

XXI. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Implicaciones contemporáneas a la luz del *Caso Marbury vs. Madison**

1. INTRODUCCIÓN

Analizar la sentencia más famosa de los Estados Unidos y sin lugar a dudas la de mayor influencia de las que su Corte Suprema de Justicia ha pronunciado en sus doscientos veinte años de funcionamiento (1790), constituiría un esfuerzo en vano debido a la prolija bibliografía existente. Nuestro objetivo es mucho más modesto y en la línea perseguida en la presente obra colectiva: a partir de la enseñanza del *Caso Marbury vs. Madison* (1803), advertir algunas concepciones contemporáneas de lo que hoy se conoce genéricamente como *inconstitucionalidad por omisión*.

Este tipo de irregularidad constitucional adquiere diversas formas y matices, atendiendo, entre otros aspectos, al órgano que provoca la omisión, al grado de la misma (relativa o absoluta), a su regulación (constitucional o legal) y a las soluciones brindadas por las jurisdicciones constitucionales ante la ausencia de regulación, con la finalidad de salvaguardar la «supremacía constitucional» y recientemente también la «supremacía convencional».

Desde los variados ángulos en que puede ser estudiada esta cuestión, estimamos de interés la confluencia de diversas omisiones, reflejadas en mayor o menor medida desde *Marbury vs. Madison*, que pueden ser jurídicamente calificadas a la luz de teorías de reciente creación: i) omisiones dentro del propio texto constitucional, es decir, lo que se denomina «imprevisión constitucional» o también «anomia constitucional»; ii) omisiones en las normas secundarias que violentan directamente la norma fundamental, conocidas como omisiones

* Publicado como capítulo del libro de P. L. MANILI (coord.), *Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 46, México, Porrúa, 2011, pp. 81-109.

inconstitucionales o mejor dicho, «inconstitucional por omisión»; iii) omisiones que se traducen en el incumplimiento de normas sub-constitucionales: las omisiones ilegales, conocidas como «ilegalidad por omisión», y, por último, iv) omisiones derivadas de la falta de cumplimiento a los compromisos internacionales, las que podríamos denominar «inconveniencia por omisión».

Cada una de estas hipótesis supone un desarrollo teórico diferenciado y una respuesta del Derecho procesal constitucional distinta, como pretendemos mostrar a continuación, no sin antes realizar una breve narración de los hechos del celeberrimo caso, en la medida en que resulte necesario para vincularlo con el tema que nos ocupa.

2. BREVE REFERENCIA AL CASO *MARBURY VS. MADISON*

En un contexto político complicado, con posturas e intereses sumamente encontrados, el partido federalista y el republicano luchaban a través de las vías institucionales por allegarse de adeptos y, consecuentemente, para concentrar el poder en los Estados Unidos de Norteamérica.

En este entorno, el saliente presidente John Adams, prestigiado federalista¹, intentó hasta el último minuto de su mandato, posicionar a elementos de su partido dentro del nuevo régimen que sería impuesto por el recién electo presidente Jefferson, eminente republicano; para tal efecto logró que el Congreso aprobara una ley que le permitió designar a 42 jueces de paz para el Distrito de Columbia.

Para llenar estos nuevos cargos, Adams procedió a nombrar a los que fueron coloquialmente llamados «jueces de media noche», en virtud de que en su mayoría los nombramientos fueron realizados durante la noche previa a la conclusión de su encargo presidencial; todo parece indicar que la falta de tiempo provocó que algunos de los nuevos jueces no recibieran su nombramiento por parte de la administración saliente.

John Marshall, quien fuera en ese momento secretario de Estado —además de haber sido nombrado presidente de la Corte Suprema—, formalizó los documentos, previamente firmados por el Ejecutivo Federal, que contenían el nombramiento respectivo, es decir, estampó en ellos el sello de los Estados Unidos y procedió a su registro; sin embargo, como hemos adelantado, algunos quedaron rezagados en el despacho ministerial y, por tanto, no fueron entregados a sus destinatarios, provocando que acudieran ante la Corte Suprema para obtenerlos, formándose el expediente más famoso en los Estados Unidos: *Marbury vs. Madison*; el demandado fue James Madison debido a que éste ocupó el puesto de secretario y, por tanto, correspondería a él la entrega de dichos documentos.

Lo anterior constituye la litis planteada ante la Corte Suprema. Esta breve narración nos permite visualizar una *primera omisión*, que más adelante analizaremos con detalle. Por lo pronto, centrémonos en que los agraviados por la falta de entrega de su nombramiento, ejercieron ante el máximo tribunal un *writ of mandamus*, recurso legal cuya finalidad es compeler a la autoridad omisa a la

¹ Abogado egresado de Harvard, nacido en Massachusetts en 1735. Su periodo presidencial corrió de 1797 a 1801.

XXI. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

realización de alguna conducta que constitucional o legalmente le corresponde. En cuanto al fondo del asunto, el *Chief Justice*, John Marshall, decide que el promovente tiene derecho al nombramiento que solicita: que el *mandamus* es el recurso adecuado para satisfacer la petición, aún en contra de un secretario de Estado, pero que la Corte Suprema no es el tribunal competente para su expedición; lo anterior a pesar del fundamento expreso previsto en la ley que organiza al Poder Judicial, ya que califica a esta norma de inconstitucional y consecuentemente inválida y carente de aplicación. Más adelante retomaremos el caso para referirnos a otros tipos de omisión.

3. LAS OMISIONES DE LA PROPIA CONSTITUCIÓN: IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL ²

Hasta hace poco tiempo no se había prestado mucha atención al fenómeno que se produce cuando algún asunto de relevancia considerable no ha sido contemplado por el texto constitucional. Lo anterior se comprende fácilmente gracias a la noción de que las constituciones están diseñadas para perdurar en el tiempo y que en cierto modo atadas a éste, hay cuestiones que escapan su contenido, e incluso sirve para justificar que estos vacíos permiten a la postre que el operador jurídico pueda adecuar la norma fundamental al contexto imperante en un momento distinto al de su creación.

Con total independencia de su posible clasificación en imprevisión «buena» o «mala», «voluntaria» o «involuntaria», esta última que puede ser causada por hechos nuevos, falta de consenso o impericia ³, queremos centrar nuestra atención en el remedio que ha de utilizarse para colmar los vacíos constitucionales. Evidentemente el propio constituyente será el indicado directamente para esta tarea; sin embargo, la práctica constitucional de algunos países no permite adoptar esta solución con extrema facilidad, lo cual conduce a que sea la jurisdicción constitucional la que deba afrontar la compleja situación.

Considerando que a la fecha no se han implementado procesos constitucionales específicos para la corrección o cobertura de estas omisiones, cuando algún problema derivado de la falta de previsión de la propia norma fundamental ha sido sometido a la justicia constitucional, será el juez constitucional el que deberá solucionar la cuestión; para ello puede dotar de contenido las cláusulas abiertas o indeterminadas ⁴; acudir al Derecho internacional, especialmente cuando se trata de derechos humanos ⁵; utilizar distintos tipos de interpretación,

² En esta denominación hemos seguido a N. P. SAGÜÉS; *vid.* su trabajo «Reflexiones sobre la imprevisión constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 1, núm. 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2003, pp. 487-499. Por su parte, J. J. FERNÁNDEZ la denomina «anomia constitucional»; *cfr.* su obra *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998.

