



OBITER DICTUM

Son dos elementos fundamentales en la doctrina del *stare decisis* del derecho anglosajón (*Common Law*) los que se distinguen dentro del “precedente judicial” o sentencia: el *obiter dictum* y la *ratio decidendi*. En el sistema de precedentes el primer paso es declarar los hechos substanciales —rechazando aquellos que no lo son— para la determinación del principio normativo sobre el cual el juzgador fundamenta su decisión, es decir, la *ratio decidendi*. A *contrario sensu*, el *obiter dictum* (*obiter dicta*, en plural) se compone del análisis, razonamientos y principios invocados por el juzgador en un caso concreto pero que no constituyen el principio normativo sobre el cual se basa su decisión, y por tanto no representa la parte obligatoria del precedente, ni vinculante para casos posteriores. Sin embargo, el *obiter dictum* posee una fuerza persuasiva para controversias futuras a resolver por las cortes. La razón por la cual el *obiter dictum* no es vinculante en casos posteriores se basa en que estos razonamientos no son estrictamente relevantes para el caso concreto que se ha resuelto en la sentencia.

Terense Ingmanasi (*The English Legal Process*, 12a. ed., Oxford, 2008) señala que *obiter dictum*, literalmente “dicho sea de paso, ó —a propósito de—”, es la especulación del juzgador acerca de cuáles razones o principios normativos podrían ser aplicados a la controversia concreta, si los hechos probados en el caso resuelto hubieran sido distintos. Los enunciados o razonamientos elaborados *à propos de* por el juzgador a lo largo del texto de una sentencia constituyen el *obiter dictum*, son anotados ahí de forma hipotética, es decir, a manera de ejemplos se establecen ciertos supuestos y principios generales del derecho que podrían ser aplicados a la controversia concreta, pero que resultan irrelevantes para apoyar el pronunciamiento normativo y por tanto la decisión para fundamentar la resolución del caso.

El carácter persuasivo del *obiter dictum* implica reconocer que detenta una autoridad en la doctrina del *stare decisis* en el derecho anglosajón, esto significa que en casos futuros los enunciados que lo conforman son influenciables y pueden inducir e instar los argumentos o razonamientos del juzgador en casos futuros. Es ahí donde cobra importancia el *obiter dictum*, debido a que en controversias posteriores, el juzgador puede tomar en consideración esos razonamientos hipotéticos al caso concreto a resolver si así lo cree procedente.

María de Jesús Medina Arellano

OBJETO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

La locución “objeto de control constitucional” significa aquello que es materia de los diversos controles de constitucionalidad, esto es: la forma de actuar de los órganos de poder.

Esto implica que los órganos públicos como tal no son el objeto del control constitucional, sino los actos son emitidos por éstos. La actuación de cualquier autoridad debe supeditarse a los límites previstos en el texto constitucional. El verificar que dichas actuaciones se apeguen a los parámetros de constitucionalidad, será el objetivo de los medios de control previstos en la ley fundamental.

La medición efectuada por los controles de constitucionalidad puede darse en diversos momentos. Si bien los actos de autoridad son la materia objeto del control constitucional, la naturaleza de los medios de control atienden a circunstancias determinadas.

Dentro de los tipos de control (político, jurisdiccional y social) solo los políticos y los jurisdiccionales pueden tener una medición y repercusión jurídica, esto implica que su diseño y alcance están fomentados por el propio orden constitucional, para su mantenimiento y vigencia.

Siendo el objeto de control de constitucionalidad la validez de los actos de autoridad, cuando éstos rebasan los límites establecidos, afectando el orden constitucional o la esfera jurídica de las personas, operan como medios de reparación a dicha afectación, restituyendo el derecho vulnerado a la situación que guardaba antes de la comisión del acto generador. Estos medios de control son *a posteriori*, y requieren de la materialización del acto, es decir, que se haya exteriorizado, pues de lo contrario no puede aludirse algún tipo de agravio. El control jurisdiccional puede ser activado oficiosamente, o a petición de parte, según la naturaleza y funcionamiento de éstos.

Si bien, la mayoría de los controles de constitucionalidad funcionan como medios de reparación *a posteriori*, existen también controles de carácter previo, los cuales operan antes de la entrada en vigor de una norma jurídica de alcance general, sometiéndose a la validación del órgano encargado de ejercer la tutela constitucional. Si bien esta modalidad no posee una naturaleza jurisdiccional, por no existir una litis, afectación, ni administración de justicia por parte de un juez u órgano jurisdiccional, si resulta ser un control jurídico, pues requiere de un impulso procesal por alguna parte legitimada, y es sometida a una valoración jurídica para determinar su validez.

Otra modalidad en que pueden operar los controles constitucionales es en consecución de su objeto, esto puede ser a través del análisis que hagan en abstracto o en concreto de las normas jurídicas. El primero puede desdoblarse de forma previa o posterior a la entrada en vigor de la norma, y tiene como objeto someter la validez de dicha norma al contenido de la Constitución. En caso de existir una contradicción o inadecuación, se declara como inconstitucional parcial o totalmente.

La característica del control abstracto constitucional es que el análisis de validez no se deriva de la afectación que haya producido la norma al momento de su aplicación. Por otra parte, el control constitucional en concreto dimana de la función del juez al momento de resolver sobre la constitucionalidad de una norma jurídica, cuando ésta es aplicada a un caso concreto y, como consecuencia, se genera una merma o vulneración al orden jurídico o en la esfera jurídica de las personas. Este ejercicio de control implica la validación de una norma jurídica en relación a un caso concreto, teniendo la resolución sólo efectos relativos.

Una última acepción sobre la forma de ejercer el control constitucional con referencia a su objeto es cuando un órgano jurisdiccional es el encargado de llevar a cargo dicho control. Esto puede ser de dos formas: concentrada o difusa. La forma concentrada hace alusión a que la tutela de la constitucionalidad se ubica en una sola competencia y jurisdicción, por lo que solo esa

instancia es la legitimada para declarar la inconstitucionalidad de un acto o una norma jurídica. En cambio, cuando el control se lleva a cabo de forma difusa, como su nombre lo indica, se difumina a cualquier órgano jurisdiccional la labor de tutela constitucional. El control difuso de constitucionalidad, en su sentido original, significa la obligación de todo juez de mantener la observancia de la supremacía constitucional. A diferencia del control concentrado, el difuso se limita a la inaplicación de aquella norma que se presume como contraria al orden constitucional, reservándose la facultad de declaración de inconstitucionalidad, es decir, la expulsión de la norma del sistema jurídico a un órgano jurisdiccional supremo, o en su caso, a un Tribunal constitucional.

Estos controles (concentrado y difuso) pueden existir tanto a nivel local como a internacional. En el caso del sistema interamericano, el control concentrado que ejerce la Corte Interamericana como máximo órgano de tutela e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, y demás instrumentos interamericanos, consiste en asegurar el cumplimiento efectivo de los dispositivos convencionales por parte de los Estados miembros de dicho sistema. En cambio, el control difuso de convencionalidad posee una variante al de constitucionalidad. Mientras que el control difuso de constitucionalidad tiene como objeto solamente la conservación del orden constitucional, el de convencionalidad busca el cumplimiento y tutela efectiva de los derechos humanos reconocidos a nivel convencional. Esto significa que todos los jueces pertenecientes al sistema deben hacer valer la vigencia del orden convencional, sin importar el grado, cuantía y territorialidad. Además de estas variaciones, el control difuso de convencionalidad no hace referencia a una inaplicación de la norma que se estima como inválida de *ipso facto*, sino que su aplicación requiere de forma primera, una interpretación armonizadora entre las normas constitucionales y los preceptos convencionales, buscando que prevalezca la vigencia plena de todos los derechos humanos.

