausible, *"se convierte ahora en obligada referencia por lo innovador, en el concierto de lo que a derecho constitucional positivo se refiere (...)"*,¹⁵⁵ además de advertir un mandato implícito traducido en el deber concreto a encargo de los órganos del Estado Provincial o sus municipios, así el Superior Tribunal de Justicia habrá de fijar un plazo para subsanar la omisión de cualquier órgano local con potestad normativa, por lo cual transcurrido dicho plazo sino lo subsana incurrirá en incumplimiento, facultando al Superior Tribunal a "integrar" el orden normativo, al respecto Néstor Sagúes refiere que: *"(...) el órgano controlador debe integrar el orden normativo faltante, elaborando la regla jurídica omitida mediante la analogía, los principios generales del derecho del propio ordenamiento jurídico local, los principios jurídicos generales, los valores jurídicos y el derecho extranjero"*,¹⁵⁶ no obstante, es preciso destacar que la facultad del Supremo Tribunal de integrar el orden normativo es

¹⁵⁴ Consulta en línea: <http://cfi.org.ar/wp-content/uploads/1999/07/Rio-Negro.pdf>

¹⁵⁵ Gerardo, Eto Cruz, *op. cit.*, nota 49, p.339.

¹⁵⁶ En Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano, *op. cit.*, nota 52, p. 181.

porque se refiere a un caso en concreto, lo cual siempre se traduce en vacíos jurídicos que pueden ser colmadas con algún método de integración, pero de una interpretación literal de ese precepto: "...por incumplimiento en el dictado de una norma que impone..." parecería que se refiere a la "omisión legislativa absoluta" sin embargo al referirse al caso en concreto lo que se produciría es una "omisión legislativa relativa" lo cual tampoco supone ya que dicho precepto se refiere a "las acciones por incumplimiento..." entonces habría que profundizar más al respecto de manera que no se exente del deber de cumplir al legislador.

6. Colombia

Cabe señalar que en Colombia no existe norma constitucional expresa que refiera a la omisión legislativa inconstitucional y por ende tampoco un control constitucional, de hecho ha dejado claro en su sentencia C-1.064 de 2001 que la acción de cumplimiento que prevé la Constitución de Colombia en su artículo 87 reza: "*[t]oda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido*",¹⁵⁷ no se refiere a las "omisiones legislativas absolutas" aunque dicho precepto se refiere "*al cumplimiento de una ley*", no quiere decir que la acción en comento proceda en contra del legislador, de manera que tal decisión ha quedado firme al considerar que: "*[no existe] comparación entre un acto administrativo que expide una autoridad de la rama ejecutiva y la ley creada por la rama legislativa. (...) así que contra las omisiones absolutas del Ejecutivo cabe la acción de cumplimiento, mientras contra las omisiones absolutas del legislador no cabe la acción de inconstitucionalidad*".¹⁵⁸

Lo destacable es que la Corte Constitucional ha ido dictando líneas jurisprudenciales distinguiendo entre la "omisión legislativa absoluta" y la "omisión legislativa relativa", por ejemplo en la sentencia C-543/96: "*la Corte afirmó que*

¹⁵⁷ Consulta en línea: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf> (03/05/2016).

¹⁵⁸ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p.129.

existe una omisión legislativa, cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente,¹⁵⁹ refiriéndose exclusivamente a aquellas omisiones relativas, pues en las omisiones absolutas no existe un actuar por parte del legislador que este sujeto al control constitucional, siguiendo los postulados antes referidos de la "jurisdicción constitucional", pues en la sentencia anterior: *"estimo que la acción pública de inconstitucionalidad, 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, conforme a las directrices constitucionales (...) lo que se pretendía mediante la acción de inconstitucionalidad, era evaluar si el legislador –al actuar– había vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, detalló que había que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas, pues si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores ni acto que pueda ser sujeto de control"*.¹⁶⁰

7. República dominicana

Cabe señalar que en República Dominicana tampoco existe norma constitucional expresa que refiera a la omisión legislativa inconstitucional y por ende tampoco un control constitucional, sin embargo Víctor Bazán refiere un caso interesante en el cual la Suprema Corte de Justicia en un pronunciamiento de 24 de febrero de 1999, en la causa iniciada por Productos Avon S.A., volvió operativo el juicio de amparo, el cual no estaba previsto en la norma constitucional, pero sí en el artículo 29, inc. 2º, de su Ley de Organización Judicial N° 821, por lo que invocando éste último se determinó que el legislador no estaba cumpliendo con el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁶¹ así refiere

¹⁵⁹ Ídem.

