

CAPÍTULO PRIMERO

OMISIÓN LEGISLATIVA

CONSIDERACIONES GENERALES

I. LOS DESAFÍOS POR ENFRENTAR

A pesar de que la bibliografía sobre la omisión legislativa ha crecido rápidamente en años recientes, la doctrina no ha encontrado aún un punto de acuerdo que sirva de base común para ofrecer un concepto propiamente dicho de la institución. De hecho, para algunos autores sólo el Poder Legislativo puede incurrir en inconstitucionalidad por omisión,⁹ dejando a salvo las responsabilidades que pudieran fincarse al Poder Ejecutivo con motivo de su inactividad. Yendo más lejos, el grueso de la doctrina constitucional¹⁰ sólo aprueba su actualización cuando el legislador omite el desarrollo de un mandato expreso contenido en una norma de rango constitucional, excluyendo categóricamente al resto de normas jurídicas. Y todavía más: no obstante la nube de confu-

⁹ Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación al concepto...”, *op. cit.*, nota 3, pp. 7 y ss.

¹⁰ Leal Wilhem, Salvador, “Inconstitucionalidad por omisión”, *Cuestiones Políticas*, Maracaibo, núm. 28, enero-junio, 2002, p. 63; Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión...*, *cit.*, nota 1, pp. 74-78; Báez Silva, Carlos, “La omisión legislativa y el problema procesal que genera el planteamiento de su inconstitucionalidad en el ordenamiento federal. Comentarios a partir de la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 7/2003, promovida por el Partido de la Revolución Democrática”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, tercera época, año VIII, núm. 106, abril, 2004, pp. 757 y ss.; Rojas Manrique, Sandra María, “Inconstitucionalidad por omisión en Colombia”, *Estudios de Derecho*, Colombia, año LXII, segunda época, vol. LIX, núms. 133 y 134, diciembre, 2000, pp. 99 y ss., entre otros.

sión respecto de la tipología de la figura, aún existen posturas que niegan su existencia jurídica.¹¹

Aunado a estas dificultades teórico-conceptuales, muchas veces el término “omisión legislativa” es utilizado en la práctica para designar o hacer alusión a cualquier tipo de pasividad o silencio, situación que ha acrecentado la incertidumbre y ha dificultado diferenciar la figura respecto de otras con aristas más o menos similares como son el silencio administrativo o las lagunas del derecho, por mencionar algunas.

Estas cuestiones nos constriñen a estudiar el tema en dos sentidos: primeramente, analizando la figura en sí misma (dimensión taxativa), y ulteriormente, diferenciándola respecto de otras instituciones que, por sus características, suelen utilizarse como equivalentes (dimensión negativa).¹²

Así, el único objetivo de este primer apartado será hacer un sucinto análisis de lo que la doctrina, tanto nacional como extranjera, ha dicho sobre el tema, para después estudiar el caso mexicano desde la perspectiva del derecho tributario y conforme los criterios emitidos en años recientes por nuestra Suprema Corte de Justicia.

II. OMISIÓN LEGISLATIVA (DIMENSIÓN TAXATIVA)

1. *Significado del vocablo “omisión”*

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua, “omisión” proviene del latín *omissio*, *-ōnis*, que significa “abstención de hacer o decir”; “falta por haber dejado de hacer algo necesario o

¹¹ Vgr., Ruiz Miguel, Carlos, “L’incostituzionalità per omissione”, *Quaderni costituzionali, Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, Italia, año XXIII, núm. 4, diciembre, 2003. Del mismo autor: “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 2, julio-diciembre, 2004.

¹² Tal como lo hace Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión...*, *cit.*, nota 1; y continúa distinguiendo en su trabajo más reciente al respecto: “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, *op. cit.*, nota 3.

conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado”; y “flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto”.¹³ El Diccionario del español moderno agrega dos nociones más: “dejar de cumplir” y “negligencia”¹⁴ y, a su vez, el Diccionario del español usual en México añade: “acto de omitir, de no incluir o de no hacer algo”.¹⁵

Para tener una mejor idea del alcance de la voz “omisión”, algunos de los sinónimos que los diccionarios especializados¹⁶ nos ofrecen respecto de ella son: descuido, olvido, desatención, inadvertencia, distracción, dejadez, incuria, abandono, pereza, flojedad, indolencia, laguna, vacío, hueco, falta, ausencia, desiste, error y equivocación.

Ahora bien, trasladando el término al área del derecho, cabe mencionar que algunos diccionarios jurídicos no contemplan la expresión “omisión”,¹⁷ o si lo hacen es para reducirla al campo de estudio del derecho penal.¹⁸ Sin embargo, ciertos autores

¹³ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., <http://www.rae.es/rae.html>, consultado el 16 de Marzo de 2009. Sin embargo, Julio Pimentel considera que la voz “omisión”, además de provenir del latín *omissio*, *-ōnis*; también deriva de la expresión *praetermissio* que, a su vez, alude a *praetermitto*, *missi*, *missum* y *ere*, que, entre otras acepciones, significa: “omitir”, “no dejar de hacer nada”, “suprimir”, “pasar por alto” y “dejar pasar”. Cfr. Pimentel Álvarez, Julio, *Diccionario latín-español/español-latín. Vocabulario clásico, jurídico y eclesiástico*, 8a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 611.

¹⁴ Alonso Martín, *Diccionario del español moderno*, 3a. reimpression, México, Aguilar, 1992, p. 742.

¹⁵ Lara, Luis Fernando (dir.), *Diccionario del español usual en México*, México, El Colegio de México, Centro de Estudios Lingüísticos y Literarios, 1996, p. 654.

¹⁶ Corripio, Fernando, *Gran diccionario de sinónimos. Voces afines e incorrecciones*, 1a. reimpression, México, Grupo Zeta, 1991, p. 791; *Diccionario Océano de sinónimos y antónimos*, Barcelona, Grupo Océano, 2007, p. 424.

¹⁷ Cabanellas Torres, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, Buenos Aires, Heliasta, 1988; Pina, Rafael de, *Diccionario de derecho*, 17a. ed., México, Porrúa, 1991.

¹⁸ *Diccionario jurídico Espasa*, Madrid, LEX, Espasa Calpe, 2002, pp. 1058-1060; *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001; *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. XX, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1965; Islas de González Mariscal, Olga y Ramírez

apuntan que es precisamente a partir de la noción penal que la palabra es acogida por la doctrina constitucional,¹⁹ que al adherirle el adjetivo “legislativa”, se convierte en una voz compuesta localizable, ya en los modernos diccionarios de derecho constitucional, ya sea como omisión legislativa o como inconstitucionalidad por omisión.²⁰

Pero regresando al significado primigenio del vocablo, Fernández Rodríguez, pese a que reconoce que el término encuentra sus orígenes en la figura de la preterición del derecho romano que hacía referencia al olvido del testador respecto al heredero legítimo, coincide en que fue la concepción de omisión del derecho punitivo la adoptada por el derecho constitucional,²¹ para entenderla como la inobediencia de la ley.

En palabras de Díaz de León, “la omisión es una manifestación de la voluntad que se exterioriza en una conducta pasiva, en un “no hacer”. Pero no toda inactividad voluntaria constituye una omisión penal, es preciso para que ésta exista, que la norma penal ordene la ejecución de un hecho determinado”.²²

Hernández, Elpidio, “Omisión”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2004, tomo V: M-P, pp. 339-341.

¹⁹ Rángel Hernández, Laura, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 18, enero-junio, 2008, p. 204; Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, *op. cit.*, nota 3, p. 5.

²⁰ Báez Silva, Carlos, “Inconstitucionalidad por omisión”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 696.

²¹ Según el autor, “la doctrina penal ha considerado que la omisión relevante para esta rama del derecho posee una naturaleza normativa y no prejudicial; es decir, la omisión que origina la reacción del ordenamiento penal es la omisión del actuar a que obliga la ley”. A pesar de este recibimiento que se ha hecho del sentido penal de “omisión”, el autor considera que términos como “dejación” o “inactividad” hubieran resultado más apropiados para el derecho constitucional. Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación...”, *op. cit.*, nota 3, pp. 6 y 7.

²² Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1986, p. 1186.

Así, el derecho penal sanciona el no actuar de los individuos cuando es una norma jurídica la que exige una conducta de acción o cuando la omisión provoca un resultado que es sancionado, como en los casos de comisión por omisión.

De cualquier forma, el sentido penal de la omisión tiene una connotación similar a la que estamos estudiando ahora, pues ésa inobservancia de la ley produce consecuencias jurídicas para aquél que estaba obligado a actuar. Es por eso que, a decir de Báez Silva, “sólo se puede omitir una conducta cuya presencia es probable (ya sea empírica o normativamente)”.²³ Pero esa probabilidad siempre está ligada a un concreto y completo actuar, a un específico hacer que la norma impone y que espera se materialice a plenitud. Así pues, jurídicamente, omisión significa no cumplir cabalmente con lo que, de forma concreta, exige la norma.

Por tanto, creemos que la omisión jurídica (en general) requiere de dos elementos cardinales. A saber: una norma que demanda un determinado hacer a sus destinatarios o espera de ellos cierto comportamiento (elemento formal u objetivo) y un sujeto que, estando obligado a su cumplimiento, voluntariamente la transgrede al no acatarla en lo absoluto o al observarla inacabadamente (elemento material o subjetivo).