³ *Ibid.*

⁴ Sobre estas cláusulas abiertas y la polémica Kelsen-Schmitt, *vid.* las interesantes reflexiones de G. ZAGREBELSKY, «El juez constitucional en el siglo XXI», en E. FERRER MAC-GREGOR y C. de J. MOLINA SUÁREZ (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia, t. I, 2009, pp. 3-26.

⁵ *Cfr.* A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América*

según sea necesario, como la dinámica, evolutiva o mutativa⁶; o bien proceder directamente a la integración de la norma⁷.

Precisamente en el caso paradigmático que nos ocupa, nos encontramos con una imprevisión constitucional, al no contemplarse en la Constitución de los Estados Unidos un mecanismo de control constitucional de las leyes.

Como sabemos, en la Constitución de 1787 no se dispuso nada al respecto, aunque se dice que «el principio del control judicial estuvo en completa armonía con el propósito general de la Constitución federal»⁸. En el seno de los debates del constituyente de Filadelfia, se discutieron algunas proposiciones que llevaban inmerso el control de las leyes por parte del Poder Judicial. Así, en la propuesta del *Plan de Randolph* se sugiere la creación de un Consejo de Revisión, que estaría integrado por el Ejecutivo y algunos jueces, para examinar las leyes de la legislatura nacional antes de su aprobación, otorgándoles un derecho de veto; sin embargo, se vertieron diversos argumentos a favor y en contra, viniendo la opinión de que los jueces de por sí tienen la facultad de interpretar las normas, lo que podría incluir su inaplicación o anulación cuando fueran inconstitucionales, en razón de lo cual no se justificaba una intromisión del Poder Judicial en la elaboración de las leyes y mucho menos una alianza política con el Ejecutivo para su revisión.

No obstante, en los trabajos que conformaron *El Federalista*, HAMILTON rescata el tema del control judicial y específicamente abunda sobre el hecho de que tal facultad corresponde al Poder Judicial⁹, manifestaciones que sin duda alguna sirvieron de base a Marshall para la creación de su doctrina jurisprudencial en este sentido.

Así las cosas, la pericia de John Marshall, a través de una fuerte argumentación jurídica (no exenta de críticas)¹⁰, instituyó la *judicial review*; una de las

Latina?, México, UNAM-Max Planc Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2 tomos, 2010.

⁶ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2 tomos, 2005.

⁷ Cfr. N. P. SAGÜÉS, «Reflexiones sobre la imprevisión constitucional», *op. cit.*

⁸ Cfr. Ch. A. BEARD, *The Supreme Court and The Constitution*, Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs, N. J., 1962, cap. 4, p. 85; citado por L. CABRERA ACEVEDO, *El constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005

⁹ «El Federalista, LXXVIII. De la edición de Mac-Lean, Nueva York, MDCCLXXXVIII, *El Federalista*, LXXVIII (Hamilton) [...] El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicara la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien procedan los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansan. [...] Por tanto, si los tribunales de justicia han de ser considerados como baluartes de una Constitución limitada, en contra de las usurpaciones legislativas, esta consideración suministrará un argumento sólido en pro de la tenencia permanente de las funciones judiciales, ya que nada contribuirá tanto como esto a estimular en los jueces ese espíritu independiente que es esencial para el fiel cumplimiento de tan arduo deber», *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

¹⁰ *Vid.*, por ejemplo, las agudas observaciones de C. NINO, «Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad», en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

XXI. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

instituciones jurídicas más importantes y que ha trascendido a los distintos sistemas jurídicos¹¹. En efecto, a pesar de no encontrarse expresamente prevista en la norma fundamental, Marshall partió del propio contexto de la Constitución, de algunos preceptos específicos y especialmente del principio de «supremacía constitucional»¹², para arribar a la facultad de los jueces de proteger la norma fundamental; lo cual a su parecer incluye competencia para llevar a cabo el control de las leyes secundarias, y en su caso la desaplicación de aquellas que fueran inconstitucionales: «Una ley contraria a la Constitución es nula y que los tribunales, además de los demás poderes, están sometidos a la Constitución».

Esta doctrina se aplicó en ese paradigmático caso al declarar inconstitucional y, por tanto, inválida la Ley Judicial de 1789 (*Judiciary Act*), precedente, por cierto, que no volvió a utilizar Marshall durante sus más de treinta años como presidente de la Corte Suprema¹³; volviendo a aplicarse por la Corte en el tristemente *Caso Dred Scott vs. Sandford* en 1857, bajo la pluma del *Chief Justice* Roger B. Taney¹⁴.

4. LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES: INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

En este rubro nos referiremos a un tipo distinto de omisiones, que aun cuando han recibido más atención de la doctrina e incluso del Derecho positivo y de la jurisprudencia en diversos lugares, tampoco han logrado un tratamiento uniforme.

Como puede fácilmente desprenderse del *nomen iuris*, la inconstitucionalidad por omisión hace referencia a ciertas omisiones que transgreden la norma fundamental. Atendiendo al principio de división de poderes se pueden encontrar tres clases: omisiones administrativas o ejecutivas, omisiones legislativas y omisiones judiciales¹⁵; cada una de ellas podrá ser calificada de inconstitucional siempre que tengan un sustento directo en la norma fundamental y se cumplan algunos requisitos, como veremos más adelante.

¹¹ Cfr. la clásica obra de M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in the contemporary world*, Indianapolis-Kansas City-New York, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1971.

¹² Contenido en el artículo 6.º de la Constitución: «2. Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado».

¹³ Marshall fue *Chief Justice* desde el 4 de febrero de 1801 hasta el 6 de julio de 1835, fecha de su fallecimiento.

¹⁴ Sobre esta sentencia, vid. M. CARBONELL, «La peor sentencia: a 150 años de *Dred Scott versus Sandford*», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, México, Porrúa, enero-junio de 2007, pp. 245-254.

¹⁵ Cabe señalar que algunos sectores de la doctrina iberoamericana han utilizado el término «inconstitucionalidad por omisión» para referirse expresa y exclusivamente a las omisiones inconstitucionales imputables a los cuerpos legislativos. Por ejemplo, vid. J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit.; V. BAZÁN (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Temis, 1997; M.ª S. SAGÜÉS, «Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003 pp. 3087-3125, entre otros.

Teniendo como base que la Constitución en muchas ocasiones establece mandatos directos a distintos entes, por ejemplo, encontramos que el artículo 104 de la Constitución de Argentina dispone que una vez abiertas las sesiones del Congreso, los ministros del despacho deberán presentar una memoria del Estado de la Nación, en su área de competencia. Esta es una obligación que el constituyente impone a altos funcionarios de la rama administrativa, y que de no ser cumplida constituirá una inconstitucionalidad por omisión en este rubro específico. Así también podemos citar el artículo 88 de la Constitución mexicana: «El presidente de la República podrá ausentarse del territorio nacional hasta por siete días, informando previamente de los motivos de la ausencia a la Cámara de Senadores o a la Comisión Permanente en su caso, así como de los resultados de las gestiones realizadas. En ausencias mayores a siete días, se requerirá permiso de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente». Este precepto claramente muestra una obligación constitucional impuesta al presidente de la República, consistente en que cuando deba ausentarse del país por un periodo mayor a siete días debe previamente solicitar la anuencia de los Senadores, de no hacerlo así violaría la ley suprema con esta omisión.