¹⁶⁰ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p.131.

¹⁶¹ Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales

Víctor Bazán que tal decisión fue: *"una hipótesis germinal e intuitiva de control sobre la inconventionalidad por omisión"*,¹⁶² es decir que la inactividad legislativa vulneraba el derecho humano de acceso a la protección judicial y *"a partir del efecto 'inductor' de la sentencia, se sancionó una norma específica sobre el 'recurso de amparo', concretamente la Ley 437/06"*,¹⁶³ lo cual origino que dicho medio de control constitucional se legislara en el artículo 72 de la Constitución de la República Dominicana publicada en la Gaceta Oficial No. 10805 del 10 de julio de 2015, que a la letra dice: *"Acción de amparo. Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades."*¹⁶⁴

De lo anterior, se hace evidente la necesidad de que el legislador expida las leyes secundarias necesarias que vuelvan operativas las normas constitucionales y convencionales, pues de lo contrario quedan en un estado de ineficacia, sin embargo en el caso colombiano la regulación de las "omisiones legislativas absolutas" no tiene jerarquía constitucional, solamente de la redacción del referido precepto constitucional se observa que los justiciables pueden combatir las "omisiones legislativas relativas" a través de la acción de amparo.

reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

¹⁶² Víctor Bazán, en Ana Giacomette Ferrer, *op. cit.*, nota 134, pp. 39.

¹⁶³ *Ibíd.*, 39 y 40.

¹⁶⁴ Consulta en línea: <http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/constitucion/Constitucion.pdf> (27/05/2016).

8. México

En México a nivel federal no existe norma constitucional expresa que se refiera a la omisión legislativa inconstitucional, por ende tampoco existe un determinado medio de control constitucional para su estudio, sin embargo la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversos asuntos ha generado una línea jurisprudencial sobre dicho instituto muy parecida a la alemana, pues existen básicamente las omisiones que son relativas y las que son absolutas, con un añadido muy interesante en cuanto a las facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio de los órganos legislativos del Estado mexicano determinadas por el Pleno de la referida Suprema Corte en la tesis jurisprudencial, con el número 11/2006 y registro 175872 y que por su relevancia a continuación se transcribe:

"OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS. En atención al principio de división funcional de poderes, los órganos legislativos del Estado cuentan con facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio, y en su desarrollo pueden incurrir en diversos tipos de omisiones. Por un lado, puede darse una omisión absoluta cuando aquéllos simplemente no han ejercido su competencia de crear leyes ni han externado normativamente voluntad alguna para hacerlo; por otro lado, puede presentarse una omisión relativa cuando al haber ejercido su competencia, lo hacen de manera parcial o simplemente no la realizan integralmente, impidiendo el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes. Ahora bien, combinando ambos tipos de competencias o facultades -de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo-, y de omisiones -absolutas y relativas-, pueden presentarse las siguientes omisiones legislativas: a) Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; b) Relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; c) Absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga; y, d) Relativas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente.

Controversia constitucional 14/2005. Municipio de Centro del Estado de Tabasco. 3 de octubre de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza."

Esta tesis ha sido una piedra angular en la construcción del concepto de omisión legislativa inconstitucional en el Estado mexicano, la cual cabe señalar que en cuanto a esta expresión se refiere en forma indistinta los operadores jurídicos se refieren a la inconstitucionalidad por omisión legislativa o a la omisión legislativa inconstitucional.