Consecuentemente, a reserva de estudiarlo más adelante, de esta definición obtenemos dos tipos de omisión: una absoluta o total que, como su nombre lo indica, implicará una inactividad permanente y rotunda; y una relativa o parcial, que involucrará un cumplimiento deficiente de la norma, o por decirlo así, un “medio hacer” que, aunque representa un incipiente cumplimiento de la norma, sigue vulnerándola.

²³ Báez Silva, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 396.

2. *El conflicto conceptual*

Una vez analizado el significado, los elementos y los tipos de omisión, corresponde el análisis de la voz compuesta “omisión legislativa”, cuyo contenido es tan complejo y difuso que ha hecho difícil la construcción de un concepto propiamente dicho. Creemos que ello se debe a dos cuestiones no opuestas entre sí. La primera de ellas alude al elemento formal; es decir, al tipo de norma susceptible de ser vulnerada por omisión, mientras que la segunda refiere al elemento subjetivo, o sea, al sujeto obligado a actuar. Respecto del primer elemento encontramos dos corrientes doctrinarias: la que concibe al texto constitucional como único instrumento jurídico posible de ser quebrantado con motivo de omisión (“inconstitucionalidad por omisión”) y la que sostiene que dicho quebranto puede actualizarse en normas de inferior jerarquía como leyes federales, generales o reglamentarias (“ilegalidad por omisión”).²⁴ A su vez, nuestra segunda cuestión —el elemento material o subjetivo—, encuentra también dos posturas: la que califica al Poder Legislativo como único sujeto legítimamente capaz de infringir las normas que esperan de él un hacer (llamada también “postura reducida”)²⁵ y aquella que acepta la posibilidad de que sea cualquiera de los tres órganos del poder público el que incurra en dicha omisión (“postura extensa”).²⁶

Como hemos dicho, estas dos disyuntivas no se repelen, por lo que, como se podrá advertir, nuestros dos elementos, al ser mezclados, se convierten realmente en cuatro. Encontraremos entonces las siguientes opiniones:

Sólo norma constitucional-sólo Poder Legislativo. Esta es la postura más estricta y que más ha estudiado el tema. Por ser de corte plenamente constitucional y tradicionalista han denominado “inconstitucionalidad por omisión legislativa” u “omisión legislativa stricto sensu” a la falta de desarrollo por parte del Poder

²⁴ Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 3, p. 24.

²⁵ *Ibidem*, pp. 7-12.

²⁶ *Idem*.

Legislativo respecto de un mandato expreso contenido en una norma de la ley fundamental. Dentro de esta escuela encontramos a Aguiar de Luque, Picardi, Silvestri, Gomes Canotilho, Fernández Rodríguez, Villaverde Menéndez, Morón Urbina, Casal, entre otros.

Sólo norma constitucional-cualquier poder. Dentro de este rubro la “omisión legislativa *lato sensu*” es entendida como la vulneración del texto constitucional con motivo de la inercia de cualquier poder constituido (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), por lo que no dictar leyes, no emitir actos administrativos o políticos y no pronunciar decisiones judiciales o no fiscalizar judicialmente ciertos actos se configuran como conductas omisas. En estos dos últimos supuestos nos ubicamos dentro de lo que Rangel Hernández identifica como “omisiones inconstitucionales administrativas y/o jurisdiccionales”. Pertenecen a esta corriente: Mortati, Urosa Maggi, Fernández Segado, Bazán, Bidart Campos, Gavara De Cara, Miranda, Sagués, Rodríguez Machado, Rojas Manrique, etcétera.

Cualquier norma-sólo el Poder Legislativo. En estos casos la omisión se presenta en cualquier tipo de norma que se dicte o se deje de dictar en ejercicio de la función legislativa. En esta tesitura, Casal, aunque centra su estudio en la omisión legislativa inconstitucional, reconoce que la pasividad del legislador puede ser censurable en ámbitos no constitucionales, para los cuales recomienda emplear las expresiones inactividad o silencio.²⁷ Asimismo, Fernández Rodríguez, quien también defiende la postura reducida, apunta que el término más apropiado para hacer alusión al “no desarrollo normativo cuando éste resulta obligatorio, sin ulteriores especificaciones”, sería la expresión “omisión de

²⁷ Esto debido a que “la Constitución a menudo faculta al legislador pero no lo obliga a legislar en una materia determinada, amén de la existencia de silencios del legislador que desde el punto de vista temporal pueden ser tolerados”. Casal H., Jesús M., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Honrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 50.

normación”,²⁸ que en todo caso, al quebrantar las disposiciones de ley, produce una “ilegalidad por omisión”.

Cualquier norma-cualquier poder. Aquí el concepto se configura como una simple omisión jurídica en su sentido más general. Su enorme grado de imprecisión hace coincidir a esta categoría con la noción más básica de omisión, ofreciéndose como un verdadero “cajón de sastre” en el que cabe todo tipo de negligencia, inactividad u olvido por parte de cualquier órgano del poder público y respecto de cualquier tipo de ley, norma, acto político, reglamento, decisión judicial, etcétera. Naturalmente, por su vaga multiplicidad de supuestos es imposible estudiarla como un todo.

En consecuencia, hablar de omisión legislativa puede implicar diversas acepciones o alcances dependiendo de la postura que se adopte. Sin embargo, no se debe olvidar que la más aceptada por la doctrina es la que la identifica con la inobediencia del texto constitucional concreto por parte del órgano encargado de legislar,²⁹ de tal forma que la expresión omisión legislativa es utilizada para referirse a la inconstitucionalidad por omisión legislativa, cuestión que por su envergadura analizaremos enseguida.

III. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA

1. *Ubicación de la figura*

El nacimiento de la omisión legislativa inconstitucional es resultado de las constituciones de la posguerra que exigen a los órganos públicos un sin número de actuaciones específicas; o bien,

²⁸ Fernández Rodríguez, *op. cit.*, nota 3, p. 24.

²⁹ Para Morón Urbina esto se debe a que “entre las posibles omisiones estatales en el ejercicio de las funciones administrativa, judicial y legislativa, la única desprovista de algún remedio jurídico eficaz resulta ser la omisión legislativa”. Morón Urbina, Juan Carlos, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, núm. 1, 1999, p. 452.

de aquellos Estados que adoptan el modelo de Estado social, cuyos textos constitucionales ordenan “mandatos de actuación” a los poderes constituidos con miras a materializar fehacientemente el proyecto constitucional. De este modo, en coincidencia con el nacimiento del Estado social de derecho, surgen también los llamados mandatos de desarrollo legislativo,³⁰ como resultado de una preocupación por afianzar la justicia constitucional y garantizar el bien común y la seguridad jurídica.

Así, el Estado de derecho moderno exige un legislador activo que dote de efectividad fáctica a los principios y normas que requieren ser desarrolladas conforme los términos que el mandato de actuación lo requiera, precisando —como explica Morón Urbina—, “plazos, excepciones o requisitos”.³¹

De este modo, debe tenerse en cuenta que para hablar de inconstitucionalidad por omisión legislativa es menester contar primero con el *background* teórico mínimo que nos delimite el panorama jurídico bajo el cual tiene cabida la omisión legislativa. Así, analizaremos sucintamente a la Constitución como norma jurídica, al principio de supremacía constitucional y al Estado social de derecho.³²

A. La Constitución como norma jurídica

En pocas palabras, implica visualizar el texto constitucional como norma jurídica plenamente exigible ante los tribunales y de carácter vinculante ante el poder público; esto es, que no se aprecie

³⁰ Casal H., Jesús M., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, *op. cit.*, nota 27, p. 35.

³¹ Morón Urbina, Juan Carlos, “La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad”, *Revista Jurídica del Perú*, Lima, año XXXIX, núms. III y IV, julio-diciembre, 1988, p. 350.

³² Para mayor abundamiento sobre estos tópicos: Báez Silva, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXXV, núm. 105, septiembre-diciembre, 2002, pp. 742-757.

como un simple conjunto de principios políticos.³³ Para García de Enterría, a la ley fundamental se le ha quitado valor normativo, para entenderse como un mero texto jurídico relativo a la organización y funcionamiento del poder público, en el que el resto de su contenido se advierte como un conjunto de preceptos eficaces en cuanto el legislador los desarrolle.³⁴ Y aunque la idea de Constitución ha cambiado con el devenir histórico asimilando la tonalidad de la realidad social imperante, su esencia es ser una norma popular,³⁵ pues en ella el pueblo vierte su voluntad general. Precisamente con la decadencia de la ideología totalitaria del Estado absoluto y el holocausto de la Segunda Guerra Mundial es que se retoma con más ímpetu la inclusión del pueblo en el proyecto constitucional, dejando de ser un documento de poder otorgado por el monarca hacia sus súbditos para erigirse en instrumento democrático³⁶ de limitación y control del poder.³⁷ Por

³³ Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión...*, cit., nota 1, p. 49. Esta misma idea es suscrita por Bazán, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: El control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1997, p. 46.