Por lo que hace al Poder Judicial, también encontraremos disposiciones en las que el constituyente le ha impuesto diversos mandatos, ya sean expresos o implícitos, respecto de determinadas conductas que deben llevarse a cabo: por ejemplo, el artículo 113 de la Constitución argentina dispone que la Corte Suprema dictará su reglamento interior, de modo que la omisión en la expedición de esta reglamentación podrá ser sujeto de control; así también el artículo 116 dispone, entre otras cuestiones, que *corresponde a dicha Corte y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución*. Este precepto, como sus homólogos en todas las constituciones, marca la obligación de los Poderes Judiciales de atender y resolver los procesos contenciosos que competencialmente se les asignen, de modo que no cumplir con esta función viola también directamente la Constitución.

Si bien es innegable que dichas omisiones atribuibles a órganos estatales específicos violentan la Constitución, por su propia naturaleza no han requerido de un tratamiento puntual del Derecho procesal constitucional, a través de alguna garantía constitucional específica para su corrección. En el caso del Ejecutivo, la mayoría de sus actos y omisiones son regularmente controlables en sede judicial, y al ser pocos los mandatos directamente constitucionales no ha habido más desarrollo al respecto; y por lo que hace al Poder Judicial, se complica aún más la posibilidad de su control en atención al propio órgano que lo ejercerá y regularmente también estas cuestiones son subsumidas por la justicia ordinaria a través de la casación. Cuestión distinta sucede con las *omisiones del legislador*, que en las últimas tres décadas ha sido motivo importante de regulaciones legislativas y soluciones jurisprudenciales distintas como veremos más adelante.

Comenzaremos por señalar que se trata de un fenómeno que ha ocupado la atención de la doctrina constitucional, con reciente interés, dada la reiterada evidencia de omisiones imputables a los cuerpos legislativos. Esto ha provocado previsiones normativas, a nivel constitucional y/o legal, o soluciones vía la jurisprudencia constitucional. Pese a esto, el control de omisiones legislativas no es

XXI. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

pacífico en la doctrina contemporánea; en un principio debido a que tradicionalmente los medios de control constitucional se concentraban en los actos positivos, de modo que la revisión de actos negativos había tenido problemas para su aceptación. Con el tiempo y particularmente con las experiencias diversas de los Tribunales Constitucionales, han motivado que esta institución tienda a generalizarse, sin perjuicio del debate todavía presente en la doctrina y jurisdicciones constitucionales sobre su (in)conveniencia.

La inconstitucionalidad por omisión legislativa se entiende 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»¹⁶.

De lo anterior se aprecia que para que se configure una omisión legislativa inconstitucional es necesario que el cuerpo legislativo en cuestión haya fallado en la tarea de expedir leyes secundarias derivadas de normas constitucionales que necesariamente deben ser desarrolladas para ser eficaces, y que esta conducta contumaz se haya extendido en un periodo de tiempo más o menos largo.

Para la mejor comprensión de los elementos de esta definición, es necesario tener presente que no todas las normas constitucionales requieren de ulterior desarrollo legislativo para ser plenamente eficaces, ya que existen muchas de ellas que por sí mismas son claras y aptas para cumplirse directamente por los operadores jurídicos; de tal suerte que sólo podrá configurarse esta omisión, cuando la falta de expedición (de manera absoluta o parcial) de normas subconstitucionales provoca esta vulneración a la norma fundamental.

A manera de ejemplo, podemos citar los preceptos que establecen los requisitos o calidades que se requieren para aspirar a un cargo público; resulta claro que no se requiere de una norma específica para clarificar los citados presupuestos, sino que basta con el precepto constitucional para que un aspirante los conozca y en su caso determine la viabilidad de una posible candidatura; en cambio, los procesos constitucionales, como tales, requieren de la reglamentación procesal específica que determine plazos, condiciones, recursos, etc., para que en la práctica puedan implementarse¹⁷.

Cabe señalar también que estas normas que requieren desarrollo constitucional, implican un mandato al cuerpo legislativo para que expida la norma requerida; este encargo puede hacerse de forma expresa, o encontrarse inmerso en el sentido de la norma constitucional (de manera implícita).

Como se adelantó líneas arriba, a pesar de la inactividad legislativa, respecto de una norma de necesario desarrollo constitucional, no puede hablarse de la existencia de una inconstitucionalidad por omisión de forma inmediata, sino que

¹⁶ J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión», en M. CARBONELL (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, op. cit.

¹⁷ Si bien la falta de reglamentación de una garantía constitucional no puede llevar a la negativa del acceso a la justicia constitucional, como se advierte de la primera sentencia de amparo que se tiene registro, dictada por el juez federal mexicano Pedro Zámano, que otorgó el amparo con base en el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847 (sin existir ley reglamentaria), contra la orden de destierro del gobernador del Estado de San Luis Potosí. Sin embargo, es claro que la falta de reglamentación obstaculiza la eficacia de los derechos constitucionales.

debe haber transcurrido un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se estime que la falta de norma provoca la ineficacia constitucional. No hay acuerdo en la doctrina sobre la forma de computar dicho plazo, ya que por lo regular las constituciones no establecen un tiempo determinado para la expedición de las normas secundarias; de modo que su individualización será una labor que deberá de realizar el juez constitucional, analizando las condiciones del texto constitucional, la omisión y el tiempo transcurrido; si estima que el mismo es considerablemente largo y si se cumplen con los demás requisitos antes señalados, procederá a declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

La omisión legislativa puede ser de dos tipos según su extensión. Será *absoluta* cuando exista una ausencia total de norma secundaria sobre un tema o precepto constitucional que debería ser desarrollado legislativamente; o bien *relativa*, cuando habiendo algún tipo de ejercicio legislativo, resulte incompleto o deficiente.

Ahora bien, el Derecho comparado muestra una gran variedad de opciones para el tratamiento y resolución de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. La mayoría de los países no las han regulado constitucional o legalmente, de manera que la magistratura constitucional (sea un tribunal, corte o sala constitucional, o incluso una corte suprema), han tenido que afrontarlas, caso a caso, construyendo una doctrina judicial sobre la materia; digamos de forma genérica, que estas jurisdicciones constitucionales han acudido a una variedad de sentencias atípicas para ello, como por ejemplo, las aditivas, sustitutivas, exhortativas, interpretativas, entre otras, que permiten dar una solución a esta problemática, con distintos efectos, características y enfoques¹⁸. Sobra decir, que en estos casos, se requiere de un mayor esfuerzo y dinamismo en la actuación de los jueces constitucionales (activismo judicial), lo que ya ha sucedido en países como Alemania, España, Italia, y especialmente en el ámbito latinoamericano, la Corte Constitucional de Colombia.