De manera que se han resultado diversos asuntos competencia del Ato Tribunal desarrollando una línea jurisprudencial en la que se estudian esas distinciones contenidas en la referida tesis y las cuales se encuentran vinculadas con el desarrollo de este trabajo de investigación, por lo que manera de ejemplo, se enuncian aquellos asuntos resueltos con posterioridad a las reformas constitucionales del seis y diez de junio de dos mil:

ASUNTO	ACTO Y/O TEMA ABORDADO
Amparo en revisión 1078/2015	LA OMISIÓN LEGISLATIVA DE NO PREVER LA LICENCIA DE PATERNIDAD EN LA LEY DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL ESTADO DE JALISCO, ARTÍCULO 54 BIS-6 Y 56.
Amparo en revisión 439/2015	OMISIÓN LEGISLATIVA PARA ADECUAR EL DERECHO INTERNO AL DERECHO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 12.4 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (DERECHO A EDUCACIÓN RELIGIOSA Y MORAL).
Amparo en revisión 159/2013	OMISIÓN LEGISLATIVA DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL DE PROVEER MEDIDAS ADECUADAS PARA PROPORCIONAR ACCESO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL APOYO QUE PUEDAN NECESITAR EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA. INCOMPATIBILIDAD DE LA NORMATIVA NACIONAL (CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL), CON LA INTERNACIONAL (CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD), RESPECTO DEL RÉGIMEN RELATIVO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA (DECLARACIÓN DE ESTADO DE INTERDICCIÓN AL PADECER SÍNDROME DE DÉFICIT INTELECTUAL). ARGUMENTA VIOLACIÓN A LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 1 Y 133 CONSTITUCIONALES; 1, 3 Y 24 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y 4, 5, 8 Y 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
Amparo en revisión 29/2013	OMISIÓN LEGISLATIVA DE EMITIR LA NUEVA LEY DE AMPARO. PRECISAR SI POR VIRTUD DE LAS REFORMAS Y ADICIONES A LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN, VIGENTE A PARTIR DEL 04 DE OCTUBRE DE 2011, EL JUICIO DE AMPARO ES PROCEDENTE CUANDO SE RECLAMA LA OMISIÓN DEL

	LEGISLADOR DE EXPEDIR UNA LEY O ARMONIZAR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EXISTENTE CON LAS REFORMAS A LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES QUE REGULA, DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO POR EL PODER REFORMADOR. ARGUMENTA VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 1, 14, 16, 17, 103, 107, 128 Y 133 CONSTITUCIONALES.
Amparo en revisión 750/2012	LA OMISIÓN LEGISLATIVA PARA EMITIR LA LEY DE AMPARO, ORDENADA EN EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DEL DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 06 DE JUNIO DE 2011, POR EL QUE SE REFORMARON LOS ARTÍCULOS 94, 103, 104 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN EL QUE SE CONCEDE AL CONGRESO DE LA UNIÓN UN PLAZO DE 120 DÍAS SIGUIENTES A LA PUBLICACIÓN DE DICHAS REFORMAS PARA EMITIR LA LEGISLACIÓN REGLAMENTARIA (PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDA CONTRA UNA OMISIÓN LEGISLATIVA) CONSTRUCCIÓN DE CRITERIOS JURÍDICOS RESPECTO A LA DEFINICIÓN DE QUE SI EN LOS TÉRMINOS DE LA REDACCIÓN ACTUAL DEL ARTÍCULO 103 CONSTITUCIONAL, ES POSIBLE ANALIZAR EN EL AMPARO UNA OMISIÓN LEGISLATIVA; LA DECISIÓN DE CUÁLES PUEDEN SER LOS EFECTOS DEL AMPARO EN QUE SE RECLAMA UNA OMISIÓN LEGISLATIVA, SI SE DECIDE QUE ÉSTE ES PROCEDENTE, FRENTE AL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS ARGUMENTA VIOLACIÓN A LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 1º, 14, 16, 17, 103, 104/ Y 107, CONSTITUCIONALES.
SOLICITUD DE EJERCICIO DE LA FACULTAD DE ATRACCIÓN 518/2015	LA OMISIÓN EN LA DISCUSIÓN Y APROBACIÓN DEL DECRETO DE UNA REGULACIÓN TRANSITORIA RESPECTO AL TRATAMIENTO QUE DEBE DARSE A PARTIR DE 2014 AL CRÉDITO DEL IMPUESTO EMPRESARIAL A TASA ÚNICA QUE SE PREVEÍA EN EL ARTÍCULO 11, PRIMER PÁRRAFO DE LA LEY DEL IMPUESTO EMPRESARIAL A TASA ÚNICA, GENERADO EN EJERCICIOS ANTERIORES Y QUE SE VENIA APLICANDO HASTA EL EJERCICIO DE 2013, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 11 DE DICIEMBRE DE 2013.
SOLICITUD DE EJERCICIO DE LA FACULTAD DE ATRACCIÓN 132/2015	FIJAR UN CRITERIO SOBRE LA OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA CUANDO SE ENCUENTRAN IMPLICADOS LAS OBLIGACIONES GENERALES QUE TIENEN TODAS LAS AUTORIDADES, EN ESTE CASO LOS PODERES LEGISLATIVO, DE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS, SUS EFECTOS Y CONSECUENCIAS.
SOLICITUD DE EJERCICIO DE LA FACULTAD DE ATRACCIÓN 633/2014	INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 103, FRACCIÓN CONSTITUCIONAL, EN RELACIÓN AL CONCEPTO DE OMISIÓN LEGISLATIVA.
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 131/2015	OMISIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE PARIDAD HORIZONTAL EN LA POSTULACIÓN DE PLANILLAS A MIEMBROS DE LOS AYUNTAMIENTOS.
QUEJA 20/2015	OMISIÓN DE CUMPLIR CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO CUARTO TRANSITORIO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 14 DE AGOSTO DE 2001 DILUCIDAR SI CONFORME AL NUEVO MARCO LEGAL PREVISTO EN LA LEY DE AMPARO QUE ENTRÓ EN VIGOR A PARTIR DEL TRES DE ABRIL DE DOS MIL TRECE, SUBSISTE EL CRITERIO RELATIVO A LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE OMISIONES LEGISLATIVAS, LO ANTERIOR, SOBRE TODO, ATENDIENDO A QUE LAS OMISIONES QUE LA QUEJOSA IMPUGNÓ EN EL JUICIO DE AMPARO TIENEN SU ORIGEN EN UN MANDATO CONSTITUCIONAL

	PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS TRANSITORIOS DE LA REFORMA DE CATORCE DE AGOSTO DE DOS MIL UNO. ANALIZAR EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO EN RELACIÓN CON UN MANDATO CONSTITUCIONAL PREVISTO POR EL PODER CONSTITUYENTE EN EL CUAL DISPONE DETERMINADAS OBLIGACIONES PARA LAS ENTIDADES FEDERATIVAS, CON LA FINALIDAD DE QUE ÉSTAS INCORPOREN EN SUS ÁMBITOS COMPETENCIALES LOS DERECHOS PREVISTOS EN ALGÚN PRECEPTO CONSTITUCIONAL, LO CUAL COBRA RELEVANCIA SI SE ADVIERTE QUE LA OMISIÓN LEGISLATIVA QUE IMPUGNÓ LA QUEJOSA DERIVA DE UN MANDATO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE SERÍA CONVENIENTE ESTABLECER SI EL CRITERIO SUSTENTADO POR ESTA SEGUNDA SALA ES APLICABLE A OMISIONES LEGISLATIVAS ABSOLUTAS, TANTO DE EJERCICIO POTESTATIVO COMO DE EJERCICIO OBLIGATORIO.
CONTROVERSI A CONSTITUCIO NAL 79/2013	OMISIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, DE NO ADECUAR LA LEY DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA PARA EL ESTADO, A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO TERCERO TRANSITORIO DEL DECRETO DE REFORMA AL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUBLICADO EL VEINTITRÉS DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE, RESPECTO DE LA TRANSFERENCIA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL AL MUNICIPIO ACTOR.
CONTROVERSI A CONSTITUCIO NAL 16/2013	OMISIÓN LEGISLATIVA DE DISCUTIR Y APROBAR LA INICIATIVA DE PROYECTO DE LEY DE INGRESOS DEL MUNICIPIO ACTOR PARA EL EJERCICIO FISCAL DEL AÑO DOS MIL TRECE.
CONTRADICCI ÓN DE TESIS 391/2014	OMISIÓN LEGISLATIVA. DETERMINAR SI ES PROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO EN CONTRA DE LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR DE EXPEDIR UNA LEY QUE ESTABLEZCA UN PROCEDIMIENTO AL INTERIOR DE LA COMISIÓN BANCARIA Y DE VALORES, RESPECTO DE LOS BLOQUEOS, ASEGURAMIENTOS E INMOVILIZACIÓN DE CUENTAS BANCARIAS.
CONTRADICCI ÓN DE TESIS 391/2014	OMISIÓN LEGISLATIVA. DETERMINAR SI PROCEDE EL AMPARO INTERPUESTO EN CONTRA DE LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR DE EMITIR UNA NUEVA LEY DE AMPARO.