En tal sentido, un último significado de la expresión “objeto de control constitucional” conlleva a la obligación de toda autoridad de fundamentar sus actos a los parámetros de constitucionalidad y convencionalidad, protegiendo y promoviendo en todo momento la eficacia de los derechos humanos, pues de lo contrario carecerán de validez y mermarán la fuerza normativa del orden constitucional. Para garantizar la vigencia material de la Constitución, los controles constitucionales tendrán como objeto mantener la primacía e intangibilidad de los principios fundamentales y derechos humanos reconocidos por la Constitución.

Marcos Francisco del Rosario Rodríguez

OMBUDSMAN

La institución del *ombudsman* surgió en Suecia en los inicios del siglo XVIII y ha demostrado ser extremadamente adaptable a las circunstancias de cada país y en nuestros días se encuentra difundida a tal punto que puede llamársele, sin temor a equivocarnos, una institución de carácter universal.

Es esta misma flexibilidad la que ha determinado que el *ombudsman* haya conocido muchas configuraciones distintas, dependiendo de las distintas fun-

ciones a las que se ha dirigido, por ello resulta complicado realizar una definición que abarque todas sus variantes, más bien, siguiendo el planteamiento de Fix-Zamudio puede señalarse que de esta institución se reconocen tres modelos correspondientes a tres etapas en su evolución: el denominado modelo clásico; en segundo término el *ombudsman* ibérico y, finalmente, el modelo del *ombudsman* en Latinoamérica.

Los dos últimos modelos de *Ombudsman* toman como punto de partida el paradigma escandinavo, el cual, en su configuración original o clásica, es un organismo general o mayoritariamente dependiente, aunque no de manera jerárquica, del parlamento; es un comisionado parlamentario para la fiscalización de la administración pública en relación con la legalidad de la conducta de las autoridades del Poder Ejecutivo. Es decir, en un primer momento, la institución se dirige a la vigilancia de la legalidad administrativa, entendida ésta de una forma amplia, es decir, no sólo el principio de la legalidad en sentido estricto, sino incluyendo la justicia, la equidad, la razonabilidad en las resoluciones o en los actos de la autoridad administrativa.

En consecuencia, desde una perspectiva tradicional o clásica, el *ombudsman* es un organismo autónomo cuyo titular, designado por el Poder Legislativo o el Ejecutivo —o por ambos—, que tiene como función esencial la vigilancia de la actividad de la administración pública, la recepción de quejas de los administrados en contra del funcionamiento de algunos servicios administrativos, la intervención para resolver las controversias en plazos más breves, la investigación respecto de la lesión a los derechos de los administrados y en vista de los resultados de la investigación, formular recomendaciones —no vinculante— a las autoridades a efecto de restablecer las prerrogativas que hayan sido vulnerados a los ciudadanos. Partiendo siempre del principio de recurrir a las más mínimas formalidades, sin perder de vista la seguridad jurídica.

Las funciones que debe desarrollar un *ombudsman* en el modelo clásico son básicamente recibir e investigar quejas. Las características esenciales para el desarrollo de sus actividades son: independencia, imparcialidad, credibilidad en el proceso de revisión y confidencialidad en el desarrollo de sus actos.

La segunda etapa en la evolución de esta institución se puede identificar a partir de las características de la introducción de esta institución en Portugal y en España. Este modelo tiene como característica esencial que el *ombudsman* amplía el ámbito de su competencia y se constituye como el órgano enfocado hacia la protección los derechos fundamentales. En efecto, como es sabido, estos países volvieron a la senda democrática después de largas dictaduras —con la natural actividad restrictiva y en ocasiones violatoria de los derechos esenciales de las personas por parte de la administración que conlleva todo gobierno dictatorial—, por lo que, en el diseño del nuevo Estado de derecho, se tomó la idea del *ombudsman* de origen escandinavo, pero se le adicionó la preocupación esencial por la tutela de los derechos fundamentales. En este sentido la Constitución española de 1978 considera al defensor del pueblo —que es como se le designó— como un órgano o una garantía de los derechos fundamentales, tanto los enumerados en la Constitución española como los que derivan de los instrumentos de carácter internacional. Otro tanto sucedió en Portugal.

Una situación similar se desarrolló en América Latina después de la traumática situación que embargó a la mayoría de los países del subcontinente durante la década de los setenta del siglo XX con diversos regímenes dictatoriales; situación que, sin embargo, dio la oportunidad de llevar a cabo una importante renovación constitucional a partir de la década siguiente; producto de dicha renovación fue la adopción de la institución del *Ombudsman*. Si bien en América Latina la figura del *Ombudsman* se inspiró fundamentalmente en el constitucionalismo democrático español, sin embargo existe un conjunto de elementos que distinguen a la figura latinoamericana respecto a la ibérica. En efecto, en América Latina, el *ombudsman*, además de dedicarse fundamentalmente a la protección de los derechos humanos, sin que ello implique tampoco abandonar el control de la legalidad administrativa, incorpora a sus finalidades principales la búsqueda de establecer una cultura de respeto a los mismos derechos humanos. De esta forma, este tercer modelo tiene grandes tareas adicionales, consistentes, básicamente, en la promoción, difusión y enseñanza de los derechos fundamentales.

Es de señalarse que las características propias del *ombudsman* en América Latina, que hacen que su finalidad esencial sea la protección y promoción de los derechos humanos, permiten que estas instituciones formen parte, de manera natural, del “movimiento de instituciones nacionales de protección de derechos humanos”, auspiciado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Este movimiento se fundamenta en la preocupación de la ONU por la vigencia de los derechos humanos y que fueron concretadas en los denominados Principios de París —adoptadas por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en marzo de 1992, en su resolución 1992/54 y posteriormente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/134 del 4 de marzo de 1993— los cuales parten de tres premisas: en primer término, que debe darse prioridad a la elaboración de arreglos adecuados en el plano nacional para garantizar la aplicación efectiva de las normas internacionales en materia de derechos humanos; en segundo lugar, que las instituciones nacionales son las que pueden desempeñar en el plano nacional el papel más importante en lo que respecta a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y a la formación e intensificación de la conciencia pública respecto de esos derechos y libertades; finalmente, la tercera de las premisas señala que las Naciones Unidas pueden desempeñar una función catalizadora que contribuya al establecimiento de instituciones nacionales, en su calidad de centro de intercambio de información y experiencia.

En nuestro país, la función *ombudsman* la desempeña, a nivel nacional la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y a nivel local las comisiones (aunque pueden tener otra denominación como procuraduría) estatales (y del Distrito Federal) de derechos humanos.

José Luis Soberanes Fernández

OMBUDSMAN UNIVERSITARIO

El vocablo sueco *ombudsman* significa representante, mandatario o procurador; en la actualidad se utiliza el vocablo *ombudsperson* como sinónimo, en atención

a los estándares de género, en tanto que su actividad es denominada genéricamente en el mundo angloparlante como *ombudsing*

Las instituciones educativas son ámbitos en los que tienen incidencia actividades administrativas, académicas y estudiantiles, entre otras, que dan lugar a relaciones de muy variada índole, por ejemplo: las de tipo laboral, aquellas entre autoridades educativas y profesores, investigadores o personal administrativo; las de carácter académico, entre el profesorado y el alumnado, entre autoridades de centros de investigación y personal académico, asistentes y becarios; o de carácter administrativo, entre autoridades académicas y estudiantes, respecto a los diversos trámites que deben llevarse a cabo durante la vida estudiantil, tales como inscripciones o exámenes de grado, entre muchos otros. Desde otro ángulo, también hay un ámbito de relación entre el propio personal académico, o de los estudiantes entre sí.

Las actividades y relaciones apuntadas se dan en un marco de reglas jurídicas, que pueden ser externas a la institución o generadas por ésta, en particular cuando posee autonomía. Dentro del amplio campo de las reglas jurídicas externas e internas a las instituciones educativas se ha ido conformando un núcleo de derechos y deberes que integran un sector que podemos denominar “derechos y deberes en la educación”, los cuales están vinculados y, de hecho, forman parte del muy amplio e importante derecho humano a la educación.