³⁴ García de Enterría, Eduardo, “La Constitución como norma jurídica”, en Pedrieri, Alberto y García de Enterría, Eduardo (coords.), *La Constitución Española de 1978*, Madrid, Civitas, 1981, p. 97 y ss. En el mismo sentido opina Rojas Manrique: “la negación de fuerza normativa de la Constitución, propia de los estados legalistas, creó la errada concepción según la cual la Constitución requiere de desarrollo legislativo para su funcionamiento”. Rojas Manrique, Sandra María, “Inconstitucionalidad por omisión en Colombia”, *op. cit.*, nota 10, p. 98.

³⁵ García de Enterría, Eduardo, *ibidem*, p. 98.

³⁶ “La democracia es el principio legitimador de la Constitución, entendida ésta no sólo como forma política histórica, sino, sobre todo, como forma jurídica específica, de tal manera que sólo a través de ése principio legitimador la Constitución adquiere su singular condición normativa, ya que es la democracia la que presta a la Constitución una determinada cualidad jurídica, en la que la validez y la legitimidad resultan enlazadas”, Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, 2002, p. 81.

³⁷ “No es concebible la Constitución como norma... si no descansa en la existencia y efectividad de los controles”, *Ibidem*, p. 102.

eso, la posibilidad del control de la constitucionalidad requiere considerar a la norma básica como realidad normativa con fuerza vinculante y no como una carta de buenos deseos.

B. El principio de supremacía constitucional

Significa que la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico, adquiriendo el carácter de norma suprema sobre la cual las demás adquieren validez propia, por lo que todas aquellas que la contradigan deben ser expulsadas del ordenamiento para salvaguardar el carácter superior del texto constitucional. En esta tesitura, la ley fundamental dispone los procedimientos a través de los cuales se crearán el resto de las normas para ser válidas; es decir, establece el sistema de fuentes sobre el que han de dictarse las demás.

De acuerdo con Gamas Torruco,³⁸ la supremacía constitucional se distingue en que la Constitución es creada por un órgano especial y, por su parte, la legislación ordinaria deriva del órgano instituido por la Constitución, esto muestra que el órgano creado por la Constitución, al producir la legislación ordinaria, no puede ir más allá de la voluntad del constituyente.

Asimismo, la idea de la supremacía constitucional tiene su origen en la preocupación de los Estados modernos de equilibrar las tres tradicionales esferas del poder público, sin otorgar preferencias a ninguno, en especial al legislativo,³⁹ logrando un sistema de pesos y contrapesos en el que impere la división funcional de poderes.

³⁸ Gamas Torruco, José, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1999, pp. 1 y ss.

³⁹ Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 398.

C. *El Estado social de derecho*

Primeramente, la concepción del Estado de derecho en estricto sentido surge como ideología de rechazo o censura a la concentración del poder del Estado absolutista para defender el principio de división de poderes y el incipiente reconocimiento de derechos y libertades individuales, de forma que el Estado de derecho aparece como defensor de la libertad para garantizarla ante el abuso del poder estatal⁴⁰ y definirse como

La sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder; el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos prejudiciales, y la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos.⁴¹

Frente a ésta noción, y con motivo de las exigencias sociales, aparece a finales del Siglo XIX el Estado social de derecho, que desde sus inicios pugná por lograr una equitativa distribución de la riqueza y erradicar por fin las desigualdades materiales heredadas por los antiguos regímenes. En este tenor, el Estado se advierte como un prestador de servicios sociales contenidos en normas programáticas⁴² que para ser plenamente eficaces requieren de un desarrollo normativo ulterior específico.

⁴⁰ Cavero Lataillade, Iñigo y Zamora Rodríguez, Tomás, *Introducción al Derecho constitucional*, España, Universitas, 1995, p. 165.

⁴¹ Valadés, Diego, “La no aplicación de las normas y el Estado de derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002, p. 226.

⁴² Las normas programáticas también son conocidas como normas dirigentes, normas directivas, normas de eficacia limitada, encargos al legislador, mandatos constitucionales, etcétera. En este tenor, Víctor Bazán distingue entre normas operativas y programáticas afirmando que: “[mientras] que aquellas son *autoaplicables*; es decir, no precisan la existencia de otra norma que las reglamente o potencie para habilitar su virtualidad..., las programáticas *no contienen auto-operatividad*, de

De este modo, el Estado social de derecho se vuelve “el motor de la programación estatal que supone la Constitución”⁴³ en tanto que se encarga de materializar, mediante su actuación positiva, “la realización efectiva de los valores y bienes consagrados por aquélla”.⁴⁴ De allí la importancia de operativizar las normas dirigentes o programáticas.

Habiendo ubicado a la figura, nos detendremos ahora en el concepto de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

modo que necesitan de otras normas para adquirir exequibilidad”,. Bazán, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales...”, *op. cit.*, nota 33, p. 49. Por su parte, Balaguer Callejón identifica a este tipo de normas como preceptos que “más que regular directamente la materia (lo que hacen indirectamente), regulan la actividad estatal dirigida a esa materia, prescribiéndole la consecución de determinados fines”. Balaguer Callejón, Francisco, “Constitución y ordenamiento jurídico”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2008, p. 189. Según Zagrebelsky, las normas programáticas constituyen el tipo de normas de eficacia indirecta que se identifican con los derechos sociales que para ser garantizados exigen la actividad del Estado, tomando en cuenta “las posibilidades y las conveniencias políticas que se manifiestan de vez cuando”. Zagrebelsky, Gustavo, “La Constitución y sus normas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución... cit.* párrafo anterior, pp. 88 y ss. Los anteriores argumentos son refutados por Fernández Rodríguez, quien rechaza la existencia de las normas programáticas al expresar que: “quien niega la eficacia de un precepto jurídico incumpléndolo no tiene por qué rechazar su validez, aunque es forzoso reconocer que una norma dotada de la más absoluta ineficacia acaba siendo un sinsentido que influirá sobre la validez y que hay desterrar, salvo que poderosas razones extrajurídicas muevan a lo contrario”. Fernández Rodríguez, *op. cit.*, nota 3, p. 21. Negando presencia a las normas de programa, el autor opta por emplear el término “encargo al legislador” para aludir a una “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”. Véase: Fernández Rodríguez, *op. cit.*, nota 1, p. 147. En términos similares Rubio Llorente habla de “mandatos al legislador” que identifica como “preceptos que prevén la emanación de normas indispensables para completar la estructura prevista en la Constitución”. Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente de derecho”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución... cit.* primer párrafo de esta nota, p. 172.

⁴³ Parejo Alfonso, Luciano, “El Estado social y administración prestacional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Bilbao, núm. 57, mayo-agosto, 2000, p. 19.

⁴⁴ *Idem.*

IV. DEFINICIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA

La inconstitucionalidad por omisión aún carece de una definición que sea aceptada por la mayoría de los doctrinarios, razón por la cual, sin ánimo de pretensión, trataremos de construir la propia. Para estar en condiciones de lograr semejante cometido, hemos decidido citar diez de ellas, someterlas a un breve juicio crítico, y construir una a partir de los elementos no desechados de las nociones analizadas; aunque de antemano sabemos, como bien lo expresa Fernández Rodríguez, que “una definición puede ser general en exceso pese a su apariencia de minuciosidad”.⁴⁵

Pues bien, según Dermizaky, la inconstitucionalidad por omisión ocurre “cuando el sujeto encargado de desarrollar un precepto de la Constitución no lo hace durante un tiempo relativamente prolongado, dando lugar al incumplimiento de dicho precepto o a la negación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”.⁴⁶

No coincidimos con la primera parte de la definición ya que la omisión no se trata del desarrollo normativo de “preceptos constitucionales”, sino de mandatos específicos que imponen una obligación de hacer al órgano legislativo. Además, la expresión “relativamente prolongado” se presta a confusión: ¿con base en qué se medirá la relatividad y la prolongación de la mora legislativa? Lo realmente relativo es dejar imprecisa la modulación del elemento temporal. A la par, disentimos en las consecuencias jurídicas que el autor apunta, pues la utilización de la “o”, conjunción disyuntiva por antonomasia, hace que sólo pueda ocurrir uno u otro efecto; es decir, el incumplimiento de la norma o la negación de derechos fundamentales. No es así, primeramente, la palabra incumplimiento no expresa del todo el resultado de esa inactividad, pues uno no solamente espera que esos “sujetos”

⁴⁵ Fernández Rodríguez, *op. cit.*, nota 3, p. 2.

⁴⁶ Dermizaky Peredo, Pablo, “La inconstitucionalidad por omisión”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 6, 2002, p. 65.

encargados de desarrollar la norma constitucional la cumplan (ése es su deber), sino que, además, la doten de eficacia en el mundo fáctico, pues puede ocurrir que, aún cuando desarrollen normativamente el “precepto”, dicha producción legislativa siga vulnerando la norma constitucional al no agotar sus extremos. En otras palabras, esta noción olvida distinguir entre omisiones absolutas y relativas. Igualmente, y en segundo lugar, la negación de los derechos fundamentales acota significativamente el concepto, pues la omisión no sólo puede menoscabar derechos, sino también normas no contenidas en la parte dogmática de la Constitución o en el catálogo de derechos fundamentales, tales como normas de tipo adjetivo.