Por otro lado, encontramos que diversos países han preferido incorporar en su norma fundamental una garantía constitucional específica para el control de las omisiones del legislador, como por ejemplo la ex República de Yugoslavia, Portugal, Venezuela y Ecuador, mientras que otros la incluyen en la acción abstracta de inconstitucionalidad, como Brasil, o bien a nivel secundario, como sucede en Costa Rica. Esta regulación tiene variantes importantes en cuanto a la extensión de su procedencia, sujetos legitimados, efectos, etc. Así, en algunos casos restringen la procedencia a las omisiones sólo del Poder Legislativo y otros la extienden a la proveniente de la facultad reglamentaria del Ejecutivo; en ciertos casos se otorga una legitimación extremadamente reducida al permitir que muy pocos entes denuncien la omisión legislativa, mientras que en otros casos, resulta amplísima, abriendo la legitimación a legisladores, Defensores de Derechos Humanos, Barras y Colegios de Abogados, e inclusive se contempla la opción de una acción popular.

Otro aspecto en el que existe una amplia gama de alternativas es en cuanto al proceder de la magistratura constitucional al constatar la inconstitucionalidad

¹⁸ Cfr. H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, México, Porrúa, 2009.

XXI. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

por omisión legislativa, que van desde su simple declaración; haciéndolo del conocimiento del órgano legislativo omiso; exhortarlo para que emita la norma; otorgarle plazo para ello; proponiendo incluso algunas directrices que deben seguirse; o hasta el extremo de expedir la norma omitida de forma provisional.

La Constitución de Portugal, por ejemplo, faculta al Tribunal Constitucional para analizar y verificar el incumplimiento de la Constitución por omisión de medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales; cuando esto suceda, lo hará del conocimiento del órgano legislativo competente. Se otorga legitimación al presidente de la República, el defensor del pueblo y a los presidentes de las asambleas legislativas regionales.

Por su parte, la norma fundamental de Venezuela otorga competencia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para declarar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, que surgen cuando haya dejado de dictar, o haya dictado en forma incompleta las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución. Cabe señalar una particularidad en el tratamiento de las omisiones, dado que procede en contra de las que sean imputables al poder legislativo nacional, pero se amplía a los ámbitos municipal y estadual, además Sala Constitucional puede establecer un plazo para su emisión, y si fuera necesario también podrá determinar los lineamientos de su corrección.

En cambio, la omisión legislativa en Brasil se contempla dentro de la acción abstracta de inconstitucionalidad, siendo competente para conocer de ella al Supremo Tribunal Federal; se legitima para su ejercicio al presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa, gobernador estatal, el procurador general de la República, el Consejo Federal de la Orden de Abogados, los partidos políticos con representación nacional, las Confederaciones sindicales, y entidades de clase con alcance nacional. Se determina que una vez que se declare la inconstitucionalidad por omisión de una medida para hacer efectiva la Constitución, el Supremo Tribunal Federal lo hará del conocimiento del poder competente para que adopte las medidas requeridas, señalando que cuando se trate de un órgano administrativo, tendrá el plazo de treinta días para realizarlo.

En tanto que la nueva Constitución de Ecuador de 2008 establece una de las soluciones más dinámicas para los casos de inconstitucionalidad por omisión: cuando la Corte Constitucional declare su existencia, podrá establecer un plazo para que se cumpla con el mandato constitucional, y en caso de no hacerse, de forma provisional, podrá expedir la norma omitida.

También en el ámbito de lo que hemos denominado *Derecho Procesal Constitucional Local*, existen avances importantes en el control de las omisiones legislativas. En Brasil se prevé en las Provincias de Río Grande Do Sul, San Pablo, Río de Janeiro, y Santa Catarina; mientras que en Argentina se prevé en las provincias de Tucumán y Río Negro.

El estado del control de la omisión legislativa en México ha tenido un desarrollo significativo en las entidades federativas, como veremos adelante. A nivel federal, en cambio, no existe un proceso constitucional específico que sirva para esos efectos, de modo que este tipo de omisiones se han planteado a través de las garantías constitucionales principales (amparo, acción abstracta de inconstitu-

cionalidad y conflictos competenciales entre órganos del Estado), que de manera sucinta pasamos a su análisis.

A) En el juicio de amparo mexicano existe una regla constitucional específica sobre los efectos relativos de sus sentencias: cuando se otorga la protección constitucional, sus efectos solamente pueden recaer en la persona que ha acudido ante la justicia federal, sin que sea posible hacer ningún tipo de declaración general; en tal virtud, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado, vía jurisprudencia, que este proceso es improcedente para conocer de la omisión legislativa, debido a que se violentaría el principio de la relatividad de las sentencias de amparo¹⁹.

B) En la acción abstracta de inconstitucionalidad, después de un arduo camino con cambios de criterio, se puede, en términos generales, decir que se admite únicamente para el control de las omisiones legislativas parciales y no así de las absolutas. Se ha considerado que lo anterior se debe a que la acción abstracta tiene como finalidad cotejar una disposición secundaria con el texto constitucional, operación que no puede realizarse ante la falta absoluta de norma general.

C) Finalmente, las controversias constitucionales han tenido una apertura mayor para el control de la omisión legislativa; sin embargo, en distintos momentos los criterios de la Suprema Corte han variado.

En cambio, como advertimos, algunas entidades federativas han optado por admitir específicamente en sus constituciones algún proceso constitucional para la corrección de estas omisiones (Veracruz, Chiapas, Quintana Roo, Coahuila, Tlaxcala y Querétaro).

Es el Estado de Veracruz el primero en incluir una garantía constitucional específica para estos fines, de modo tal que incorpora en su Constitución una acción, que procede cuando se estime que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecta el debido cumplimiento de la Constitución; se otorga competencia al pleno del Tribunal Superior de Justicia para su resolución, la que puede promover el ejecutivo local, y la tercera parte de los ayuntamientos. Constatada la omisión, el pleno establece un plazo de hasta dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que proceda a expedir la disposición omitida, y en caso de no hacerlo se podrán emitir «las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto».

Por su parte, Chiapas también contempla la acción por omisión legislativa, que igualmente puede ejercerse cuando se considere que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución; su resolución está a cargo del Tribunal Constitucional, y puede promoverla el Ejecutivo local, la tercera parte de los integrantes del Congreso, la misma cantidad de Ayuntamientos, y al menos el 5 por 100 de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. En este caso, también se otorga plazo al legisla-

¹⁹ Este efecto inter partes, también conocido como «fórmula Otero», ha prevalecido desde el siglo XIX en México. Desde hace tiempo un importante sector de la doctrina se inclina por la necesidad de incluir la declaratoria general de inconstitucionalidad en el sector del amparo contra leyes; precisamente el Senado de la República aprobó en diciembre de 2009 una reforma constitucional (pendiente de revisión en la Cámara de Diputados) que permite esa posibilidad, con la grave deficiencia de excluir los efectos *erga omnes* en materia fiscal.

XXI. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

dor omiso y si no cumpliere el Tribunal Constitucional puede hacerlo de forma provisional en tanto cumple con su obligación constitucional.

El Estado de Quintana Roo también admite esta acción. Su tramitación la realiza la Sala Constitucional y Administrativa, pero resuelve el pleno del Tribunal Superior de Justicia; su procedencia es en términos similares a los antes enunciados, y están legitimados para su interposición el gobernador del Estado y al menos la tercera parte de los ayuntamientos. Aquí la resolución respectiva también concederá un plazo de dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para la expedición de las disposiciones omitidas, y de no hacerse así, el Tribunal Superior de Justicia «dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto».