A tales derechos y deberes, cuyos titulares son esencialmente alumnos y personal académico, se les conoce como *derechos universitarios*, cuando se trata de instituciones de educación superior. Los derechos universitarios son, desde cierta perspectiva, una expresión de diversos deberes y derechos humanos que tienen incidencia en las instituciones de educación superior, en las diversas actividades y relaciones que ocurren en ellas.

Una de las formas de difundir y garantizar la efectividad de los derechos universitarios ha sido a través del establecimiento, al interior de las instituciones de educación superior, de órganos de protección para tales derechos, los cuales comparten la naturaleza de un *ombudsman*, es decir, un órgano que vigila la regularidad de los actos de la administración, y que, además, orienta, recibe quejas, promueve soluciones mediadas y puede emitir recomendaciones.

Al igual que todas las instituciones jurídicas y sociales, el *ombudsman* ha sufrido transformaciones, de acuerdo con el contexto y las ideas e influencias vigentes en el momento histórico en que se incorpora a un determinado ordenamiento nacional e incluso supranacional. Particularmente, en el ámbito iberoamericano, esta evolución o trasplante, se tradujo en la creación del defensor del pueblo, institución que se implementó en España en el año de 1978, luego de su transición de un régimen autoritario hacia uno más abierto y la emisión de una nueva Constitución. Las atribuciones del defensor girarían en torno a la vigilancia de la administración y se incorporaría la característica más propia de este modelo iberoamericano: la garantía institucional de los derechos humanos o fundamentales, como señala el artículo 54 de esa *ley fundamental*, conservando la importante función representativa como un comisionado de las Cortes Generales.

En norteamérica los antecedentes de esta actividad llamada hoy en día *ombudsing*, enfocados al ámbito educativo, se ubican en la universidad canadiense Simon Fraser, Burnaby, Columbia Británica, donde fue implementado en 1965. En 1998, dicha casa de estudios estableció una Oficina para Solucionar Casos de Acoso (The Harassment Resolution Office), la cual, en 2003, cambiaría su nombre al de Oficina de Derechos Humanos (Human Rights Office), ampliando su competencia para recibir quejas frente a casos de discriminación. En dicho sistema aplican las políticas universitarias, así como el Código de Derechos Humanos de la Columbia Británica (1973). La implementación de estas figuras no ha significado la desaparición de la primera, cuyos temas conocimiento excluyen a los relativos a las mencionadas oficinas. Por su parte, en los Estados Unidos encontramos un antecedente en la Universidad Estatal de Nueva York, que cuenta con una defensoría desde el año de 1967 y la Universidad Estatal de Washington, desde 1970, ambas en Estados Unidos de América, entre otras experiencias.

En nuestro país, el modelo ibérico sirvió de inspiración a los profesores Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo para crear en el año de 1985 a la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de México. Durante la sesión del Consejo Universitario del 29 de mayo de 1985 fue aprobado el Estatuto de esa Defensoría que se convertiría en el precedente de las comisiones de derechos humanos que se instituirían a nivel federal y de cada entidad federativa en México, y a su vez sería el modelo para la creación de defensorías, procuradurías y órganos afines, en la mayoría de las instituciones educativas superiores mexicanas.

Si bien dichas instituciones tienen una finalidad común, difieren en ocasiones en el marco que les da sustento, en su organización y alcance de sus atribuciones. No obstante, algunas de ellas pueden consistir en: *i*) recibir reclamaciones de estudiantes o académicos por la afectación de sus derechos universitarios; *ii*) efectuar las investigaciones que sean necesarias, las cuales pueden ser de oficio o a petición de parte, cuando esté manifiesta la afectación a su esfera de derechos; *iii*) proponer soluciones para resolver las situaciones que le son planteadas con inmediatez; *iv*) la emisión de recomendaciones dirigidas a la autoridad que vulneró los derechos, éstas, regularmente se emiten ante la negativa de la autoridad para atender la problemática durante el procedimiento, y *v*) rendición de cuentas, que se lleva a cabo ante el rector y el Consejo Universitario a través de la presentación de un informe anual o de informes especiales.

En este tenor, las defensorías, procuradurías e instituciones de promoción y protección de los derechos universitarios, actualmente presentes en Estados Unidos, Canadá, México y diversos países latinoamericanos y de Europa, forman una especie de subsistema de *ombudspeople* especializados en la salvaguarda de derechos al interior de las instituciones de educación superior, cuyo objetivo primordial es fortalecer la cultura de la legalidad y respeto a la dignidad humana en dichas instituciones.

Jorge Ulises Carmona Tinoco

OMISIÓN LEGISLATIVA

La inconstitucionalidad por omisión, desde un punto de vista doctrinal, se puede definir 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” (Fernández Rodríguez, 1998). Por lo tanto, desde este punto de vista se estima que solo es inconstitucional la inacción del legislador que cumple esas características. En la arquitectura de un Estado democrático de derecho es el Poder Legislativo el encargado de emanar las normas que desenvuelvan los preceptos constitucionales que requieran tal proceder. Por ello, parece lo más adecuado que la omisión inconstitucional se predique sólo del legislador, aunque en sistemas presidencialistas se podría introducir alguna matización en ello. El periodo excesivamente prolongado a la hora de actuar introduce la necesidad de un proceder casuístico que analice individualmente las circunstancias de cada supuesto. La ineficacia de la norma constitucional sería la negativa consecuencia de una situación de este tipo. Ello permite excluir aquellos supuestos en los que, pese a la ausencia de un adecuado desarrollo, el precepto constitucional tiene una vigencia tan efectiva que cumple las previsiones constitucionales en cuanto a su aplicabilidad.

En los diversos casos de derecho comparado, en líneas generales, se sigue esta idea de ausencia de actuación legislativa referida a una concreta previsión constitucional, insertándose, por lo tanto, en el ámbito de las tesis obligacionistas. También la jurisprudencia que reconoce su existencia camina por una línea *grosso modo* similar.

La existencia en la Constitución de preceptos de obligatorio y concreto desarrollo, que se pueden denominar encargos al legislador, es el argumento jurídico más poderoso en favor de la existencia de esta institución. Estos encargos son normas constitucionales de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ellas contenida, resultan de obligatorio y concreto desarrollo para que cobren eficacia plena. Se trata de normas incompletas que requieren para su eficacia la interposición del legislador. Como es sabido, los textos constitucionales no pueden agotar la regulación de las materias que abordan, tanto por razones prácticas como por exigencias del carácter abierto que ostentan. Esto convierte en inevitable la existencia de tales encargos, que se caracterizan por su estructura (generan una obligación de desarrollo) y no por su contenido material.

Del mismo modo, juegan en defensa de esta figura el propio carácter normativo de la Constitución, el principio de supremacía de la misma y la función transformadora que desempeña.

La libertad de conformación del legislador debe darle un importante margen de maniobra temporal y material, pero no puede ser un permiso para desconocer indefinidamente las obligaciones de desarrollo constitucional y la especial vinculación de la norma básica. El principio es la necesidad de desarrollo que reclaman los encargos al legislador; la excepción la constituye el retraso en ese desarrollo, que como tal excepción necesita de justificación si quiere imponerse, al menos momentáneamente. Otra opción perjudica el proyecto

de futuro que diseña la Constitución, desvaloriza el carácter normativo de la misma e, incluso, puede coadyuvar a una mutación constitucional.

En la actualidad esta categoría está prevista en diversos casos en el derecho comparado. En las dos últimas décadas su reconocimiento en el derecho positivo sufrió un moderado aumento. En el ámbito de las Constituciones nacionales, podemos citar a Angola, Brasil, Ecuador, Portugal, Timor y Venezuela. No a nivel constitucional, pero sí prevista en la legislación de la jurisdicción constitucional, tenemos los supuestos de Costa Rica y Hungría. En Constituciones regionales la encontramos en Argentina (Río Negro, Tucumán), Brasil (en casi todas sus Constituciones locales) y México (Chiapas, Quintana Roo, Tlaxcala, Veracruz).