Esta idea de los derechos fundamentales también es recogida por el mexicano Martínez Sánchez, al definir a la inconstitucionalidad por omisión legislativa como la “ausencia de norma que reglamente el ejercicio de un derecho fundamental previsto en las normas constitucionales que impide su pleno ejercicio”.⁴⁷

Si bien es cierto que el autor reconoce el sentido extenso de la inconstitucionalidad por omisión al dejar abierta la posibilidad de que también sea, por ejemplo, el Ejecutivo quien incurra en omisión al no hacer uso de su facultad reglamentaria; también lo es que acota la dimensión conceptual al ejercicio de los derechos fundamentales, siendo posible, como hemos dicho, que no sea así. Conjuntamente, a decir de Fernández Rodríguez “parece censurable el empleo del vocablo reglamentación, que lo entendemos con un concreto significado técnico-jurídico no circunscribible al campo de la inacción legislativa inconstitucional, aunque dicho empleo puede responder a una formación jurídica de diferente base y con precisiones terminológicas distintas”.⁴⁸

Y esta misma crítica puede hacerse a la definición de Morón Urbina quien entiende a la figura como la *inacción legislativa* en la

⁴⁷ Martínez Sánchez, León Javier, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, México, Porrúa-Cámara de Diputados, 2007, p. 41.

⁴⁸ Fernández Rodríguez, *op. cit.* nota 3, p. 12.

reglamentación de los principios contenidos en el texto constitucional.⁴⁹

Aparte del criticable uso del término reglamentación, la objeción hecha a Dermizaky puede aplicarse también a esta noción: el autor incurre en el error o vaguedad de calificar como vulnerables de omisión legislativa a los principios contenidos en el texto constitucional. Contrariamente, juzgamos que cuando la norma no prescinde de ulterior desarrollo para ser plenamente eficaz, de ninguna forma puede actualizarse la inconstitucionalidad por omisión; esto es, la omisión no puede referirse a principios constitucionales indeterminados o abstractos.⁵⁰

A pesar de nuestra postura, el costarricense, Rubén Hernández Valle también la conceptualiza “como la abstención del legislador para desarrollar preceptos constitucionales”.⁵¹

Insistimos en que no precisar el tipo de precepto que el legislador debe desarrollar produce obscuridad y duda, pues indiscutiblemente todo texto constitucional es susceptible de constante y ulterior normación. Por otra parte, dado que esta es una definición muy escueta, está por demás decir que omite elementos esenciales de la figura, además de que sólo hace referencia a una omisión simple, la cual no genera, por sí misma, inconstitucionalidad alguna.

Por su parte, el español, Fernández Rodríguez identifica 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 obliga-

⁴⁹ Morón Urbina, Juan Carlos, “La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad”, *op. cit.*, nota 31, p. 350.

⁵⁰ Comparte nuestra opinión Fernández Rodríguez al señalar que “la omisión inconstitucional sólo puede referirse a normas concretas y determinadas, no a principios de corte general extraídos del sentido global de las prescripciones constitucionales con un método inductivo”, Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 3, p. 10.

⁵¹ Hernández Valle, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, San José de Costa Rica, Juricentro, 1995, p. 348.

torio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”.⁵²

La definición es muy completam, pero peca de ambigua. Por un lado pareciera reconocer, sin explicitarlo, la existencia de omisiones absolutas y relativas, bastando que se impida la eficaz aplicación de la norma para que se vulnere el texto constitucional pese a que haya un desarrollo normativo. Sin embargo, el adverbio de cantidad empleado demuestra que sólo se refiere a omisiones absolutas, pues queda claro que en las relativas es suficiente con que la omisión del legislador vulnere el principio de igualdad para que se produzca la figura, siendo innecesario el verificativo previo de cualquier elemento temporal.⁵³ Por otro lado, esa frase adverbial (¿excesivamente largo?) provoca ciertos inconvenientes pues, por su significado gramatical, hace alusión a un periodo más allá de lo normal, a algo que excede el límite habitual de las cosas. De ningún modo creemos que la actualización de la inconstitucionalidad por omisión dependa de que se cumpla un lapso más allá de lo usual, ya que ello legitimaría la arbitrariedad en la dilación del órgano legislativo ante su obligación de legislar.

Desde Portugal, Gomes Canotilho nos dice que hablamos de omisión legislativa cuando “el legislador no hace algo que positivamente le es impuesto por la Constitución. No se trata de un simple no hacer; sino, de un no hacer aquello a lo que, de forma concreta y explícita, estaba constitucionalmente obligado”.⁵⁴

Esta es una de las mejores construcciones que se han hecho del instituto. De su interpretación se pueden inferir, embrionariamente, los elementos necesarios de la omisión, tales como el

⁵² Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 1, p. 449.

⁵³ En el mismo sentido opina Jesús M. Casal. *Cfr.* “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, *op. cit.*, nota 27, p. 52.

⁵⁴ En portugués: “Significa que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo não fazer; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”, véase Gomes Canotilho, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 331.

mandato expreso de actuación, la inactividad del legislador, la inconstitucionalidad que se produce, la omisión absoluta y la relativa, y hasta el tiempo. Más, restrictivamente, su carácter general mantiene la inestabilidad conceptual que se pretende combatir.

En nuestro país, Rangel Hernández avista a la inconstitucionalidad por omisión legislativa como “la violación constitucional que se presenta por la 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”.⁵⁵

Creemos que esta es la mejor descripción que en nuestro país se ha elaborado, pues en ella están identificados claramente los elementos esenciales de las omisiones legislativas: la violación constitucional, la inactividad legislativa, la ineficacia que produce dicha inactividad, las omisiones parciales y absolutas; y hasta introduce un nuevo aspecto al distinguir entre las omisiones legislativas que se originan por falta de desarrollo constitucional y las que surgen por la falta de armonización constitucional, que son muy comunes en nuestro país. Si acaso podría criticarse que las omisiones legislativas precisan de un elemento finito de tiempo para devenir inconstitucionales.

Báez Silva, otro mexicano, nos dice que la inconstitucionalidad por omisión es “la omisión del legislador de legislar en concreto cuando ha recibido un encargo específico del constituyente para desarrollar una norma constitucional de eficacia limitada que precisa de la intervención del legislador, en un primer momento, para alcanzar plena eficacia”.⁵⁶

⁵⁵ Rangel Hernández, Laura M., *op. cit.*, nota 6, p. 347.

⁵⁶ Báez Silva, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional

Dejando de lado las desafortunadas e innecesarias redundancias, la definición olvida mencionar a las omisiones relativas, pasando por alto que la norma constitucional puede seguir manteniendo esa eficacia limitada aún cuando el legislador la haya desarrollado en un primer momento. Además, como menciona Fernández Rodríguez, la eficacia y la validez son rasgos no interdependientes y diferentes entre sí, de modo que “una norma puede ser válida y no eficaz y viceversa”.⁵⁷ Por otro lado, y pese a que el autor manifiesta en otro de sus estudios que “la referencia al tiempo con que cuente o pueda contar el legislador para crear la ley no debe considerarse para la definición”,⁵⁸ discrepamos de su opinión pues, en el caso de los mandatos de actuación que establecen un término, es precisamente del elemento temporal del que dependerá que la omisión sea inconstitucional o no, ya que ése carácter sólo sobrevendrá cuando la inactividad del legislador rebase dicho lapso.

De esta misma deficiencia padece la construcción hecha por Aguiar de Luque, quien define a la inconstitucionalidad por omisión como “la violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito al respecto”.⁵⁹

Más allá de este descuido, su descripción, al igual que la de Rangel Hernández, toma en cuenta la violación al texto consti-

(IMDPC), 2009, núm 27, p. 33. Esta definición también se encuentra como “Inconstitucionalidad por omisión” *op. cit.*, nota 20, p. 696.

⁵⁷ A mayor abundamiento: “quien niega la eficacia de un precepto jurídico incumpléndolo no tiene por qué rechazar su validez, aunque es forzoso reconocer que una norma dotada de la más absoluta ineficacia acaba siendo un sinsentido que influirá sobre la validez y que hay que desterrar, salvo que poderosas razones extrajurídicas muevan a lo contrario”, véase Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 3, p. 21.

⁵⁸ Báez Silva, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, *op. cit.*, nota 23, p. 402. En sentido similar opina Martínez Sánchez, León Javier, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, *cit.*, nota 47, p. 40.

⁵⁹ Aguiar de Luque, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 24, 1987, p. 25.

tucional producida con motivo de la pasividad del legislador. Y esto tiene relevancia porque existen omisiones que no vulneran la Constitución, tal y como ocurre en los casos en los que la inercia legislativa se ubica dentro del plazo de actuación dispuesto por la norma constitucional.

Contraria a las dos últimas nociones citadas; es decir, considerando al tiempo como elemento vital, se encuentra la hecha por Jesús M. Casal, según la cual “la omisión legislativa inconstitucional, o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o cuando, en el cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber sido omitidas previsiones que la norma suprema exigía”.⁶⁰

Sin duda, el profesor venezolano construye la definición más completa. Claramente distingue las omisiones absolutas de las relativas y las inconstitucionales de las simples; precisa el tipo de norma constitucional de la que pueden derivar y, sobre todo, prudentemente encuentra un punto medio para el elemento temporal, aunque no hay que pasar por alto que ese tiempo razonable también podría presentarse como un permiso que la autoridad legislativa podría utilizar como subterfugio para justificar su inactividad. Naturalmente, en las omisiones absolutas, es imposible graduar el lapso de pasividad cuando la norma constitucional no dispone plazos específicos, lo que hará indispensable examinar el contenido y alcance de la norma, pues si de su regulación o desarrollo normativo depende la eficacia de, por ejemplo, un derecho fundamental, habrá que cuestionar la razonabilidad en la demora de actuación del legislativo; es decir, si será necesario, conveniente e idóneo que los particulares esperen a que se agote ése tiempo razonable para estar en condiciones de hacer exigible su derecho ante cualquier autoridad o si los derechos fundamentales, por su propio carácter, son exigibles en todo momento.