Tlaxcala también modificó su Constitución para incluir esta acción, establece una legitimación amplísima, dado que puede interponerla cualquier autoridad y también cualquier residente del Estado (una especie de acción popular); por otra parte, amplía su procedencia, pues además de las omisiones en que incurra el cuerpo legislativo, también procede contra aquellas provenientes del gobernador, los Ayuntamientos o concejos municipales, cuando éstos no emitan disposiciones «a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las Leyes». En la determinación judicial respectiva, también se otorgará plazo, previéndose la responsabilidad para el caso de incumplimiento.

Por su parte, en el Estado de Coahuila, dentro del marco de la acción de inconstitucionalidad, permite el análisis de la «omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria». Están legitimados para su ejercicio el gobernador, en ciertos casos el fiscal general del Estado, el 10 por 100 de los integrantes del Poder Legislativo, el 10 por 100 de los integrantes de los Ayuntamientos o Concejos Municipales, el organismo público autónomo, cualquier persona, a través del organismo protector de los derechos humanos, y los partidos políticos nacionales y estatales con registro

De manera reciente, Querétaro ha incorporado la facultad para el Pleno del Tribunal Superior de Justicia y de las Salas, de pronunciarse sobre la «omisión en la expedición de leyes, cuando la misma afecte el funcionamiento o aplicación de la Constitución». En esta entidad, cuando se exponga la existencia de la omisión legislativa también se señala un plazo para que se subsane la omisión, el cual puede ser extendido por una sola vez, y en caso de no actuarse de conformidad, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia podrá dictar «la regulación a que deba sujetarse el ejercicio de la atribución o derecho reconocido en sentencia, la cual será aplicable hasta en tanto no se expida la ley local respectiva».

Finalmente, retornando al tema del *Caso Marbury vs. Madison*, advertimos una cuestión interesante. En la sentencia respectiva el juez Marshall consigna expresamente: «Es cierto que el *mandamus* que hoy se solicita no es para la ejecución de un acto expresamente mandado por una ley. Es para que se entregue un nombramiento escrito, materia sobre la cual las leyes del Congreso permanecen en silencio»²⁰. La anterior aseveración, por sí misma y salida de su contex-

²⁰ También la sentencia señala: «La entrega del nombramiento escrito es una práctica derivada de la conveniencia, mas no fundada en la ley. No puede, pues, ser parte esencial del nombramiento».

to, podría llevar a pensar que hace alusión a una omisión como las que hemos estudiado líneas arriba; sin embargo, debemos precisar que la Constitución de los Estados Unidos no establece ningún mandato al legislativo ni de forma explícita o implícita para legislar sobre este punto en particular; es más, la única referencia que se hace sobre los nombramientos a los funcionarios del gobierno es una obligación impuesta al presidente, a quien corresponde la realización y expedición de los mismos²¹; en tal sentido, esta omisión legislativa a que nos hemos referido es precisamente de aquellas que no pueden ser calificadas de inconstitucionales por no violentar a la norma fundamental²².

5. LAS OMISIONES ILEGALES: ILEGALIDAD POR OMISIÓN

Arribamos a la tercera especie de omisión que previamente señalamos. Como su nombre lo indica, se refieren a aquellas imputables también a algún ente o funcionario del Estado, pero que implican el incumplimiento de algún dispositivo legal infra-constitucional; es decir, se trata de omisiones en la aplicación o ejecución de las leyes, de tal suerte que podrán incurrir en ellas los servidores públicos pertenecientes a la rama administrativa o judicial. Un ejemplo claro se presenta cuando ciertas leyes requieren necesaria e inevitablemente de un reglamento para su efectiva aplicación y éste no es dictado por el ejecutivo local o federal según sea el caso.

Consecuentemente, no será la justicia constitucional la que deba resolver estas cuestiones, sino que caen dentro del ámbito de la justicia ordinaria, dado que las conductas negativas sujetas a estudio serán confrontadas con las normas de carácter secundario. Es necesario, sin embargo, realizar algunas precisiones.

La amplia gama de opciones legislativas de los países ofrece diversos medios para atacar los actos u omisiones de las autoridades. Esto puede ocurrir en sede judicial. Por ejemplo, respecto de la rama administrativa, cuando en cualquier proceso judicial seguido contra el Estado o sus funcionarios se analiza su actuación a la luz de las normas legales que lo rigen, también a través de diversos mecanismos judiciales específicos, tales como los mandamientos de ejecución, en Estados Unidos o Argentina; el *mandado de injunção*, o la alegación de incumpli-

to, el cual tiene que ser su antecedente y es un acto exclusivo del presidente». G. ETO CRUZ, «John Marshall y la sentencia *Marbury vs. Madison*», en E. FERRER MAC-GREGOR (COORD.), *Derecho procesal constitucional*, op. cit., pp. 73-74 y 65 respectivamente.

²¹ Según lo dispone el artículo 2.º, sección 3.ª, de la Constitución de los Estados Unidos: «Periódicamente deberá proporcionar al Congreso informes sobre el Estado de la Unión, recomendando a su consideración las medidas que estime necesarias y oportunas; en ocasiones de carácter extraordinario podrá convocar a ambas Cámaras o a cualquiera de ellas, y en el supuesto de que discrepen en cuanto a la fecha en que deban entrar en receso, podrá suspender sus sesiones, fijándoles para que las reanuden la fecha que considere conveniente; recibirá a los embajadores y otros ministros públicos; cuidará de que las leyes se ejecuten puntualmente y extenderá los despachos de todos los funcionarios de los Estados Unidos».

²² Sobre esta tipología de omisiones, y para un análisis más detallado en cuanto a la experiencia procesal constitucional mexicana, vid. L. RANGEL HERNÁNDEZ, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, México, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 33, 2009. Asimismo, vid. C. BAEZ SILVA, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 27, 2009.

XXI. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

miento de preceptos constitucionales, en Brasil²³; y para el caso de la confronta de la legalidad de los actos y omisiones de los juzgadores en sus resoluciones, puede ser a través de los recursos de casación o sus equivalentes.

Por otra parte, también pueden analizarse en sede administrativa; aquí podemos señalar, por ejemplo, la acción de cumplimiento en Colombia o en el Perú²⁴, y en el caso de México, los procedimientos contencioso-administrativos o bien los que se instauran por responsabilidad patrimonial del Estado, que se tramitan ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; o también en otros países ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que en México, algunas garantías constitucionales pueden dar lugar al análisis de omisiones. Por ejemplo, el juicio de amparo procede contra leyes, actos u «omisiones» de las autoridades que violen los derechos fundamentales²⁵. Ninguna duda cabe de que el amparo es el proceso constitucional por excelencia, de manera que su finalidad primordial es la confronta de estos actos, omisiones o normas generales con la propia Constitución; sin embargo, la práctica mexicana lo ha llevado a una dimensión «omni-comprehensiva» de tutela, como vigilante del principio de legalidad, a través de la *violación indirecta* de la norma fundamental por transgresión a los artículos 14 y 16 (debido proceso legal y exacta aplicación de la ley al caso concreto)²⁶.