El Pleno del referido Alto Tribunal ha resuelto diversas controversias constitucionales relacionadas con la "armonización con la Ley General de Educación", entre las cuales:

	CC	PARTES INVOLUCRADAS
1.	47/2014 CONTROVERSI CONSTITUCIONAL	ACTOR: LA FEDERACIÓN POR CONDUCTO DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL DEMANDADO: PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA
2.	38/2014 CONTROVERSI CONSTITUCIONAL	ACTOR: LA FEDERACIÓN POR CONDUCTO DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL DEMANDADO: PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO DEL ESTADO DE OAXACA

3.	48/2014 CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL	ACTOR: LA FEDERACIÓN POR CONDUCTO DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL DEMANDADO: PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO DEL ESTADO DE ZACATECAS
4.	41/2014 CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL	ACTOR: MUNICIPIO DE CHURINTZIO, ESTADO DE MICHOACÁN DEMANDADO: PODERES LEGISLATIVO Y EJECUTIVO DEL ESTADO DE MICHOACÁN
5.	39/2014 CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL	ACTOR: LA FEDERACIÓN POR CONDUCTO DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL DEMANDADO: PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO DEL ESTADO DE MICHOACÁN
6.	34/2014 CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL	ACTOR: MUNICIPIO DE TINGAMBATO, ESTADO DE MICHOACÁN DEMANDADO: PODERES LEGISLATIVO Y EJECUTIVO DEL ESTADO DE MICHOACÁN
7.	37/2014 CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL	ACTOR: LA FEDERACIÓN POR CONDUCTO DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL DEMANDADO: PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO DEL ESTADO DE CHIAPAS
8.	63/2014 CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL	ACTOR: LA FEDERACIÓN POR CONDUCTO DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL DEMANDADO: PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO DEL ESTADO DE MORELOS
9.	40/2014 CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL	ACTOR: LA FEDERACIÓN POR CONDUCTO DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL DEMANDADO: PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO DEL ESTADO DE SONORA

Finalmente, en los estados de Tlaxcala, Veracruz, Chiapas, Quintana Roo, Coahuila, Nayarit, Durango y Yucatán se ha regulado a nivel constitucional la figura de la omisión legislativa inconstitucional, con diversas características en común, verbigracias que sus constituciones se refieren a la omisión legislativa inconstitucional absoluta, asimismo el órgano encargado de determinar la inconstitucionalidad de la omisión es un Tribunal, a su vez éste mediante su resolución puede fijar un plazo para que el legislador expida la normativa faltante, e incluso dictar las bases a que deban sujetarse el legislador.

También se encuentran los estados de Querétaro y Coahuila, que contemplan sólo la omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria, sin referirse expresamente a la omisión legislativa.

CONCLUSIONES

Recapitulando, se pudieron identificar ciertos conceptos que no forman parte del de omisión legislativa inconstitucional, asimismo, se distinguieron algunos elementos constantes y necesarios que permiten configurar dicho concepto, como son: la previsión constitucional, observándose tres rubros (constitucional, legal y jurisprudencial); el mandato de legislar, se observó una constante (inobservancia de las normas constitucionales); los órganos a que va dirigido dicho mandato, se observaron dos rubros: el genérico, que va dirigido a los órganos con potestad normativa formal y material y el específico: que va dirigido a los órganos con potestad normativa formal, diferenciado aquí entre legislador primario (Constituyente) y secundario; las normas que hay que legislar, atendiendo a la naturaleza de la norma, se observaron dos rubros: el genérico (cualquiera) y el específico (normas locales, federales, impositivas, facultativas); la eficacia de las normas, se observó una constante (normas de eficacia limitada); tiempo de solución, se observó una constante (no está especificado, aunque en el caso de Venezuela y Ecuador sí se enuncia el deber de establecerse un plazo); y finalmente, el órgano encargado de resolver la omisión, se observó una constante (un órgano jurisdiccional) superándose así el de un órgano político como fue el caso de Portugal.