⁶⁰ Casal H., Jesús M., *op. cit.*, nota 27, p. 51.

V. NUESTRO CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA

Con base en las definiciones antes examinadas, y en las consideraciones que más adelante se expondrán en torno a las omisiones legislativo relativas, proponemos el siguiente concepto: “inconstitucionalidad por omisión, *stricto sensu*, es la vulneración del texto constitucional causada por la inactividad, inclusive parcial, del Poder Legislativo respecto de aquellas normas reales y exactas que, de manera expresa o tácita, exigen de él un específico desarrollo ulterior para ser efectivas, siempre que el término fijado haya vencido, su pasividad sea irracional e injustificable o su actuación lesione el principio de igualdad al excluir arbitrariamente a un determinado grupo de entre los beneficiarios de la ley”.

1. *Elementos de la definición*

Podemos desprender los siguientes siete elementos⁶¹ de la inconstitucionalidad por omisión *stricto sensu*:

A. *La vulneración del texto constitucional*. Cuando el poder público (especialmente el Poder Legislativo) no desarrolla la Constitución, vulnera el principio de supremacía constitucional, burlando

⁶¹ Naturalmente, el número de elementos variará de acuerdo con la fuente que se consulte. Vgr., Morón Urbina sólo destaca cuatro elementos. A saber: una exigencia constitucional impuesta al legislador para actuar positivamente; la inacción o abstención del legislador respecto de ese deber; el transcurso del tiempo que genera fraude constitucional; y la ineficacia de la voluntad del constituyente. Cfr. “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, *cit.*, nota 29, pp. 461-463. En consonancia, Báez Silva también enlista cuatro elementos: la inconstitucionalidad, la inactividad voluntaria del legislador, el mandato específico de legislar y la ineficacia de la norma constitucional. Véase “Inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, nota 20, pp. 696-701. Por su parte, Fernández Rodríguez sólo toma en cuenta dos: la falta de desarrollo y la inconstitucionalidad. Empero, este último lo divide en cuatro: inactividad del Poder Legislativo, periodo temporal excesivo, preceptos de concreto y obligatorio desarrollo (los encargos al legislador) y la ineficacia de la norma constitucional, *op. cit.*, nota 3, pp.13-23.

el ordenamiento jurídico y restándole fuerza normativa a la ley fundamental. De igual forma, la actividad legislativa insuficiente también puede lesionar la Constitución al establecer situaciones jurídicas contrarias a lo dispuesto por ella.

B. *La inactividad legislativa*. Debe tratarse de una pasividad consciente del legislador, de un acto de voluntad que se rehúse a cumplir con el mandato de actuación y realizar así el proyecto constitucional. Si se tratase de un simple olvido, las posibilidades de omisión se reducen para mutar en una posible laguna del derecho. Por tanto, dicha inercia del legislador debe partir de un cierto rechazo al cumplimiento cabal de lo ordenado por la Constitución.

C. *El mandato de actuación exigido al Poder Legislativo*. El “encargo” que el texto constitucional remite al órgano legislativo no es una labor genérica de desarrollo normativo, sino un mandato específico de legislar sobre determinada materia, de modo que el legislador carece de libertad para autodeterminarse. Este tipo de encargos coincide con la definición más básica de normas programáticas o directivas que están “encaminadas especialmente (pero no únicamente) al futuro legislador”.⁶²

D. *La eficacia limitada del mandato constitucional*. Frente a las normas constitucionales que no requieren de intervención ulterior para ser eficaces existen aquellas que exigen un desarrollo normativo posterior para serlo. Como menciona Báez Silva, “la tarea de hacer enteramente eficaces a todas las normas constitucionales recae en toda la comunidad de operadores jurídicos de una sociedad”;⁶³ en otras palabras, significa tomar en serio el texto constitucional.

E. *La inconstitucionalidad e ineficacia de la norma con motivo de dicha inercia*. Consecuentemente, la omisión legislativa vulnera la efica-

⁶² Risso Ferrand, Martín J., “Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2001, pp. 18 y ss.

⁶³ Báez Silva, Carlos, “Inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, nota 20, p. 697.

cia de la norma, haciendo imposible su observancia debido a su inexistencia material. Como menciona Morón Urbina, la ineficacia de la voluntad del constituyente generada con motivo de la inacción del legislador “es la consecuencia que intenta afrontar el sistema de inconstitucionalidad por omisión”.⁶⁴

F. *La dilación “irracional”*. Verificada la inactividad legislativa y una vez que ha expirado el término que el texto constitucional dispone para la materialización de la norma dirigente, surge la inconstitucionalidad por omisión; o bien, en aquellos casos en que la norma básica no fija plazos concretos, dicha inconstitucionalidad deberá de ponderarse en razón de un plazo razonable y no dejarse al arbitrio del órgano legislativo.

G. *En su caso, la lesión al principio de igualdad*. Tratándose exclusivamente de omisiones relativas o parciales (aquellas que advierten una actividad legislativa deficiente que olvida la mención de ciertos grupos en la ley produciendo discriminación), la inactividad parcial del legislador puede menoscabar el principio de igualdad ante la ley, siempre y cuando establezca diferenciaciones que no atiendan a criterios objetivos y razonables que permitan justificar el trato desigual de ciertos supuestos frente a otros de características idénticas.

A pesar de haber enunciado las piezas cardinales de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, la unidad de tiempo persiste ambigua. En virtud de que de ella depende que la omisión, se tilde de inconstitucional o no, y pese a que se ha tratado de restarle carácter, este tornadizo elemento amerita una reflexión minuciosa y aislada.

2. *El elemento temporal de la figura*

El tiempo que debe transcurrir para declarar la existencia de una omisión legislativa es uno de los temas que mayor incertidumbre causa entre los principales doctrinarios, a tal grado que,

⁶⁴ Morón Urbina, Juan C., “La omisión legislativa...”, *op. cit.*, nota 29, p. 463.

como se ha visto, hay quienes ni siquiera lo consideran trascendental para la elaboración del concepto.⁶⁵ En consonancia, Hernández Valle⁶⁶ considera al tiempo como un criterio jurídico no importante para calificar de inconstitucional una omisión, mientras que para Fernández Rodríguez⁶⁷ la relatividad del instituto depende de que transcurra un lapso excesivamente largo que, según las particularidades del caso, será determinado por el respectivo órgano fiscalizador. De este modo, encontramos dos posturas: aquellos que pasan por alto el factor tiempo en oposición a los que se preocupan por él.

No obstante, el riesgo de intentar precisar el elemento temporal suele provocar excesos en su dimensión. Por ejemplo, Carpio Marcos y Eto Cruz establecen que el término razonable para medir la inactividad del legislador es el de la duración de una legislatura.⁶⁸ En contraposición, Martínez Sánchez opina que “a partir de la entrada en vigencia de la norma constitucional, estamos en presencia automática de la inconstitucionalidad por omisión legislativa y en todo caso será cada accionante quien a través del ejercicio jurisdiccional y los tribunales en cada caso concreto, irán construyendo la jurisprudencia para acotar sobre la temporalidad”.⁶⁹ Discrepamos de esta última idea, pues, por un lado, la sola entrada en vigor de la norma constitucional no

⁶⁵ Báez Silva, Carlos, “La omisión legislativa...”, *op. cit.*, nota 23, p. 402; y Martínez Sánchez, León Javier, *op. cit.*, nota 47, p. 40.

⁶⁶ Hernández Valle, Rubén, “Los derechos prestacionales”, en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica, Libro homenaje a Germán J. Bidart Campos*, Perú, Grijley, 2002, p. 271.

⁶⁷ Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión...*, *cit.*, nota 1, p. 85. De acuerdo con el autor, la modulación del plazo es un obstáculo que la hermenéutica constitucional tendrá que asumir para el desarrollo del instituto. Véase Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación al concepto...”, *op. cit.*, nota 3, p. 18.

⁶⁸ Carpio Marcos, Edgar y Eto Cruz, Gerardo, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (Fundap), 2004, pp. 34 y 35.

⁶⁹ Martínez Sánchez, León Javier, *op. cit.*, nota 47, pp. 40 y 41.

produce, *per se*, ningún tipo de inconstitucionalidad, si acaso advierte una omisión legislativa simple o, en palabras de Fernández Segado, una “situación constitucional imperfecta”.⁷⁰ Por el otro, el autor parece hacer referencia a las omisiones absolutas, respecto de las cuales es jurídicamente imposible declarar inconstitucional alguna pues, por mucho que se quiera, es materialmente imposible tildar de inconstitucional algo que no lo es debido a que aún no existe.