Situación similar ha sucedido en el caso de la controversia constitucional, que en principio también es un proceso constitucional encaminado a la resolución de conflictos de carácter constitucional, dentro de los cuales se incluyen las omisiones genéricamente hablando²⁷; y en las cuales recientemente se ha

²³ Una visión general y comparada de estos mecanismos se encuentra en CARPIO MARCOS y ETO CRUZ, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho comparado (reflexiones a propósito del caso peruano)*, Querétaro, Fundap, 2004.

²⁴ Sobre la dudosa naturaleza legal o constitucional de la acción de cumplimiento en Perú y Colombia, *ibid.*

²⁵ El artículo 80 de la Ley de Amparo establece: «La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija».

²⁶ Estos preceptos señalan, en la parte conducente: «Art. 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del Derecho [...]».

Art. 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento [...].».

²⁷ *Cfr.* los rubros de las siguientes tesis de la Suprema Corte: «Controversias constitucionales. Procede impugnar en esta vía las que se susciten entre las entidades, poderes u órganos a que se refiere la ley reglamentaria respectiva, sobre la constitucionalidad de sus actos positivos, negativos y omisiones» (*Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, X, agosto de 1999, tesis: P/J 82/99, p. 568); «Controversia constitucional. Cuando se reclaman omisiones, corresponde a la parte actora desvirtuar las pruebas con las que la demandada demostró su inexistencia» (*Semanario Judicial de*

permitido también su procedencia para los casos de violaciones indirectas a la Constitución²⁸. En este supuesto no estamos propiamente ante cuestiones constitucionales, sino del análisis de la debida aplicación normativa que de manera refleja se han estimado como violaciones constitucionales, situación que debería ser revisada por la jurisprudencia de la Suprema Corte.

Retornando al *Caso Marbury vs. Madison*, encontramos aquí una omisión ilegal. Si bien en el epígrafe anterior señalamos que no existe un mandamiento expreso en las leyes ordinarias sobre la entrega del documento que contiene el nombramiento para un cargo público, sí es posible concluir, como lo hizo John Marshall, que del contexto legal aplicable se deriva la obligación legal de su entrega al recién nombrado servidor público. Para llegar a la anterior conclusión, el juez constitucional analiza los hechos del caso, en concreto que el presidente Adams realizó voluntaria y discrecionalmente el nombramiento de William Marbury para el cargo de juez de Paz, en uso de la facultad que tiene constitucionalmente asignada, contando con el consentimiento del Congreso, requisito que fue cubierto en el caso que nos ocupa²⁹. También se consigna en la sentencia sujeta a estudio que el documento escrito en el que se hizo constar dicho nombramiento también fue realizado siguiendo las formalidades correspondientes, cumpliendo así con la obligación respectiva³⁰.

Debe señalarse que Marshall realiza un concienzudo análisis, respecto a las diversas etapas que configuran el acto del nombramiento de los funcionarios públicos, concluyendo que se trata de un acto complejo que se inicia con la *postulación*, que consiste en el acto voluntario del Ejecutivo en cuanto a la selección de la persona que estima conveniente para ocupar el cargo en cuestión; mismo que fue realizado a favor de William Marbury; posteriormente viene el paso del *nombramiento* propiamente dicho, el cual también implica un acto del Ejecutivo pero para perfeccionarse requiere del consentimiento del Congreso, requisito que también fue cumplido; y la última etapa se refiere al nombramiento escrito, que se traduce en la formalización de las etapas previas, de modo tal que se consigne en un documento escrito el cargo recientemente conferido en favor de cierta persona, y en el cual se sigan todas las solemnidades que marca la ley, como el sello y el registro, que también se llevaron a cabo.

la *Federación y su Gaceta*, X, agosto de 1999, Tesis: P/J 81/99, p. 567); «Controversia constitucional. Cuando se trate de omisiones, la oportunidad para su impugnación se actualiza día a día, mientras aquéllas subsistan» (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVIII, agosto de 2003, Tesis: P/J 43/2003, p. 1296).

²⁸ Cfr: la Tesis 98/99 del Pleno de la Suprema Corte, cuyo rubro es: «Controversia constitucional. El control de la regularidad constitucional a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, autoriza el examen de todo tipo de violaciones a la Constitución federal» (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, X, septiembre de 1999, p. 703).

²⁹ De conformidad con lo que dispone el artículo 2.º, sección 2.ª, numeral 2, de la Constitución de 1787: «Tendrá facultad, con el consejo y consentimiento del Senado, para celebrar tratados, con tal de que den su anuencia dos tercios de los senadores presentes, y propondrá y, con el consejo y consentimiento del Senado, nombrará a los embajadores, los demás ministros públicos y los cónsules, los magistrados del Tribunal Supremo y a todos los demás funcionarios de los Estados Unidos a cuya designación no provea este documento en otra forma y que hayan sido establecidos por ley. Pero el Congreso podrá atribuir el nombramiento de los funcionarios inferiores que considere convenientes, por medio de una ley, al presidente solo, a los tribunales judiciales o a los jefes de los departamentos».

³⁰ Como ya ha quedado transcrito.

XXI. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

De este modo se corrobora que en el caso concreto el nombramiento fue hecho en favor de *Marbury* a través del agotamiento de todas sus fases; es decir, se trató de un acto consumado que generó derechos para el nuevo funcionario y obligaciones a cargo del propio Estado como empleador. Cabe señalar que la entrega física del documento en el cual se consigna el nombramiento no está claramente asignada al propio presidente, ni al propio secretario, pero si se deduce que de cualquier manera corresponde a su personal verificar este hecho para completar así el trámite respectivo³¹. De hecho se dice textualmente «la ley del Congreso, a decir verdad, no ordena al secretario de Estado que envíe dicho nombramiento escrito a su titular legal, pero tal nombramiento se ha entregado en sus manos para la persona que tiene derecho a él y no puede ser retenido legalmente, ni por el secretario, ni por ninguna otra persona»³². En tal virtud se concluye que «el retener su nombramiento escrito, es pues, un acto que esta Corte estima que no está fundado en ley, sino que es violatorio de derechos legales adquiridos»³³.

Por tanto, la falta de entrega del nombramiento a que legalmente William Marbury tenía derecho constituye una omisión, en este caso imputable a la rama administrativa, en contravención de las disposiciones legales, es decir, *una ilegalidad por omisión*.

6. LAS OMISIONES INCONVENCIONALES: INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN

Con la aparición del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la segunda mitad del siglo XX, las declaraciones y pactos internacionales cobran una importancia mayúscula en el ámbito interno. Se crea una doble fuente de derechos (interna e internacional), estableciéndose un sistema subsidiario y reforzado en la protección de los mismos. Como bien se sabe, existe en la actualidad una dinámica interrelación entre la normatividad internacional y las disposiciones domésticas o de Derecho interno.

Lo anterior ha propiciado que también se generen nuevas formas de omisión, debido a la obligación de los Estados de cumplir con las declaraciones, pactos, convenciones o tratados internacionales, incluso, recientemente, también con la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales que los interpretan. Así, cuando un Estado no cumple con un compromiso internacional por una inactividad de su parte, estamos en presencia de *omisiones inconvencionales* (que pueden ser parciales o absolutas), generando una responsabilidad internacional para el Estado.