De manera que, reflexionando sobre aquellos países que han regulado dicho instituto en rango constitucional, de aquellos que lo han previsto vía jurisprudencial, se observa que estos últimos tienen una constante, sus tribunales, a través de los cuales se ha podido construir una teoría en torno a la tipología de la "omisión legislativa inconstitucional", por ejemplo, Silvia Patiño y Víctor

Orozco¹⁶⁵ distinguen dos tipos de omisiones, por un lado, se ubican "las omisiones legislativas a cargos expresos" y, por el otro, "las omisiones legislativas a cargos tácitos", ambas resumen lo que se ha expuesto en líneas anteriores, es decir los tipos de normas constitucionales y su vinculación con el legislador, refrendando la importancia del elemento "mandato constitucional".

Sin embargo, fue con la clasificación alemana, la cual sigue vigente hasta nuestros días y como refiere José Julio Fernández Rodríguez es: *"la división que ha tenido más éxito, repitiéndose como un auténtico topos (...) la obra del magistrado del Tribunal Constitucional alemán Wessel en un artículo sobre el recurso de amparo (Verfassungsbeschwerde) en la jurisprudencia de ese Alto Tribunal (...). [Wessel] considerado el pionero del estudio de la omisión del legislador (Unterlassung des Gesetzgebers), diferencia entre la omisión legislativa absoluta y la relativa (...), [la primera] alude a la ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional, [y la segunda] hace referencia a la vulneración del principio de igualdad por olvido de ciertos grupos en la legislación"*,¹⁶⁶ por lo que a partir de estas ideas se hizo una importante aportación a la ciencia jurídica, debatir sobre el tema de la "omisión legislativa inconstitucional" pues se han dado en Alemania y en el mundo distintas posturas, al respecto Constantino Mortati consideró equivocada la distinción de Wessel desde dos puntos de vista: *"uno, la falta de toda regulación no es suficiente para impedir una acción que trata de reparar esa situación; dos, las omisiones relativas son perseguibles cuando vulneran una disposición constitucional y no sólo cuando atacan el principio de igualdad"*,¹⁶⁷ lo anterior interesa, en el sentido de reflexionar, primero, ¿Mortati se refiere a "un hecho que no está jurídicamente contemplado en el texto constitucional", y que no obstante ello pueda aplicarse al caso concreto un principio o supuesto normativo ejercitable a través de algún medio de defensa que repare tal situación? La respuesta es sí, ya que, Mortati se refiere a las "omisiones legislativas relativas" y no a las "omisiones legislativas absolutas"; segundo, ¿se refiere a que el concepto de

¹⁶⁵ Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano, *op. cit.*, nota 52, pp.72-80

¹⁶⁶ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p.p. 41 y 42.

¹⁶⁷ Miguel Carbonell, *op. cit.*, nota 40, p. 43.

"omisión legislativa relativa" es más amplio que no únicamente se contravenga el principio de igualdad, sino cualquier otro principio o precepto dispuesto en el texto constitucional? La respuesta es sí, pues tratándose de las omisiones relativas para Mortati e incluso para Villaverde el derecho se puede completar a partir de algún método de integración del derecho, en otras palabras Mortati refiere que: *"las omisiones parciales no se restringen a la vulneración del principio de igualdad sino que también abarcan una incompleta regulación de un instituto que origine la ineficacia de la norma constitucional y el consiguiente fraude al texto básico,"*¹⁶⁸ aquí es preciso distinguir que no es lo mismo estar frente a una deficiencia legislativa que a una ausencia de regulación, porque para esta última no se puede configurar el derecho por un juzgador, solamente tratándose de las "omisiones parciales", que en todos los casos origina lagunas en el sistema jurídico, pero no a la inversa, de ahí que tampoco son equiparables, al contrario como se refirió anteriormente en este trabajo¹⁶⁹ Mortati distingue entre una "omisión legislativa inconstitucional" y una "laguna jurídica", aludiendo al principio de división de poderes que debe prevalecer en lo que corresponde al juzgador como intérprete de la norma y al legislador como configurador del sistema normativo.

Fernández Rodríguez explica que mientras las omisiones "absolutas" o "totales" tienen un carácter "formal", las omisiones "relativas" o "parciales" tienen un carácter "material", pero si retomamos lo expuesto por Mortati las "omisiones parciales" también pueden subdividirse según su carácter, en material o formal, este último porque pueden abarcan una incompleta regulación de un instituto que origine la ineficacia de la norma constitucional; para mayor claridad Stahler considera que: *"la omisión formal se produce respecto a una materia que en opinión del que censura la omisión necesita regulación y la material se da cuando el legislador no ha efectuado, desde el punto de vista material, la regulación deseada por aquellos que censuren la existencia de omisión de una determinada materia",*¹⁷⁰ en consecuencia es que "toda omisión formal lo es también material,

¹⁶⁸ *Ibidem*, p.44.