Ciertamente, creemos que el lapso que deba transcurrir para actualizarse la inconstitucionalidad tiene la misma relevancia jurídica que el vencimiento de términos y la verificación de plazos tiene para el derecho procesal. Pensar lo contrario provocaría el riesgo de caer en este tipo de supuestos exagerados y absurdos. Verbigracia, supongamos que se decide abrogar el actual texto constitucional e instaurar un Congreso Constituyente para la elaboración de una nueva ley fundamental con nuevos y mejores mandatos de actuación al Poder Legislativo. ¿Será válido pensar que la inconstitucionalidad por omisión se engendrará al día siguiente de su entrada en vigor? Otro ejemplo: partiendo de aceptar un periodo “excesivamente largo”, supongamos que el Poder Legislativo hace caso omiso, parcialmente, de un mandato constitucional durante cuarenta años, vulnerando el principio de igualdad y ocasionando la negación de derechos públicos subjetivos, ¿será correcto que, al someter el conflicto a decisión del órgano jurisdiccional, éste se abstenga de declarar la inconstitucionalidad por omisión debido a que, a su parecer, el lapso no ha sido lo excesivamente largo como para pronunciarse al respecto? Al parecer, las respuestas se presentan como un no rotundo. Esto es clara muestra de que no podemos desconocer olímpicamente la significación del factor tiempo, así como tampoco podemos someterlo a plazos sin sentido. Lo que sí podemos es reconocer

⁷⁰ Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, p. 16.

que toda vez que el desarrollo normativo de ciertos mandatos de actuación depende de un sin número de variables políticas, sociales, económicas, culturales y hasta de seguridad nacional o de paz pública, irremediablemente tendremos que colegir que la modulación específica del lapso es prácticamente imposible, pues siempre habrá que considerar primero la prioridad y la perentoriedad de la satisfacción del mandato a la luz de la realidad imperante. Naturalmente, los factores a considerar pueden tomar disímiles proporciones que harán necesario evaluar, desde los gastos presupuestales que supondrá el cumplimiento de dicho encargo al legislador, hasta la conveniencia, necesidad e idoneidad de su implementación en caso de situaciones extraordinarias como conflictos bélicos o crisis financieras. Como bien puntualiza Fernández Rodríguez, “no debemos olvidar que la necesidad de desarrollo y las circunstancias que lo retardan no son intereses equivalentes... sino que en virtud de las exigencias del derecho uno es el principio (necesidad de desarrollo) y otro es la excepción (retraso en ese desarrollo); por lo tanto, la excepción si quiere imponerse necesita justificación”.⁷¹

De esta forma, debido a su grado de subjetividad y a su sometimiento respecto del devenir histórico, el elemento temporal de la inconstitucionalidad por omisión seguirá siendo objeto del debate académico. Mientras tanto, en vista de que no lo podemos cuantificar pero tampoco lo podemos ignorar, lo más prudente será mantenerlo en un lapso razonable, o como apunta Morón Urbina, en una “demora apreciable”⁷² que no dé lugar a arbitrariedades y cuya razonabilidad sea paulatinamente delineada por los criterios jurisprudenciales que al efecto emita el órgano jurisdiccional pues, como acertadamente sostiene Sagües, “el concepto de *plazo razonable* involucra cuestiones objetivas y particularidades locales, posibilidades y necesi-

⁷¹ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 3, p. 18.

⁷² Morón Urbina, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 29, p. 452.

dades colectivas y subjetivas, creencias sociales para consensuar las normas del caso, etcétera”.⁷³

VI. CLASIFICACIÓN DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

Para la construcción de este apartado hemos tomado como soporte la tipología hecha por Fernández Rodríguez, excluyendo otras categorizaciones que, si bien son dignas de ser mencionadas, resultan discutibles.⁷⁴

⁷³ Sagüés, Nestor Pedro, “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la provincia de Río Negro”, en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, p. 114. No obstante, para Villaverde Menéndez, el “plazo razonable” para legislar se cumple en el momento en que prueba la infracción constitucional; es decir, cuando la omisión genera situaciones contrarias a la Constitución. Citado por Báez Silva, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, *op. cit.*, nota 32, p. 765.

⁷⁴ Por ejemplo, la propuesta por Casal, que además de referir a la clasificación de mayor asentimiento, toma en cuenta también las causas que producen las omisiones, distinguiendo así las originadas por inobservancia de mandatos concretos de legislar, por violación (omisiva) de directrices constitucionales sobre el contenido de las leyes, por incumplimiento del deber de protección de los derechos constitucionales, por desconocimiento del reparto constitucional de competencias y por vulneración del principio de igualdad. *Cfr.*, Casal H., Jesús M., *op. cit.*, nota 27, pp. 57-59. Esta división causa polémica porque, entre otras cosas, confunde las omisiones legislativas con los conflictos competenciales. Además, resulta innecesario distinguir las omisiones que vulneran el principio de igualdad cuando es obvio que éstas coinciden con la definición de omisión relativa. Queda claro que cuando la norma no prescinde de ulterior desarrollo para ser eficaz es imposible la actualización de una inconstitucionalidad por omisión por lo que carece de virtualidad distinguir entre omisiones producto de la inobservancia de mandatos concretos de legislar y omisiones de directrices constitucionales. Asimismo, por cuestiones de espacio, hemos excluido la atinada clasificación sugerida por Rangel Hernández, quien desde el punto de vista de la violación constitucional, distingue entre omisiones legislativas por falta de desarrollo constitucional, por falta de adecuación o armonización constitucional y por falta de impulso al proceso legislativo. *Cfr.* Rangel Hernández, Laura M., *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, *cit.*, nota 6, pp. 83-88.

1. *Omisión absoluta y omisión relativa*

La omisión legislativa absoluta o total se presenta cuando el legislador no desarrolla formal y materialmente la obligación que le es impuesta por la norma dirigente, haciendo brillar su completa pasividad frente al mandato que no obedece (en lo absoluto). Este es el tipo de omisión que más lacera al ordenamiento jurídico, que produce más indefensión e inseguridad a los destinatarios de la norma inexistente, y que plantea mayores retos para su posible solución jurídica.

Por su parte, la omisión relativa o parcial se advierte por la insuficiencia en el ámbito regulador de la norma; es decir, en estos supuestos el legislador sí acata su deber de legislar pero lo hace de manera deficiente o incompleta vulnerando, en la mayoría de los casos, el principio de igualdad ante la ley.⁷⁵ La doc-

⁷⁵ Para mayor entendimiento, a continuación se citan algunas de las definiciones que han aportado los estudiosos del tema: Morón Urbina conceptúa a las omisiones legislativas parciales como “un caso de inconstitucionalidad establecida a la consideración material insuficiente de una norma emitida, conforme al precepto constitucional respectivo”, *op. cit.*, nota 29, p. 469. Víctor Bazán afirma que “habrá omisión parcial toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional (o del tratado internacional), el órgano público encargado de efectivizarlo quiebre —en forma no intencional, pero produciendo un resultado arbitrario— la garantía de igualdad ante la ley”, *op. cit.*, nota 33, p. 62. Similarmente, Hernández Valle considera que “se está en presencia de una omisión relativa cuando el legislador, al disciplinar cierto instituto sobre el cual interviene en el ejercicio de sus potestades discrecionales, omite respetar el principio de igualdad ante la ley”. Hernández Valle, Rubén, “El principio de igualdad y las omisiones legislativas”, <http://www-en.us.es/cide/ponencias/igualdad/rubenhernandez.pdf>, consultado el 10 de noviembre de 2009, p. 7. Rangel Hernández sostiene que ese tipo de omisiones “consiste en la deficiente o incompleta regulación de algún precepto constitucional, esto es que, si bien existe una ley reglamentaria u ordinaria, ésta no cubre todos los supuestos que de acuerdo con la Constitución deben incluirse en ella, o en violación al principio de igualdad”, *op. cit.*, nota 19, p. 225. Por su parte, Gavara de Cara apunta que “la omisión parcial se puede interrelacionar directamente con la insuficiencia normativa en la ley, ya que implica una acción incompleta, mal o insuficientemente realizada por el legislador de la que se puede derivar un defecto de protección de los derechos fundamentales”, Gavara de Cara, Juan Carlos, “El control de las

trina ha identificado a las omisiones absolutas como omisiones del legislador y a las relativas como omisiones de la ley⁷⁶. Como es de suponerse, éstas últimas son más fáciles de fiscalizar que las primeras, pues no solamente se motivan en la conducta omisa del legislador, sino también en un acto positivo discorde con el principio de igualdad. Empero, Fernández Rodríguez reconoce que las omisiones relativas o parciales también pueden abarcar la incompleta regulación de un instituto que origine la ineficacia de la norma, por lo que para él, en este tipo de omisiones coexisten dos subclases: “las que infringen el principio de igualdad y las que suponen una deficiente regulación por la ausencia de plenitud en la normativa”.⁷⁷

omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 69, 2007, p. 102. A su vez, Rojas Manrique afirma que las omisiones relativas se presentan cuando el legislador regula el asunto de manera incompleta o defectuosa, al excluir un determinado grupo de personas o situaciones que debía también regular y que crean o conservan una situación inconstitucional, con la consiguiente lesión del derecho a la igualdad”, *op. cit.*, nota 10, pp. 104 y 105. Por último, según Ramírez Cleves, las sentencias del Tribunal Constitucional de Colombia, han manifestado que “un cargo de inconstitucionalidad por omisión es relativo cuando denuncia la ausencia de un elemento que la ley debería incluir para garantizar, por ejemplo, el derecho a la igualdad o el derecho al debido proceso de los particulares”, Ramírez Cleves, Gonzalo A., “El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia”, Bogotá, UE, <http://icr.uexternado.edu.co/Documentos/ponencia1.pdf>, consultado el 16 de febrero de 2010, p. 18.