Asimismo, en distintos supuestos la inconstitucionalidad por omisión se reconoce, de una u otra forma, a nivel jurisprudencial. Serviría como ejemplo Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Colombia, España, Estados Unidos, Italia, Nicaragua, Perú, República Dominicana o Rumanía.

Una de las más complejas cuestiones a las que se enfrenta esta figura es lograr una articulación práctica aceptable y eficaz, que se cohoneste adecuadamente con la arquitectura institucional del sistema respectivo. Las diversas soluciones de derecho comparado atestiguan que ello no es una tarea pacífica.

Respecto a las vías procesales que se podrían emplear, las opciones son diversas: una acción abstracta de inconstitucionalidad por omisión radicada en la jurisdicción constitucional; una acción concreta de inconstitucional, que el juez ordinario eleva al tribunal constitucional; aceptar la procedencia de una acción de protección de derechos fundamentales ante semejantes omisiones; o el uso de sentencias constitucionales atípicas, como recomendaciones al legislador o sentencias aditivas. La opción de las sentencias constitucionales atípicas se ha revelado en la práctica como efectiva y respetuosa con el equilibrio institucional, aunque en ello es necesario no prescindir de las dosis de autolimitación que deben caracterizar a un tribunal constitucional.

De igual forma, a veces se prevé que detectada la omisión se comunique al órgano legislativo sin más (art. 283 de la Constitución de Portugal) o para que adopte las medidas necesarias (art. 232 de la Constitución de Angola; art. 103.2 de la Constitución de Brasil, que es una vía de fiscalización abstracta). En otros supuestos, se le da un plazo al legislador para que actúe (art. 436.10 de la Constitución de Ecuador; también las dos provincias argentinas citadas; Chiapas; Quintana Roo; Tlaxcala —tres meses—; Veracruz), o se le da un plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección o los principios, bases y reglas normativas a regular (respectivamente, art. 336.7 de la Constitución de Venezuela, y art. 88 de la Ley de Justicia Constitucional de Coahuila).

También, en el marco de algunas acciones protectoras de derechos, el tribunal competente para el control puede dictar las órdenes o instrucciones que garanticen, en el caso concreto, y sin más especificaciones, el ejercicio de estos derechos, definiéndose las condiciones para esa satisfacción directa del derecho. Ello está pensado más bien para el ámbito legal y administrativo, aunque en algún caso se puede interpretar que también es posible esgrimir esta acción ante una omisión inconstitucional. Sirve como ejemplo el *mandado de injunção*

brasileño (previsto en el art. 5.LXXI de la Constitución, un mecanismo de control concreto e inspirado en el *writ of mandamus* anglosajón). Esta figura procede ante la falta de norma de desarrollo que torna inviable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales.

Asimismo, se puede establecer la reparación patrimonial del ciudadano perjudicado en sus derechos por la omisión inconstitucional. En cambio, otros mecanismos de solución resultan criticables y no aceptables, como el dictado provisional de la normativa que falta por parte del órgano de jurisdicción constitucional. Ello excede las funciones que ésta debe asumir de conformidad con su naturaleza y afecta de manera desproporcionada al principio de libertad de conformación del legislador.

José Julio Fernández Rodríguez

OMISIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA TRIBUTARIA

La inconstitucionalidad por omisión puede definirse como 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 o su actuación lesione el principio de igualdad al excluir arbitrariamente a un determinado grupo de entre los beneficiarios de la ley.

Extrapolando esta definición de inconstitucionalidad por omisión legislativa al campo del derecho tributario podemos conceptualizar a la omisión legislativa como la vulneración de los principios materiales de justicia tributaria que sancionan los textos constitucionales, tales como capacidad económica (Bolivia, Brasil, España, Honduras, Panamá, Venezuela), capacidad contributiva (Paraguay, República Dominicana) proporcionalidad (Argentina, Chile, Honduras, México), reserva de ley tributaria (Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Haití, Nicaragua, México, Perú, Venezuela), equidad (Argentina, Colombia, Honduras, México), igualdad (Chile, España, Paraguay, Perú) progresividad (Chile, Brasil, España, Venezuela), no confiscatoriedad de los tributos (España, Nicaragua, Paraguay, Perú), etcétera, causada por la inactividad, inclusive parcial, preponderante del Poder Legislativo, que impide efectivizar dicho principios en tanto derechos del contribuyente, siempre que su pasividad sea irracional o su actuación lesione el principio de igualdad tributaria, implicando una afectación a los particulares, ya sea porque haga nugatorios estos derechos fundamentales del contribuyente o cause inseguridad jurídica.

Ahora bien, para poder hablar de una omisión legislativa propiamente, la teoría general de la inconstitucionalidad por omisión exige la existencia de un mandato expreso de legislar (encargo legislador) contenido en la ley fundamental cuyo desacato sea la fuente que origina la omisión. Dificilmente los textos constitucionales cumplen con esta exigencia, mas ello no significa que los preceptos que importan principios materiales de justicia tributaria no impliquen *en abstracto* un encargo al legislador que pueda desprenderse de la naturaleza propia de los derechos fundamentales del contribuyente. Es decir, las normas jurídicas que contienen o de las que derivan este tipo de principios

son mandatos al legislador en tanto sancionan derechos fundamentales, pues de acuerdo con la doctrina más autorizada (Rangel Hernández, 2009), aun cuando el mandato de legislar no sea explícito, tratándose de derechos fundamentales existe un mandato de legislar que no se encuentra directamente en el texto constitucional, sino que viene implícito en la naturaleza de esos derechos, en tanto mandatos de optimización y por el principio de progresividad de los mismos, que obliga a todos los operadores jurídicos a realizar todas las conductas que sean necesarias para lograr su debido cumplimiento y garantizar su disfrute.

Bajo esta óptica, en tanto sancionan derechos fundamentales del contribuyente, las normas que contienen o de las que derivan principios materiales de justicia tributaria representan un mandato implícito de actuación al legislador, cuyo incumplimiento puede actualizar una omisión legislativa inconstitucional con motivo de su inobservancia.

Ahora bien, respecto a las normas susceptibles de omisión, se debe reconocer que en materia fiscal las omisiones relativas son mucho más frecuentes que las absolutas, debido a que aquellas pueden actualizarse tanto en normas sustantivas como adjetivas; lo que significa que la deficiencia de la actividad legislativa puede crear vacíos en las normas fiscales que representen tanto obligaciones sustantivas como obligaciones formales del contribuyente, ya sea porque infrinjan el principio de igualdad tributaria o simplemente entrañen la ausencia de plenitud normativa al no regular expresamente, por ejemplo, alguno de los elementos esenciales del tributo.

En cambio, las omisiones absolutas o totales tienen menor presencia debido a que sólo pueden cobrar vida en normas adjetivas o en aquellas que se traduzcan en obligaciones formales para el contribuyente y que se espera existan materialmente; mas nunca pueden pesar sobre la obligación principal, pues suponer la inactividad absoluta del legislador en el desahogo de la potestad normativa tributaria representaría un alto costo para el Estado que le impediría allegarse de los recursos necesarios para el cumplimiento de sus fines y cubrir el gasto público, ya que la función recaudadora de la potestad tributaria tiene como marco de referencia al principio de legalidad en sentido amplio, manifestado en la expresión latina *nullum tributum sine lege*, cuestión que hace imposible que el legislador omita crear las contribuciones necesarias para sostener el gasto público.