Resulta significativo que nuestra América generase a nivel mundial el primer documento hacia esta tendencia, con la expedición de la *Declaración Americana*

³¹ Se consigna en la sentencia: «La entrega del nombramiento escrito es un acto de aquel empleado a quien dicha obligación ha sido asignada y puede ser acelerada o retardada por circunstancias que no pueden tener nada que ver con el nombramiento mismo», conforme la traducción de la sentencia que aparece en G. ETO CRUZ, «John Marshall y la sentencia *Marbury vs. Madison*», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional, op. cit.*, p. 65.

³² *Id.*, p. 74.

³³ *Id.*, p. 67.

na sobre los Derechos y Deberes del Hombre, adelantándose así seis meses a la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948; año en la que también se crea la Organización de los Estados Americanos (OEA), actualmente con 34 miembros (Honduras fue suspendido derivado del golpe de Estado en 1999). En este escenario surge la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o Pacto de San José, suscrito en 1969 y vigente desde 1979, estableciéndose las bases del sistema interamericano de protección de derechos humanos, siendo sus dos órganos competentes para conocer de los compromisos adquiridos por los Estados partes, la Comisión Interamericana (1959) con sede en Washington, E.U. y la Corte Interamericana, establecida en San José, Costa Rica (1979).

De los 34 países que integran la OEA (excluyendo Honduras), hasta la fecha son 25 los que han ratificado o se han adherido a la *Convención Americana de Derechos Humanos* (en realidad son actualmente 24 por la denuncia de Trinidad y Tobago en 1998) y 21 los que reconocen la competencia de la Corte Interamericana. Lo anterior resulta importante, debido a que si bien dicho órgano jurisdiccional es el intérprete final del Pacto de San José, lo es sólo en relación a dichos 21 Estados y no a la totalidad de los miembros de la OEA o de los que han aceptado la Convención.

Ahora bien, la propia Convención Americana establece que los Estados partes 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; obligación que implica adoptar las «medidas legislativas» o de «otro carácter» que sean necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades (arts. 1 y 2 de la Convención); con independencia además de lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que expresamente señala que: «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».

De esta manera, los Estados pueden incurrir en violaciones a la Convención Americana y sus protocolos adicionales, sea por acción o por omisión, por parte del legislador (constituyente o secundario), la administración o los órganos jurisdiccionales (incluso tribunales, cortes o salas constitucionales).

En el primer supuesto, es el propio texto constitucional el que resulta inconvencional, como sucedió en el *Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, conocido como «La última tentación de Cristo» (2001), donde la Corte Interamericana declaró que la normatividad interna que permitía la censura previa de cintas cinematográficas, violaba la libertad de expresión contenido en el artículo 13 de la Convención; o en el *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago* (2005), que estableció la propia Corte Interamericana que resultaba inconvencional la Constitución de dicho país al establecer una «cláusula de exclusión», que impedía impugnar la Ley de Delitos contra la Persona, que fue el fundamento de aplicación de la pena corporal con latigazos «gato de nueve colas»; por lo que se ordenó la enmienda de la Sección 6.^a de la Constitución de dicho Estado «en cuanto imposibilita a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente» para lograr la adecuada protección de los derechos humanos.

Resulta también ejemplificativo el *Caso Barrios Altos* (2001), concerniente a las leyes de amnistía que el entonces presidente del Perú (Fujimori) había conseguido se dictaran por el Congreso, produciendo una impunidad de los respon-

XXI. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

sables; la Corte Interamericana estableció que no eran admisibles las amnistías, prescripciones o cualquier obstáculo de Derecho interno por el que se pretendiera impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos al conducir a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad en violación a la Convención Americana; y específicamente declaró «que las leyes de amnistía núms. 26479 y 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, *carecen de efectos jurídicos*». Resulta importante que esta resolución fue declarada con *efectos generales* en sentencia interpretativa posterior, lo que propició que diversos países como Chile³⁴ y Argentina³⁵ declararan la nulidad de disposiciones que impliquen olvido y perdón de graves violaciones de derechos humanos; criterio que por cierto también ha retomado la Corte Penal Internacional para no admitir las amnistías en blanco, auto amnistías, leyes de punto final o cualquier otra modalidad similar que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo.

Un ejemplo de omisión inconventional de tipo legislativo sucedió con la falta de previsión del juicio o recurso de amparo en la República Dominicana. La Suprema Corte de Justicia de ese país en 1999, a través de la incorporación directa del artículo 25.1 de la Convención, que prevé la necesidad de un recurso sumario y efectivo que ampare contra actos que violen derechos fundamentales, incorporó ese instrumento utilizando los artículos 3.º y 10.º de la entonces vigente Constitución, que reconocían las fuentes internacionales, dictando incluso las bases del procedimiento (posteriormente se emitió la ley respectiva y en la nueva Constitución promulgada en enero de 2010 se prevén las acciones de *habeas data*, *habeas corpus* y amparo, en los arts. 70 a 72).

Las omisiones inconventionales pueden darse también en las leyes secundarias. Un ejemplo reciente se encuentra en el *Caso Rosendo Radilla Pacheco* (2009), donde se condena al Estado mexicano a adoptar en un plazo razonable, las «reformas legislativas pertinentes» para «compatibilizar» los artículos 57 del Código de Justicia Militar³⁶, y 215 A del Código Penal Federal³⁷, con los estándares internacionales en la materia, de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

³⁴ *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), donde se declara la invalidez del decreto de amnistía (ley 2191/78), que se refería al perdón de los crímenes realizados en la época de Pinochet entre los años de 1973 y 1978.

³⁵ La Corte Suprema de Justicia argentina anuló en 2005 las llamadas leyes de punto final (23482/86) y de obediencia debida (23521/87).

³⁶ La Corte Interamericana consideró que el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar (del año de 1933), vulnera el principio del juez natural, al extenderse la jurisdicción militar a todo militar por el simple hecho de serlo y estar en activo, incluso cuando se trate de la comisión de un delito ordinario en contra de un civil, siendo los estándares internacionales y los precedentes de la propia Corte Interamericana, que sólo opera el fuero castrense cuando se trate de delitos estrictamente de milicia.

³⁷ Este precepto tipifica de manera incompleta el delito de desaparición forzada de personas conforme los estándares internacionales, debido a que restringe la autoría del delito a «servidores públicos»; siendo que la Corte Interamericana ha establecido que el tipo penal debe asegurar la sanción de todos los autores, cómplices y encubridores de dicho delito, sean agentes del Estado o personas o grupos de personas privados que actúen con la autorización o el apoyo de aquéllos, cuestión que también se encuentra en la Declaración Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1944.

También pueden existir inconventionalidades por omisión de la actuación de los órganos de administración de justicia, como la reconocida por la propia Corte Interamericana en el famoso caso sobre los feminicidios de Ciudad Juárez, México (*Caso Campo Algodonero*) de 2009; donde se concluye, entre otras cuestiones, que «el Estado incumplió con su deber de investigar», destacándose la «falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer», así como la «inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su supuesta negligencia grave», por lo que se «vulneran el derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido». Dice la Corte Interamericana, ante la inacción del Estado, que «esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir».