⁷⁶ Esta clasificación originalmente fue propuesta en Alemania por Wessel y ha sido analizada, entre otros, por Mortati, Leal Wilhem y Villaverde Menéndez. Así, éste último apunta que “Le omissioni incostituzionali possono distinguersi in due tipi: quelle del legislatore (o assolute), e quelle della legge (o relative)”, Villaverde Menéndez, Ignacio, “L’incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Milan, año XLI, núm. 6, noviembre, 1996, pp. 3968 y ss. De la misma forma lo suscribe Salvador Leal Wilhem al sostener: “La inconstitucionalidad por omisión se produce en los casos por silencio de la ley y por silencio del legislador. Habrá silencio de la ley cuando regula de manera incompleta o defectuosa el mandato constitucional...”, véase su artículo “Inconstitucionalidad por omisión”, *op. cit.*, nota 10, pp. 62 y ss.

⁷⁷ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 3, p. 44.

2. *Omisión formal y omisión material*

Esta distinción nace de la doctrina italiana, según la cual, mientras que las omisiones formales advierten la pasividad absoluta o parcial del legislador frente a un encargo específico de ulterior desarrollo normativo, las omisiones materiales lesionan el principio de igualdad al olvidar ciertos grupos en la legislación. Del tal modo, “las omisiones absolutas o totales son siempre, en la construcción teórica, de índole formal. En cambio, en las parciales no sucede lo mismo, siendo necesario discriminar entre las que suponen una agresión al principio de igualdad [omisiones materiales]... y las que desarrollan de forma incompleta un precepto constitucional [omisiones formales]”.⁷⁸

3. *Omisión que lesiona derechos fundamentales y omisión que no los lesiona*

Esta diferenciación únicamente atiende al grado de exigibilidad que pudiera aludirse. En estos casos, es evidente que tratándose de derechos fundamentales éstos son plenamente exigibles en todo momento. Sin embargo, en razón de su programaticidad, la falta de “medidas complementarias” por parte los poderes constituidos imposibilita garantizar su satisfacción material a todos los individuos, situación que también aplica respecto del no cumplimiento de obligaciones de desarrollo dictadas por el orden jurídico internacional de derechos humanos.⁷⁹ En contraposición a este tipo de omisiones, las que no vulneran derechos fundamentales carecen de este grado de

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ Sobre este tema se recomienda: Ibarra Palafox, Francisco, “Jurisprudencia sobre la responsabilidad internacional del Estado por omisión. Reflexiones a partir del caso de los homicidios y desapariciones de mujeres y niñas en Ciudad Juárez, Chihuahua”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

perentoriedad, y aunque igualmente menoscaban la eficacia de las normas jurídicas, permiten flexibilizar su concretización.

4. *Omisión “evitable” y omisión “inevitable”*

En un ámbito planamente extrajurídico, las omisiones evitables son aquellas situaciones en las que el legislador no desarrolla los preceptos constitucionales pese a que las circunstancias (de modo, tiempo y lugar) autorizan dicho desarrollo legislativo. A contrario sensu, las omisiones inevitables se presentan como impedimentos de la realidad política y/o económica frente a la intención del legislador de desplegar normativamente determinado precepto jurídico concreto.

VII. OMISIÓN LEGISLATIVA (DIMENSIÓN NEGATIVA)

Corresponde ahora estudiar la institución de la omisión legislativa en sentido negativo; es decir, distinguiendo la figura respecto de otras que pudieran parecer semejantes. Para ello, nos serviremos de las diferentes expresiones que ha encontrado Fernández Rodríguez.⁸⁰

1. *Omisión legislativa simple*

Hasta donde hemos estudiado, la actitud pasiva prolongada en el tiempo de los poderes estatales produce una vulneración a

⁸⁰ No obstante, hemos omitido incluir la denominada “omisión de normación” por considerar que esta sí representa una verdadera omisión legislativa, pero que el autor incluyó en la delimitación negativa por tratar de diferenciarla de la inconstitucionalidad por omisión al sugerir que este tipo de omisiones más bien generan una “ilegalidad por omisión”, *cfr.* Fernández Rodríguez, *op. cit.*, nota 1, pp. 92-113. Del mismo autor, *op. cit.*, nota 3, pp. 23-41. La misma delimitación negativa es utilizada por Martínez Sánchez, León Javier, *op. cit.*, nota 47, pp. 36-38.

la norma que les impone un determinado mandato de actuación. No obstante, pueden suscitarse casos en los que dicha inactividad no conculque el texto constitucional (o legal) por no actualizarse el elemento temporal; es decir, que la inercia del Poder Legislativo se encuentre dentro del lapso fijado por la norma⁸¹ o que se ubique dentro de un margen de tolerancia razonable y justificable en los casos en los que la norma no disponga tiempos específicos. Eventualmente, las omisiones legislativas simples pueden derivar en inconstitucionales (o ilegales) con el transcurso del tiempo. Rangel Hernández considera las omisiones simples también se presentan ante la falta del mandato constitucional, que eventualmente hace no puedan considerarse inconstitucionales.

2. *La laguna del derecho*

En términos generales, representa “la ausencia de una regulación legal en relación con un asunto que, de acuerdo con el plan de la ley, objetivamente considerado, debió haber sido resuelta por ésta”;⁸² en otras palabras, significa la “ausencia de regulación en un supuesto de hecho que es merecedor de ser disciplinado jurídicamente”.⁸³ Por sus características, esta es la figura más susceptible de involucrarse con la omisión legislativa. Tan es así que hay quienes utilizan indistintamente el término “laguna de ley” para hacer alusión a las omisiones relativas o parciales.⁸⁴ En opinión de César Astudillo, “el hecho de no diferenciar lo que técnicamente son omisiones legislativas y lo que son las lagunas del derecho ha podido producirse porque en sentido estricto para que exista una laguna debe existir una omisión del legislador y, a

⁸¹ En estos casos “el retardo entra en la legítima libertad de conformación del proyecto constitucional por parte de los poderes constituidos, con especial peso específico del partido(s) vencedor(es) en las correspondientes elecciones”. Fernández Rodríguez, *op. cit.*, nota 9, p. 23.

⁸² Casal H., Jesús M., *op. cit.*, nota 27, p. 60.

⁸³ Fernández Rodríguez, *op. cit.*, nota 9, p. 26.

⁸⁴ Báez Silva, Carlos, *op. cit.*, nota 23, p. 396.

su vez, porque una omisión del legislador da lugar, si bien no en todos los casos, a una laguna normativa”.⁸⁵ De allí la importancia de su puntual distinción.

La doctrina mayoritaria más autorizada⁸⁶ atribuye a Mortati las tres primigenias distinciones objetivas entre lagunas y omisiones legislativas. A diferencia de aquellas, 1) las omisiones son producto del incumplimiento de una obligación; 2) son resultado de un acto de voluntad y; 3) la sentencia que las aborda puede dar lugar a una laguna. Por su parte, las lagunas no forzosamente representan el incumplimiento de una norma jurídica, pueden verificarse de modo involuntario y la sentencia que las afronta tiende a completar las deficiencias del ordenamiento jurídico a la luz de los métodos jurídicos de integración.

De este modo, la principal diferencia entre las omisiones legislativas y las lagunas del derecho reside en que, por un lado, éstas últimas no producen, por sí mismas, la ineficacia de determinadas normas jurídicas,⁸⁷ como sí ocurre con las omisiones al suponer la falta de desarrollo legislativo de un mandato en con-

⁸⁵ Astudillo, César, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 308.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 309 y 310; Ahumada Ruiz, Ma. Ángeles, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 8, enero-abril, 1991, pp. 170 y 171; Fernández Rodríguez, *op. cit.*, nota 3, p. 27; Villaverde Menéndez, Ignacio, “L’incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore”, *op. cit.*, nota 76, pp. 3974 y ss., Ramírez Cleves, Gonzalo A., “El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia”, *op. cit.*, nota 75, p. 2; Murrillo de la Cueva, Enrique Lucas, “La inactividad del legislador autonómico”, *Estudios de Deusto*, Bilbao, segunda época, vol. 51, núm. 1, enero-junio, 2003, pp. 266 y 267; entre muchos otros. La referencia de la obra de Constantino Mortati es la siguiente: “Appunti per uno Studio sui remedi giuridizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, *Problema di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana*, *Raccolta. Raccolta di scritti*, Milán, Giuffrè, 1972, vol. III, pp. 923 y ss.