Sin embargo, la inactividad del legislador puede presentarse también en leyes fiscales de rango infraconstitucional que requieran de posterior desarrollo normativo para cobrar eficacia plena. Inclusive, estas situaciones también pueden actualizarse ante la falta de adecuación o armonización de la legislación tributaria nacional a los Tratados para Evitar la Doble Tributación —aquí ya no hablamos de un tema de inconstitucionalidad, sino de *inconvencionalidad* por omisión legislativa en materia tributaria—, y es precisamente en este tipo de instrumentos internacionales o leyes domésticas en las que también tienen cabida las omisiones absolutas.

Como quiera que sea, es indudable que cualquier omisión —relativa o absoluta— que se presente en la ley tributaria y que cumpla con los requisitos necesarios, vulnerará eventualmente el texto constitucional de algún otro

modo, ya sea porque haga nugatorios los principios materiales de justicia tributaria; o bien, porque cause inseguridad jurídica al contribuyente con motivo de la falta de regulación legislativa expresa de determinado supuesto de hecho.

Respecto a su tipología, se pueden distinguir dos tipos de omisión legislativa en materia tributaria. Por un lado, las omisiones relativas, entendidas como aquellas que, además de poder presentarse en normas adjetivas, pueden recaer en la obligación tributaria principal. Por ejemplo, que dentro de los elementos que configuran la base imponible de un impuesto directo, el legislador otorgue determinado privilegio fiscal a las instituciones bancarias, excluyendo —sin aparente base objetiva y razonable que supere el juicio de proporcionalidad— al resto de los conceptos que integran el sistema financiero, negándoles participar de tal beneficio (*v. gr.*, de alguna deducción o minoración en la tasa).

Por otro lado, las omisiones absolutas son aquellas que sólo recaen en normas de procedimiento y respecto de las cuales no existe regulación positiva, pero se espera exista alguna. Ocurriría en aquellos casos, por poner un ejemplo burdo, en que el legislador abroga un código, ordenanza o ley general tributaria y al momento de expedición del nuevo ordenamiento omite regular los plazos para la conclusión de las facultades de fiscalización de la administración tributaria.

Israel Santos Flores

OMISIONES ABSOLUTAS

Tipo de omisión legislativa que da lugar a una infracción constitucional, caracterizada por la ausencia total y absoluta de la legislación que el constituyente o el órgano revisor de la Constitución ordenó que se creara específicamente en un determinado plazo, o de la legislación que debe desarrollar un precepto constitucional para tornarlo plenamente aplicable. Así, las omisiones legislativas absolutas estriban en la ausencia total de una ley cuya emisión se prevé constitucionalmente.

Carlos Báez Silva

OMISIONES ABSOLUTAS RESPECTO DE FACULTADES DE EJERCICIO OBLIGATORIO

Ausencia total de una ley cuya emisión ha sido ordenada expresamente en la propia constitución por el órgano constituyente o por el órgano revisor de la misma.

La Suprema Corte de Justicia la Nación ha sostenido que el sistema de facultades de las autoridades del Estado mexicano se expresa positivamente de varias maneras:

a) Prohibiciones expresas que funcionan como excepciones o modalidades de ejercicio de otras competencias concedidas.

b) Facultades de ejercicio potestativo, es decir, el órgano del Estado puede decidir si ejerce o no la atribución conferida, y

c) Facultades de ejercicio obligatorio, o sea que el órgano está obligado a ejercer la facultad establecida en la Constitución (Suprema Corte mexicana, Controversia Constitucional 14/2005, en *SJFyG*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 2333).

En el caso de existir una mandato específico para que se ejerza la facultad legislativa, el órgano legislativo no tiene la posibilidad de decidir si crea o no una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedir determinada ley. Este mandato es correlativo, por lo regular, a la existencia de normas constitucionales de eficacia mediata, o sea, que para su plena eficacia tales normas reclaman un desarrollo legislativo.

La Suprema Corte ha sostenido que el mandato concreto de crear una ley en específico puede encontrarse de manera expresa o implícita en las normas constitucionales, ya sea en su texto mismo o en su derecho transitorio. Por ejemplo, el art. 21, cuarto párrafo de la Constitución al prescribir que las resoluciones del ministerio público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley, le impuso, de manera implícita en su texto mismo, al legislador secundario (tanto federal como estatal) el mandato de crear una ley al respecto, o bien modificar las existentes.

Un ejemplo de mandato explícito de legislar contenido en disposiciones transitorias es el del art. 73, frac. XXIX-J, el cual prescribe que el Congreso tiene facultad para legislar en materia de deporte, estableciendo las bases generales de coordinación de la facultad concurrente entre la Federación, los estados, el Distrito Federal y municipios; asimismo de la participación de los sectores social y privado. En el decreto mediante el cual se adiciona tal frac., el art. transitorio segundo fijó un año como plazo máximo para la expedición de la ley reglamentaria de las atribuciones de la Federación en materia de deporte. La Suprema Corte mexicana ha sostenido que las normas transitorias cumplen con la función de establecer las obligaciones, parámetros y tiempos para la adecuación de los cambios normativos establecidos por el órgano de reforma constitucional (Controversia Constitucional 14/2005, en *SJFyG*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 2337).

La controversia constitucional 326/2001 representa un ejemplo de la situación en la cual el legislador que tiene una obligación o mandato concreto consistente en expedir una ley determinada y *no lo hace*. El art. 115 de la Constitución federal fue reformado, entre otros, con el objeto de que el servicio público de seguridad pública, tránsito y vialidad les sea transferido a los municipios. En una disposición transitoria el órgano revisor de la Constitución federal prescribió el plazo de un año como máximo para que las entidades federativas adecuaran las correspondientes normas constitucionales y legales. Al cabo de este plazo, el municipio de Toluca solicitó al gobierno del Estado de México la transferencia o municipalización del servicio referido, a lo que éste se negó con base en el hecho de que aún no se habían adecuado las normas legislativas para hacerlo (*SJFyG*, Novena Época, t. XVII, mayo de 2003, Pleno y Salas, p. 964).

Cabe destacar que a la justificación esgrimida por el gobierno del Estado de México, la Suprema Corte respondió afirmando que la Constitución

federal, en tanto que norma jurídica, vincula e impera sobre todos los sujetos políticos por igual, en el caso tanto al órgano legislativo como al ejecutivo; lo anterior implicaba que los órganos mencionados estaban obligados a hacer “todo lo que estuviera a su alcance para lograr el cumplimiento efectivo y oportuno” del mandato constitucional, el cual resultó incumplido.

En virtud de que durante la sustanciación de la controversia las normas constitucionales y legales estatales fueron adecuadas a la norma constitucional federal, la Suprema Corte resolvió declarar la invalidez del oficio del gobierno del Estado de México en el que se negaba la solicitud del municipio de Toluca y ordenarle a aquél que en un plazo de 90 días procediera a la transferencia del servicio público.

Otros ejemplos de este mismo tipo de omisión legislativa absoluta respecto de facultades de ejercicio obligatorio pueden ser las controversias constitucionales 46/2002 y 80/2004. Un ejemplo más puede serlo la controversia constitucional 4/2005, en la que la Suprema Corte consideró, entre otras cosas, que el Congreso del estado de Tlaxcala incurrió en una omisión legislativa absoluta de una facultad de ejercicio obligatorio, pues no había adecuado la Constitución estatal ni las normatividad secundaria a las normas constitucionales relacionadas con la independencia del Poder Judicial del estado, por lo que se le conminó para que “a la brevedad posible” cumpliera con el mandato constitucional (*SGFyG*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 1677).

Carlos Báez Silva

OMISIONES ABSOLUTAS RESPECTO DE FACULTADES DE EJERCICIO POTESTATIVO

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el sistema de facultades de las autoridades del Estado se expresa positivamente de varias maneras, una de ellas consiste, precisamente, en las facultades de ejercicio potestativo, es decir, el órgano del Estado puede decidir si ejerce o no la atribución conferida.