¹⁶⁹ Ver nota al pie número 77.

¹⁷⁰ *Ídem*.

pero no a la inversa”, Nicolás Trocker también refiere que dentro de las “omisiones absolutas” existe las: *“omisiones puras, si no existe regulación anterior en la materia, y las impuras, si existe tal normativa”*.¹⁷¹

En consideración con lo anterior, una omisión legislativa “absoluta”, “total”, “pura” y “formal” surge ante la ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional que no había sido normado anteriormente o bien de la misma forma y en consecuencia en opinión del que censura la omisión carece en ese momento de regulación; por otro lado, las omisiones legislativas “parciales”, “materiales”, “relativas” e “impuras” se dan cuando el legislador olvido, desde el punto de vista material, una regulación deseada por aquellos que desapruban la existencia de una omisión de un determinado instituto, que previamente a ello, por disposición constitucional ya estaba regulado, lo que puede originar una vulneración al texto constitucional o al principio de igualdad por olvido de ciertos grupos que no han sido reconocidos en la legislación.

En ese sentido, las “omisiones legislativas parciales inconstitucionales” efectivamente están vinculadas con las lagunas jurídicas, por ello los órganos jurisdiccionales pueden integrar la norma faltante en el orden jurídico a través de sus resoluciones, sin impedir que el legislador sea quien modifique esa deficiencia normativa injustificada y que impide el pleno goce de los derechos constitucionales, pues sería un contrasentido perpetuar una norma inconstitucional.

También se observa que en los países que prevén a nivel constitucional la institución de la “omisión legislativa inconstitucional” vinculan directamente a cualquier órgano competente en expedir las normas o medidas necesarias para el efectivo cumplimiento del texto constitucional, con lo cual incluso se origina que el espectro omisivo se pueda extender al resto de los poderes como el judicial o administrativo, por ello y por lo expuesto anteriormente se propone que las referidas omisiones absolutas puedan ser entendidas como: “omisiones legislativas

¹⁷¹ Ídem.

abstractas" pues como se refirió al no existir normativa previa, deberá ser el órgano jurisdiccional que determine la inconstitucionalidad de la norma faltante a través de un estudio de constitucionalidad abstracto, de manera que el propio legislador repare la ausencia o mora normativa que origina normas constitucionales ineficaces.

Finalmente se observa que los países que no prevén esta institución en sus constituciones pero sí en su jurisprudencia, son más tímidos en la regulación de las "omisiones legislativas absolutas", siendo más común el desarrollo jurisprudencial de la "omisión legislativa relativa" pues es precisamente a través de sus tribunales que se vincula al legislador con la norma constitucional de eficacia limitada en un ejercicio de integración normativa, de manera que por ello y lo expuesto anteriormente se propone llamarlas como: "omisiones legislativas concretas" ya que en este tipo de omisiones, por lo general el juzgador resuelve atendiendo al caso en concreto beneficiando sólo a las partes que se ven vulneradas por lo general en su derecho a la igualdad por el olvido o el descuido del legislador.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.

1. BÁEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009.
2. CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, (Coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011.
3. _____, *Teoría del neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*, México, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 2007.
4. _____, *En busca de las normas ausentes, ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
5. DA SILVA, José Alfonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003.
6. ETO CRUZ, Gerardo, *Constitución y procesos constitucionales*, Perú, Adrus D&L, Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico Constitucionales, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Sección Peruana, 2013, t.I.
7. _____, Gerardo, *Constitución y procesos constitucionales*, Perú, Adrus D&L, Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico Constitucionales, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Sección Peruana, 2013, t.II.
8. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La jurisdicción constitucional iberoamericana: el reto competencial*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014.