⁸⁷ “Porque la praxis, en un sentido lato, colma dicho vacío aportando la debida efectividad al precepto”. Véase Fernández Rodríguez, *op. cit.*, nota 9, p. 28.

creto.⁸⁸ Por otro lado, las lagunas significan un mero no hacer, mientras que las omisiones denuncian la voluntad consciente de no legislar por parte del órgano encargado para tales efectos.⁸⁹ Y una diferencia más es el tratamiento jurídico que reciben una y otra. Ante la laguna el juez generalmente se auxilia de la analogía o de los principios generales del derecho en aras de integrar el orden jurídico, mientras que en la omisión el juez atiende el posible reparo de la inconstitucionalidad.

Otro punto que debe aclararse es que si bien la propia omisión pudiera generar una laguna con motivo de la falta de normatividad expresa, no en todos los casos es así. No se debe olvidar que “el deber de legislar puede tener como contenido dirigirse a eliminar alguna situación normativa existente (deber positivo de legislar con fines depurativos), en cuyo caso, el silencio conserva situaciones en el ordenamiento jurídico no queridas por la Constitución, pero no genera ninguna laguna en el sistema jurídico”.⁹⁰

⁸⁸ Citando la definición de laguna de Norberto Bobbio, Murillo de la Cueva distingue entre laguna e inactividad legislativa expresando que “mientras la existencia de una laguna supone la ausencia total y completa de norma aplicable a un supuesto de hecho o una materia, la inactividad implica la falta de la norma que regule determinados supuestos o una materia tal y como lo prevé la Constitución”. Murillo de la Cueva, Enrique Lucas, “La inactividad del legislador autonómico”, *op. cit.*, nota 86, p. 264.

⁸⁹ En sentido similar opinan Enrique Lucas Murillo de la Cueva y Ma. Ángeles Ahumada Ruiz. El primero apunta que “frente a la simple inactividad involuntaria o no consciente, la omisión legislativa obedece a la intencionalidad del legislador, es el resultado dañino de un acto de voluntad, un incumplimiento consciente de un mandato constitucional, cometido por el legislador”. Véase: “La inactividad del legislador autonómico”, *op. cit.*, nota 86, p. 266. Por su parte, Ahumada Ruiz sostiene que “La omisión legislativa haría referencia a todo tipo de abstención de disponer frente a lo prescrito según los términos de la Constitución. A diferencia de la laguna, la omisión sería siempre un incumplimiento de una obligación y, en tanto que las lagunas pueden producirse de modo involuntario, las omisiones, al ser resultado de un acto de voluntad, podrían asimilarse a los casos de expresa disposición negativa”, véase: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *op. cit.*, nota 86, p. 170.

⁹⁰ Morón Urbina, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 29, p. 459.

3. *La inactividad de la administración*⁹¹

De acuerdo con Gómez Puente es la “omisión por la administración de una actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible. [...] Se trata de un comportamiento antijurídico, contrario al principio de legalidad en sentido amplio que contradice la posición servicial y la vocación dinámica y transformadora de la realidad social que la Constitución atribuye a la administración como instrumento esencial del Estado social de derecho”.⁹² Conocida también como “silencio administrativo” o “estado de carencia”,⁹³ esta inactividad únicamente refiere a la falta de actuación del Poder Ejecutivo, específicamente en el ámbito de la administración pública ante situaciones que objetivamente demandan un hacer, por lo que no cabría hablar de omisiones propiamente legislativas en el campo administrativo, sino más bien de inactividad u omisión prestacional (abstención de brindar servicios públicos).

4. *Los conflictos negativos de competencia*

Se presentan cuando existe incertidumbre respecto de la delimitación de competencias entre dos o más órganos de la administración que se rehúsan a conocer de determinado asunto al alegar que cierta actuación le corresponde al otro. Naturalmente, no se configura ningún tipo de omisión legislativa, sino sólo una omisión de tipo administrativo.

⁹¹ Para mayor abundamiento se recomienda leer a Gómez Puente, Marcos, *La inactividad de la administración*, España, Aranzadi, 2000.

⁹² Gómez Puente, Marcos, “Responsabilidad por inactividad de la administración”, *Documentación Administrativa*, Madrid, núms. 237 y 238, enero-junio, 1994, p. 140.

⁹³ Mora Espinoza, Álvaro, “El control jurisdiccional contra la inactividad material de la administración pública”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Moravia, San José, año 1, núm.1, primer semestre, 2001, p. 55.

5. *La inejecución de leyes inexistentes*

Al igual que las dos figuras anteriores, ésta también está referida al ámbito administrativo, y se entiende como la falta de ejecución por parte del Poder Ejecutivo de una ley ya existente, pero que, por determinados motivos, no encuentra la debida aplicación en el mundo fáctico. Como es natural, esta imposibilidad de ejecutar la legislación nada tiene que ver con la omisión legislativa, pues ésta última requiere de la falta de ésa legislación expresa y debida para poder actualizarse.

6. *El no desarrollo del derecho supranacional*

Para Fernández Rodríguez significa la falta de adecuación al derecho doméstico de lo convenido en los tratados internacionales, situación que en su entender no acarrea inconstitucionalidad alguna.

Sin embargo, nosotros creemos que el no desarrollo del derecho supranacional, si bien no advierte una “inconstitucionalidad” por omisión legislativa, sí representa una inconveniencia por omisión legislativa, cuestión que abordamos dentro del capítulo tercero en el tema de los Tratados para evitar la doble tributación.

7. *El no cumplimiento de principios constitucionales*

Se refiere a la falta de observancia de preceptos constitucionales que no requieren de una norma secundaria o reglamentación para ser eficaces; esto es, aquellos principios generales que sirven de directrices para el Estado de derecho pero que no imponen una carga de desarrollo legislativo ulterior, sino más bien exigen un respeto universal en la construcción del ordenamiento jurídico y en la aplicación del mismo.

8. *La “omisión aplicativa”*

Surge cuando ciertas instancias se niegan a la aplicación de una determinada normativa preceptiva a pesar de existir las condiciones necesarias para ello y a pesar de ser totalmente competentes para su aplicación. Y aunque tal negativa u olvido pudiera devenir de normas vigentes que están en desuso por no coincidir más con la realidad social imperante, ninguna conexión tiene con las omisiones legislativas que van más relacionadas con la actuación del poder público, específicamente, el Legislativo.

9. *El no cumplimiento de la genérica necesidad de actuación de los poderes constituidos*

Representa la pasividad de los poderes públicos ante su deber de materializar el proyecto constitucional. Por su generalidad y abstracción esta necesidad de actuación de los poderes fácticos rebasaría los límites de la dimensión conceptual de la omisión legislativa que, como se ha dicho, requiere de un mandato concreto de actuación.

10. *La “anomia”⁹⁴ constitucional*

Refiere a la ausencia de alguno de los contenidos mínimos que materialmente debe contener un texto constitucional; es decir, representa una omisión en la ley fundamental. No obstante, el concepto se asocia más con las lagunas del derecho que con las omisiones legislativas, pues en estos casos no existe una reminiscencia de actuación específica al órgano legislativo.

⁹⁴ Fernández Rodríguez recoge este término italiano a partir de la obra de Enrico Spagna Musso, *cf.*, “Aproximación al concepto..., *op. cit.*, nota 3, p. 37.

11. *La omisión de acto político*

Más allá de la discusión respecto de su naturaleza (política o administrativa), el acto político es la decisión del Ejecutivo proveída a su total discrecionalidad que, si acaso, da lugar a una responsabilidad política, pero nunca resulta fiscalizable por el órgano jurisdiccional. En estos casos tampoco surge una omisión legislativa al no haber un encargo de legislar.

12. *La omisión de la legislación básica en el Estado autonómico*

Significa la ausencia de desarrollo normativo en las comunidades autónomas españolas de materias distintas a las de regulación jurídica básica de la Constitución.⁹⁵ Sin embargo, pese a la posible omisión legislativa que pudiera actualizarse, la normativa preconstitucional continuaría rigiendo por lo que no llegaría a producirse la ineficacia de la norma. Además, en vista de que esta figura sólo atiende al sistema de distribución territorial de poder normativo en España, no tiene caso establecer diferencias entre la inactividad del legislador autonómico y la omisión legislativa en México.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

En el presente capítulo hemos visto el marco teórico de la omisión legislativa, estudiando su aspecto estrictamente taxativo al analizar cuatro cuestiones: su ubicación jurídica, su definición, sus elementos y su clasificación. Frente a esta dimensión, estudiamos también su aspecto negativo al dilucidar las diferencias que presenta respecto de otro tipo de figuras que, por sus peculiarida-

⁹⁵ Para un mejor entendimiento de la inactividad del legislador autonómico se recomiendan los estudios de: Gómez Puente, Marcos, "Supletoriedad del derecho estatal e inactividad del legislador autonómico", *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 98, abril-junio, 1998; y Murrillo de la Cueva, Enrique Lucas, *op. cit.*, nota 86.

des, suelen asociarse con la omisión legislativa al grado de llegar a confundirse o, incluso, emplearse como sinónimos.

Sin embargo, como se dijo en un principio, existen cuatro distintas posturas respecto del alcance que puede adquirir la omisión legislativa, siendo la más socorrida aquella que identifica al Poder Legislativo como único responsable de la inconstitucionalidad por omisión, ¿pero entonces el Poder Ejecutivo, que por antonomasia tiene a su cargo la aplicación de las leyes, no tiene ninguna injerencia respecto de la omisión legislativa? ¿está exento de responsabilidad?