En el caso de los órganos legislativos, una facultad de ejercicio potestativo no implica, evidentemente, una obligación, sino sólo la *posibilidad* establecida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales, de forma tal que dichos órganos pueden decidir si ejercerá o no tal facultad y la oportunidad de hacerlo. En pocas palabras, en ese caso el órgano legislativo decide, libremente, si crea o no determinada norma jurídica y en qué momento lo hará.

Por lo que hace a las omisiones legislativas respecto de facultades de ejercicio potestativo, el control de su constitucionalidad se torna más complicado, en virtud de que no se está en presencia de un mandato concreto cuyo desacato torne evidente la infracción a la Constitución.

Imaginemos que, siendo las doce horas de un día muy soleado, entro a una habitación con amplios ventanales por los que se cuela gran cantidad de luz natural. Al entrar a la habitación no enciendo la luz artificial. Nadie podría sostener que he omitido encender la luz. Ahora imaginemos que entro a la misma habitación, pero al punto de la media noche, la cual es muy

cerrada y no hay luna visible. Al entrar no enciendo la luz. Ahora sí se podría sostener que lo he omitido, por la simple razón de que era esperable que lo hiciera. Ahora agréguese al ejemplo el hecho de que existiera una norma que me facultara o me diera competencia para encender la luz. ¿Algo cambiaría?

Si estando facultado para encender la luz (o siendo competente para ello), el ejercicio de tal atribución me fuera potestativo (es decir, yo decido si ejerzo o no la facultad, y el momento de hacerlo), y, siendo las doce la noche, no ejerzo mi facultad o competencia, la omisión en la que incurriría sería consecuencia del contexto en el que no ejercí mi facultad o competencia potestativa, mas no de una violación a la norma que fija mi competencia o determina mi facultad. En tal caso no violaría directamente ninguna norma.

Pero, siguiendo con el experimento mental, si alguien tuviera derecho a leer en la mencionada habitación en la hora en que le plazca, la media noche por ejemplo, y, facultado en forma potestativa como lo estoy para encender la luz, no lo hago, no sólo omito una conducta esperable, aunque no obligada, sino que, además, vulnero un derecho: el de quien teniéndolo para leer en la habitación en cualquier momento no puede ejercerlo. Si, en el extremo, resultare que tal derecho está constitucionalmente consagrado, en ese caso mi omisión violaría, de manera indirecta, la Constitución, pues una norma constitucional dejaría de ser eficaz en razón de mi omisión.

Es así que el legislador también incurre en una omisión legislativa inconstitucional cuando, a pesar de que no exista un mandato constitucional explícito para legislar, su omisión legislativa genera consecuencias normativas que vulneran derechos fundamentales. Esa sería una omisión absoluta de ejercicio potestativo.

Por otra parte, lo cierto es que no siempre se le imponen al legislador mandatos legislativos explícitos, sino que tal mandato es resultado de una interpretación sistemática y/o funcional de determinadas normas constitucionales. Por ejemplo, si bien no existe una prescripción constitucional federal que obligue a los poderes legislativos locales a actualizar o revisar la demarcación territorial de los distritos electorales uninominales de sus respectivos estados, bajo el criterio poblacional, lo cierto es que, a partir de una lectura sistemática y funcional de la Constitución federal, se puede llegar a la conclusión de que tales órganos legislativos están obligados a actualizar tal demarcación territorial, a menos, cada diez años, tras el más reciente censo general de población (SUP-JRC-511/2006, resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el cual, no obstante, no se entró al análisis de fondo, en virtud de que la reparación era material y jurídicamente imposible dentro de los plazos electorales).

Finalmente, cabe citar a Francisco Fernández Segado quien en *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado* (Madrid, 2009) señala que no diremos en modo alguno que el rol del legislador es el de mero ejecutor de la Constitución, equiparándolo de esta forma con el rol del poder reglamentario respecto de la ley. Aunque no fuera más que por la legitimidad democrática de que goza, es patente que el legislador se sitúa en una posición bien distinta respecto de la Constitución que la que tiene el poder reglamentario respecto de la ley, al margen ya de que los preceptos constitucionales, ge-

néricos y abiertos como regla general, particularmente los de la parte dogmática de la Constitución, no imponen una única, exclusiva y excluyente, normación de desarrollo, sino que posibilitan una pluralidad de opciones que el legislador, en cada caso, habrá de concretar. Ello, sin embargo, no ha de entenderse como una libérrima capacidad decisoria. El legislador se halla sujeto a los mandatos constitucionales, que no puede ni debe ignorar, más aún cuando lo que está en juego es la plena vigencia de derechos constitucionalmente consagrados, pues como Häberle ha mostrado con claridad meridiana, la normatividad constitucional no es suficiente para la plena vigencia de los derechos; éstos requieren normalmente del legislador. Éste, atendiendo a criterios de oportunidad política, puede ciertamente graduar en el tiempo su intervención normadora, pero ello no extraña que, exigida constitucionalmente tal intervención, el legislador puede deferir indefinidamente su mediación. No vamos a entrar ahora a valorar la relevancia del elemento temporal o del plazo, algo de lo que nos ocuparemos con posterioridad. Sí diremos que en cuanto la inercia del legislador genere situaciones contrarias a las previsiones constitucionales o posibilite la pervivencia situaciones contradictorias con el marco constitucional, esa inercia estará impidiendo a plena vigencia constitucional y, por lo mismo, generando una acción constitucional que, por lógica, y a modo de principio general, debiera ser susceptible de algún tipo de control.

Carlos Báez Silva

OMISIONES LEGISLATIVAS RELATIVAS EN COMPETENCIAS DE EJERCICIO OBLIGATORIO Y DE EJERCICIO POTESTATIVO

Un sector de la doctrina (entre ellos Bidart Campos, 2003) ha enfatizado sobre la distinción entre competencias de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo. En términos amplios, se identifica a las primeras como aquellas que por naturaleza son imperativas y vinculantes, de tal suerte que el titular no puede negarse a su cumplimiento, ni demorarlo indiscriminadamente, so pena de violentar la norma de donde proviene dicha competencia; que para el caso que nos ocupa refiere a la propia Constitución. Mientras que las competencias de ejercicio potestativo (también llamadas facultativas, discrecionales o permisivas) son aquellas donde el constituyente otorga libertad al destinatario para su ejecución, quien deberá analizar la situación concreta, para determinar de acuerdo a las circunstancias, si ejercita o no dicha competencia y la oportunidad para hacerlo.

Entonces, los órganos del Estado detentan competencias potestativas cuyo cumplimiento es discrecional, de modo que su omisión no implica trasgresión a la norma fundamental, e igualmente cuenta con competencias de ejercicio obligatorio, que necesariamente deben ser atendidas o de lo contrario se actualiza una inconstitucionalidad por omisión, la cual podrá caer en el ámbito administrativo, legislativo o judicial. Como se verá, esta construcción doctrinal ha sido llevada al campo de las omisiones imputables al legislador.

En términos latos las omisiones legislativas hacen referencia a una ausencia de carácter normativo que puede ser atribuida a un órgano que tenga conferidas facultades para la expedición de algún tipo de normas; sin embargo, las omisiones legislativas relevantes para el *derecho procesal constitucional* son las que provienen de un mandato de legislar, en concreto de una competencia de ejercicio obligatorio. En términos más dogmáticamente correctos se habla de inconstitucionalidad por omisión legislativa, que se define como *la violación constitucional que se presenta por la falta de emisión, total o parcial, de normas secundarias de desarrollo constitucional, o de aquellas que se requieran para la armonización de la legislación secundaria a nuevos contenidos constitucionales; en ambos casos su expedición es ordenada por la propia norma fundamental y su omisión impide la eficacia plena de aquélla* (véase *omisión legislativa*, consúltese Rangel, 2009).