9. FERNÁNDEZ, SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004.
10. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ACUÑA, Juan Manuel, *Curso de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2011.
11. _____, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Marcial Pons, 2014.
12. _____, *et. al.*, (Coords.) *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, 2013, t.I.
13. FIX- ZAMUDIO, HECTOR y VALENCIA CARMONA, Salvador (Coords.), *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 8a. ed., México, Porrúa - Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012.
14. _____, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Porrúa, 2011.
15. GIACOMETTE FERRER, Ana. *et. al.*, *Segundo congreso colombiano de derecho procesal constitucional*, Colombia, Universidad Católica de Colombia, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, 2011.
16. GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl y VALADÉS, Diego (Coords.) *El constitucionalismo contemporáneo, Homenaje a Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2013.
17. GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2007.
18. HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Argentina, Buenos Aires, Astrea, 2007.
19. _____, *El Estado constitucional*, 3a. ed., Argentina, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

20. JUÁREZ JUÁREZ, Edgar Alberto, *Ejecución de los laudos laborales al Estado*, México, Porrúa, 2012.
21. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, LX Legislatura, 2007.
22. MEDINA GUERRERO, MANUEL, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996.
23. MONTOYA ZAMORA, Raúl, *Derecho procesal electoral*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011.
24. MORALES VELÁSQUEZ, Andrés Alonso, *Derechos sociales fundamentales en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli, omisiones legislativas y posiciones jurídicas sociales fundamentales*, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, 2013.
25. PATIÑO CRUZ, Silvia y OROZCO SOLANO, Víctor, *La inconstitucionalidad por omisión*, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 2011.
26. PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Argentina, Astrea, 2013.
27. RANGEL HERNÁNDEZ, Laura Maribel, *Justicia para adolescentes e inconstitucionalidad por omisión legislativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
28. _____, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa, teoría general y su control jurisdiccional en México*, México, Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009.
29. REY CANTOR, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008.
30. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, 1ª reimpresión, Argentina, Ciudad de Buenos Aires, 2004.

31. SANTOS FLORES, Israel, *Omisión legislativa en materia tributaria, el caso de México, México*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
32. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Derechos humanos, Parte General*, México, SCJN, 2013.
33. _____, *La Toga y la Palabra*, México, SCJN, 1997.
34. VEGA GÓMEZ, Juan, CORZO SOSA, Edgar, (Coords) *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congresos Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
35. VIGO, Rodolfo Luis, *Constitucionalización y judicialización del derecho, del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2013.
36. VON BOGDANDY, Armin, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, Supranacional e Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

FUENTES HEMEROGRÁFICAS.

ARTÍCULO

1. ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo I., *Interpretación y aplicación de las normas jurídicas*, La Toga y la palabra, México, SCJN, 1997.

REVISTAS

1. ASTUDILLO, César, "Omisión Legislativa", *Derechos Humanos*, México, núm. 199, septiembre de 2009.

2. BÁEZ SILVA, Carlos, "La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXV, núm. 105, septiembre-diciembre de 2002.
3. BREWER CARÍAS, Allan R., "El Control de la Constitucionalidad de la Omisión Legislativa y la Sustitución del Legislador por el Juez Constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, julio-diciembre de 2008.
4. CRUZ REYNA, Elizabeth, "El Control Constitucional de la Omisión Legislativa en México", *México, JuríPolis*, vol. 1, núm. 9, 2009.
5. CRUZ REYNA, Elizabeth, "El Control Previo de Constitucionalidad: la Omisión Legislativa en México", *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, número especial, octubre de 2012.
6. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El Control de las Omisiones Legislativas por el Bundesverfassungsgericht", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, julio-diciembre de 2008.
7. Fernández Segado, Francisco, "El nuevo régimen jurídico de la ação de inconstitucionalidade por omissão: La Ley brasileña n.º 12.063, de 27 de octubre de 2009", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, 2010.
8. IBARRA DELGADILLO, José D., "La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa", *Escenarios*, México, año 3, núm. 28, junio de 2009.
9. RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, "La acción de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en la Constitución Mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional", *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 18, enero-junio de 2008.
10. SANTOS FLORES, Israel, "La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en Materia Tributaria", México, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 16, julio-diciembre de 2011.
11. SIERRA PACHECO, María, "La Omisión Legislativa", *Nexo Jurídico*, México, año IV, núm. 10, enero-marzo de 2010.

NORMATIVA

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2014.

JURISPRUDENCIA

1. Semanario Judicial de la Federación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
2. Buscador Jurídico Avanzado en Materia de Derechos Humanos.