Otro tipo de inconventionalidad por omisión puede provenir de la propia actuación de los órganos jurisdiccionales, como ha sucedido en varias ocasiones. Un ejemplo lo constituye el *Caso Castañeda* (2008), donde el Estado mexicano viola el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25 de la Convención Americana, en relación de los artículos 1.1 y 2 de la misma, toda vez que la Suprema Corte de Justicia dejó sin resolver el planteamiento de inconstitucionalidad hecho valer; al no entrar al conocimiento de fondo del asunto (decretando la improcedencia del juicio), debido a que los individuos se encontraban imposibilitados para defender sus derechos fundamentales de participación democrática frente al legislador, conforme a la propia jurisprudencia firme de ese Suprema Corte³⁸. Otro ejemplo lo encontramos en el citado caso de «La última tentación de Cristo», donde la Corte Interamericana estableció que la censura previa a la película había sido decretada en definitiva por la Corte Suprema de ese país, por lo que declaró inconventional no sólo la normatividad interna (Constitución y leyes) como ya se indicó, sino también la propia sentencia de ese órgano jurisdiccional.

En definitiva, las variantes de las *omisiones inconventionales* obedecen en realidad a un tipo de «inconventionalidad» que desde hace más de treinta años la Corte Interamericana viene realizando a través del llamado «Control de Conventionalidad» como función propia de la Corte Interamericana, al confrontar las actuaciones de los Estados con la Convención Americana, a manera de *lex superior*.

Sin embargo, este control adquiere una nueva dimensión en el ámbito interno de los Estados, a partir del *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006. En este fallo categóricamente se establece que el control de convencionalidad implica un «deber» de los jueces nacionales para velar por la aplicación de la Convención Americana y la propia «jurisprudencia» emanada de la Corte Interamericana; línea jurisprudencial que se ha venido consolidando en casos posteriores, abriéndose una ventana de

³⁸ Sobre este caso, *vid.* E. FERRER MAC-GREGOR y F. SILVA GARCÍA, *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2009.

XXI. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

amplios horizontes para una mayor eficacia y protección en sede interna de los derechos humanos de fuente internacional.

Este «control de convencionalidad» puede considerarse un desarrollo del «control judicial de constitucionalidad» que precisamente surgiera en el constitucionalismo contemporáneo a partir del emblemático *Caso Marbury vs. Madison*. Situación compleja que repercute en la tradicional concepción de la «supremacía constitucional» sea como cláusula o principio constitucional, que se de terreno por la nueva «supremacía convencional»; lo cual está produciendo interesantes debates cuyas respuestas todavía están por vislumbrarse en el segundo decenio del siglo XXI y seguramente continuará en los lustros siguientes.

En todo caso, la solución de la problemática tendrá que realizarse a través de un fecundo «diálogo jurisprudencial», como actualmente se está llevando a cabo (en mayor o menor medida) entre los tribunales, cortes y salas constitucionales, y la Corte Interamericana, órganos jurisdiccionales que tienen la interpretación final de las textos fundamentales y de la Convención Americana, para ir creando, en definitiva, un *ius constitutionale commune* en nuestra región³⁹.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ASTUDILLO, C.: «La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México», en M. CARBONELL (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2.^a ed., México, UNAM, 2007, pp. 297-380.
- BAEZ SILVA, C.: *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 27, 2009.
- BAEZ SILVA, C., y CIENFUEGOS, D.: «La inconstitucionalidad por omisión legislativa en las decisiones de la Suprema Corte de México», en E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, UNAM-Marcial Pons, 2008, t. VIII, pp. 605-623.
- BAZÁN, V. (coord.): *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997.
- CABRERA ACEVEDO, L.: *El constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, México, Suprema Corte de Justicia, 2005.
- CARBONELL, M. (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2.^a ed., México, UNAM, 2007.
- «La peor sentencia: a 150 años de *Dred Scott versus Sandford*», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 245-254.
- CARPIO MARCOS, E., y ETO CRUZ, G.: *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho comparado (reflexiones a propósito del caso peruano)*, México, Fundap, 2004.
- CIENFUEGOS, D. (comp.): *Marbury contra Madison. Una decisión histórica para la justicia constitucional*, Saltillo, Editora Laguna, 2007.
- DIETZE, G.: *The Federalist: A classic of federalism and free government*, Baltimore, John Hopkins Press, 1960.

³⁹ A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Max Planc Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

- FAVOREU, L.: «El bloque de la constitucionalidad», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 5, enero-marzo de 1990, pp. 45-68.
- FERRER MAC-GREGOR, E., y MOLINA SUÁREZ, C. de J. (coords.): *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2 tomos, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, E., y SILVA GARCÍA: *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia condenatoria en contra del Estado mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2009.
- «El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional», en *Memorias del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, t. II, Lima, IDEMSA, 2009, pp. 599-621.
- FIX-ZAMUDIO, H., y FERRER MAC-GREGOR, E.: *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, núm. 30, México, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2009.
- (coords.): *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *La justicia constitucional: una visión de Derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 3 tomos, 2009.
- «El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*», en E. FERRER MAC-GREGOR y C. de J. MOLINA SUÁREZ (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, t. I, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, pp. 71-119.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J.: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998.
- «La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz-Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t. IV, 5.ª ed., México, Porrúa, 2006, pp. 3757-3773.
- FIGUEIREDO, Marcelo, «Las omisiones estatales y los remedios judiciales para suplirlas en el Derecho brasileño y latinoamericano», en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, M. (coords.): *Recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM-IJ, 2009.
- GONZÁLEZ OROPEZA, M.: *Constitución y derechos humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, 2.ª ed., México, Porrúa-CNDH, 2009.
- HAMILTON, A.; MADISON, J., y JAY, J.: *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- MANILI, P. L.: «La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos por el Derecho constitucional iberoamericano», en R. MÉNDEZ SILVA, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 371-410.
- *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- NELSON, W. E.: *Marbury vs. Madison. The origins and legacy of judicial review*, Kansas, University Press of Kansas, 2000.
- RANGEL HERNÁNDEZ, L.: «El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión», en E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. VIII, México, UNAM-Marcial Pons, 2008, pp. 625-668.
- *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, núm. 33, México, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2009.

XXI. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

- REY CANTOR, E.: *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 26, 2008.
- SAGÜÉS, M.^a S.: «Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t. IV, 5.^a ed., México, Porrúa, 2006, pp. 3087-3125.
- SAGÜÉS, N. P.: «Reflexiones sobre la imprevisión constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 1, núm. 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2003, pp. 487-499.
- «Instrumentos de la justicia constitucional frente la inconstitucionalidad por omisión», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t. IV, 5.^a ed., México, Porrúa, 2006, pp. 3127-3140.
- SAMANIEGO SANTAMARÍA, L. G.: «Análisis de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México», en E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. VIII, México, UNAM-Marcial Pons, 2008, pp. 669-691.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw Hill, 1997.
- VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC-GREGOR, E., y MORALES ANTONIAZZI, M. (coords.): *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Max Planc Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.