Tradicionalmente las omisiones legislativas se han clasificado en absolutas o totales y relativas o parciales, según el grado de actividad desarrollada por el órgano en cuestión; en el primer caso no se desplegó ninguna actividad legislativa, es decir, hay un incumplimiento “total o absoluto” de la obligación de legislar, mientras que en el segundo, si se produjo una norma, pero hay un incumplimiento “relativo o parcial” toda vez que no se incluyó algún supuesto normativo, grupo, destinatario, derecho o prerrogativa que debió ser considerado en la misma, sin importar si ésta se refiere a derechos humanos, competencias, garantías institucionales u otro tipo de derechos (véase *omisiones legislativas relativas o parciales*).

La conjunción de los elementos antes señalados lleva a hablar de omisiones legislativas respecto de competencias de ejercicio obligatorio y otras de competencias de ejercicio potestativo; aproximación teórica y jurisprudencial que ha sido ampliamente desarrollada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), lo que justifica las referencias que se harán a casos mexicanos.

La distinción entre el tipo de competencias es importante toda vez que será indispensable para determinar si una omisión legislativa es o no violatoria de la Constitución, criterio que puede ser utilizado de manera genérica en diferentes países.

La doctrina mayoritaria sobre la materia ha preferido referirse al mandato de legislar, como elemento constitutivo de una inconstitucionalidad por omisión (legislativa) o de una omisión legislativa inconstitucional. Este mandato hace referencia a una norma constitucional que establece una obligación específica al legislador sobre el dictado de algún tipo de normas (incluidas las referidas a derechos humanos); sin embargo, en ciertos casos y de acuerdo a la configuración de algunas garantías constitucionales también puede extenderse a otras autoridades a las que su propio marco normativo les asigne competencias materialmente legislativas, como por ejemplo gobernadores, ayuntamientos, entre otras, como sucede en Costa Rica, en algunas provincias de Brasil, así como en las entidades federativas mexicanas de Tlaxcala, Coahuila, Nayarit y Yucatán.

El señalado mandato de legislar puede identificarse, para el caso que nos ocupa, con una competencia —de legislar— de ejercicio obligatorio. Entonces, no atender al mandato —no ejercer oportunamente una competencia de ejercicio obligatorio— traerá como consecuencia la calificación de incons-

titudinalidad de dicha conducta omisiva, lo que en la especie se traducirá en una omisión legislativa inconstitucional o dicho de otra manera en una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

La SCJN ha sostenido sobre las de ejercicio potestativo que “la competencia, en sentido estricto, no implica una obligación: es simplemente la posibilidad establecida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales”. Sobre las de carácter obligatorio ha señalado que “en este tipo de competencias el órgano legislativo no tiene la opción de decidir si crea o expide una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedirla o crearla, que puede encontrarse expresa o implícitamente en el texto de las propias normas constitucionales, o en el de sus disposiciones transitorias” (Órganos Legislativos. Tipos de facultades o competencias derivadas del principio de división funcional de poderes, Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1528).

Teniendo en cuenta lo anterior, la SCJN generó una clasificación de las omisiones en relación con el tipo de competencia de la que provienen: *a)* absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; *b)* relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; *c)* absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga, y *d)* relativas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente (Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1527).

A partir de los criterios generales antes señalados, cuando se presenta ante la SCJN un caso relacionado a una omisión legislativa, se realiza el ejercicio de clasificación para determinar la procedencia de la acción intentada y en su caso declarar la violación a la Constitución.

Destacan los siguientes pronunciamientos judiciales sobre las omisiones legislativas: “Facultad o competencia obligatoria a cargo de los congresos estatales. Su omisión absoluta genera una violación directa a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1365).

“La falta de previsión de las sanciones que deban imponerse ante las faltas en materia electoral, es una omisión clasificable como relativa en competencia de ejercicio obligatorio” (Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2324).

“La falta de regulación del límite de sobrerrepresentación del partido dominante en el congreso del estado de Tamaulipas es una omisión clasificable como relativa en competencia de ejercicio obligatorio” (Novena Época, Pleno, S.J.F. y su Gaceta, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2325).

Laura Rangel Hernández

OMISIONES LEGISLATIVAS RELATIVAS O PARCIALES

Las omisiones legislativas en sentido lato hacen referencia a una ausencia de carácter normativo que puede ser atribuida a un órgano que tenga conferidas facultades para la expedición de algún tipo de normas; sin embargo, las omisiones legislativas relevantes para el derecho procesal constitucional son aquellas que provienen de un mandato de legislar, en concreto de una competencia de ejercicio obligatorio.

En términos más dogmáticamente correctos se habla de inconstitucionalidad por omisión legislativa, que se define como *la violación constitucional que se presenta por la falta de emisión, total o parcial, de normas secundarias de desarrollo constitucional, o de aquellas que se requieran para la armonización de la legislación secundaria a nuevos contenidos constitucionales; en ambos casos su expedición es ordenada por la propia norma fundamental y su omisión impide la eficacia plena de aquella* (véase *omisión legislativa* y Rangel, 2009).

La doctrina especializada ha retomado una clasificación de las omisiones del legislador que fue propuesta con características muy particulares por Wes- sel, en 1952, que hace alusión a la omisión absoluta y omisión relativa. Según su concepción la distinción subyace en que no se haya producido ningún tipo de actividad legislativa encaminada al desarrollo de algún precepto constitucional —en el caso de las absolutas—, o bien que se haya dejado de considerar a algunos grupos específicos en la norma expedida, misma que según su análisis necesariamente era referida a derechos humanos, lo que provocaba transgresión al principio de igualdad. Esta distinción es importante, pues en la concepción del autor no daba lugar a admitir la demanda constitucional, tratándose de las absolutas y en el caso de las relativas debía reconducirse a una inconstitucionalidad común, analizándose la falta de completitud de la norma expedida (Fernández, 1998). Esta propuesta teórica ha tenido gran impacto en desarrollos posteriores en un gran número de países.

Otro sector de la doctrina prefiere referirse a omisiones totales o parciales según el grado de actividad desplegado por el legislador; de manera que actualmente se pueden entender de manera homóloga las omisiones relativas o parciales y las absolutas o totales.

Si bien las omisiones relativas efectivamente pueden incurrir en violación al principio de igualdad, debe tenerse en cuenta que no es ésta la única posibilidad, puesto que también puede suscitarse por haber excluido algún supuesto normativo que debió considerarse en atención al contexto y mandato constitucional, o bien puede provenir de omisiones relacionadas con garantías institucionales, el ejercicio de competencias por parte de autoridades, entre otras posibilidades, es decir, no sólo se configura en disposiciones sobre derechos humanos.

En cuanto al control jurisdiccional de ambos tipos de omisiones en la vía constitucional, es de señalarse que existe un número considerable de alternativas, lo que guarda relación directa con la opción que respecto del sistema de control constitucional y sobre las garantías constitucionales haya adoptado cada país o entidad federativa; así como su propia postura en cuanto a la viabilidad y conveniencia del control de las omisiones legislativas, pues aun-

que se aprecia un aumento en la aceptación de su control, todavía se pueden encontrar criterios opuestos.

La experiencia procesal constitucional en diferentes países ha demostrado de manera reiterada, que no unánime, una tendencia por no admitir el control de las omisiones absolutas, no solo cuando se trate de afectación a derechos humanos (como proponía Wessel), sino también extendido a otras materias; aunque en ocasiones esto también depende del tipo y características de la garantía constitucional que se ocupe.

Así lo ha sostenido en algunos supuestos, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional español. En México, en algunos casos se ha admitido su control vía controversia constitucional, sin embargo, existe una clara determinación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de no analizar las omisiones absolutas en la acción abstracta de inconstitucionalidad, aduciendo la incompatibilidad del vicio con las características propias de la acción, principalmente debido a la ausencia de norma; como sucedió en la 7/2003, relativa a la falta de expedición de ciertas normas locales derivadas de una reforma a la Constitución estatal de Tabasco; e igualmente en la 79/2008 promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos por no haberse expedido la legislación en materia de justicia para adolescentes en Guerrero, a pesar de existir un mandato expreso en un artículo transitorio del decreto de reformas a la Constitución federal, el cual además señaló un plazo para ello (Rangel, 2013). Aun sin aceptarse el señalado criterio, se comprende que existen dificultades para su control; sin embargo, hay casos muy evidentes, sobre todo derivados de la práctica constitucional mexicana, en los que el mandato, además de expreso, es muy claro respecto del tipo de normas que deben expedirse e incluso el plazo en que debe hacerse, situaciones que deberían tomarse en cuenta para permitir su control constitucional y por tanto ofrecerse una solución.

Respecto del control de las omisiones parciales, en términos generales han tenido mayor aceptación en un buen número de países, a veces en vía abstracta según su propia identidad y en otras a través del análisis de la norma existente, reconociendo el vicio en aquellas partes, supuestos, o sujetos que no se contemplan en la norma, por lo que se le ha identificado con una deficiente regulación. Otros sistemas han demostrado experiencias exitosas en juicios como el amparo y sus homólogos, en donde se resuelve la afectación en el caso concreto, o se consigue lograr efectos más amplios a través de sentencias atípicas como las interpretativas, aditivas o exhortativas.

En México, después de un complicado inicio, se reconoce la procedencia de la vía para su análisis en acción de inconstitucionalidad, sólo respecto de omisiones relativas. (Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXX, noviembre de 2009, p. 701). En controversia constitucional se han presentado un buen número de casos (tanto de omisiones absolutas como relativas) en los que se ha analizado el vicio e incluso se ha destacado la necesidad de expedir la legislación omitida. Sin embargo, el juicio de amparo resulta improcedente por criterios jurisdiccionales, ya que el efecto de conminar a la expedición de la norma omitida, y su eventual cumplimiento, no es congruente con la característica de efectos particulares de la sentencia (*e.g.* Novena Época, Ple-

no, SJF y su Gaceta, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 43); se estima que este criterio debe modificarse, para permitir su control, de manera que pueda atenderse a la violación de derechos humanos del quejoso, incluso recurriendo a la interpretación; además de que las reformas constitucionales de 2011, de derechos humanos y amparo, podrían favorecer nuevos desarrollos más alentadores.

Actualmente no hay una práctica generalizada de las ideas de Wessel, de controlar las omisiones parciales con base en el texto legal que se produjo, y reconducir el vicio a lo que podría denominarse como una inconstitucionalidad positiva o tradicional, puesto que hay países y entidades federativas o Estados federados que cuentan con una garantía constitucional específica para su control, de tal suerte que se estudia de manera directa. Sin embargo, existen algunos casos, inclusive en México pueden señalarse, por ejemplo, las acciones 22/2001, 23/2001, 24/2001 y 24/2004, y en la controversia 1/2007. También se ha dictado un criterio minoritario que podría dar lugar a la admisión de ciertas hipótesis aún en amparo, al señalarse que debe analizarse en este juicio constitucional la violación al principio de igualdad, cuando hay “un trato desigual por exclusión tácita” (Novena Época, 1a. Sala, SJF y su Gaceta, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 167).

Laura Rangel Hernández

ORGANISMOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Los estudios sobre los organismos constitucionales autónomos típicamente recurren en primer lugar a la definición de “órgano constitucional” de Manuel García-Pelayo. Este autor retoma los escritos de Santi Romano para ubicar la naturaleza del nuevo Tribunal Constitucional español dentro del orden jurídico de aquel país. Específicamente, García-Pelayo sostiene que este Tribunal cuenta con el mismo “status” que los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, rompiendo así con la fórmula tripartita de división de poderes heredada de Montesquieu.

De acuerdo con García-Pelayo, los órganos constitucionales autónomos reúnen cuatro características fundamentales. 1) Están explícitamente “establecidos y configurados” por la Constitución, es decir, el texto de la Constitución debe especificar con detalle la composición del órgano, los métodos de designación de sus titulares, su sistema de competencias así como su estatus jurídico. 2) Deben ser “constitutivos” en cuanto sus funciones serían necesarias para el buen funcionamiento del “modelo de Estado” establecido en la Constitución. Si la desaparición del órgano no causaría mayores obstáculos para el desarrollo normal del sistema constitucional, entonces estaríamos apenas ante un órgano de “relevancia” constitucional. 3) Los órganos constitucionales deben participar directamente “en la dirección política del Estado”. Ello implica que deben ser instancias que no se limiten a aplicar o a interpretar normas diseñadas por otras instituciones, sino que determinen por ellas mismas las políticas y lineamientos generales de actuación de las autoridades públicas. 4) Deben existir “la paridad de rango y las relaciones de coordinación”. El órgano no puede estar subordinado a ningún otro órgano o poder del Estado

ni puede ser aislado, sino que debe mantener una coordinación e interacción constante.

Este fundacional análisis de García-Pelayo no debe ser aplicado irreflexivamente al análisis de los organismos autónomos contemporáneos de América Latina como los *ombudsmen*, los institutos electorales, los bancos centrales o los organismos de combate a la corrupción que tienen una naturaleza distinta a la de un Tribunal Constitucional. Tal y como lo ha afirmaba Jorge Carpizo, “algunas características de ambos órganos ciertamente coinciden, pero el órgano constitucional al que se refiere García-Pelayo es completamente diverso de un órgano constitucional autónomo”.

Dado lo problemático que resulta la aplicación estricta de las categorías de García-Pelayo a la realidad latinoamericana actual con su diversidad de diferentes órganos autónomos, los tratadistas generalmente han preferido lo que podría llamarse un enfoque “negativo” o “minimalista” con respecto al tema. Por ejemplo, José Luis Caballero, Jaime Cárdenas e Ileana Moreno todos definen a los organismos autónomos simplemente como “entes jurídicos” que no dependen orgánicamente de los Poderes Ejecutivo, Judicial o Legislativo. De acuerdo con estos autores, no hace falta cumplir con una serie de características estrictas para llegar a ser un organismo constitucional autónomo, sino que es suficiente simplemente contar con un respaldo constitucional explícito y no formar parte de los otros órganos del Estado.

Desde la década de los ochenta el mundo ha experimentado una ola internacional de creación de cientos de nuevos organismos autónomos. Esta revolución global en el diseño del Estado moderno sin duda pone en cuestión las teorías clásicas de división tripartita de poderes. México sobresale como un caso ejemplar en esta tendencia mundial. La reforma del Estado en México se ha ejercido en gran medida por medio de la creación de nuevos organismos autónomos y “cuasi-autónomos”. Durante los últimos años se le ha otorgado autonomía constitucional al Instituto Federal Electoral (IFE), a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), al Banco de México (BM) y al Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI). Asimismo, se han creado organismos cuasi-autónomos como el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) y el Consejo de la Judicatura Federal (CJF), aumentándose, por otra parte, la autonomía de la Auditoría Superior de la Federación (ASF).

Sin embargo, con la excepción de Venezuela y Ecuador, y en menor medida Bolivia y Colombia, las Constituciones de América Latina todavía no reflejan de manera integral el surgimiento de este nuevo poder del Estado. Por ejemplo, en México, de acuerdo con una lectura estricta del primer párrafo del art. 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) los organismos constitucionales autónomos no tendrían cabida alguna dentro del orden jurídico mexicano: “El supremo poder de la Federación se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial”. Al no formar parte de los poderes tradicionales del Estado, estos organismos no comparten el “supremo poder de la Federación” y por lo tanto no podrían ejercer autoridad pública alguna.

Para atender esta situación, en 2007 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) desarrolló una jurisprudencia que finalmente aclaró el rol de estos organismos dentro del orden jurídico mexicano. Este criterio implica un avance importante en la teoría constitucional mexicana ya que realza el papel fundamental que juegan los organismos constitucionales autónomos en la gestión de la autoridad pública.

John Mill Ackerman Rose

ÓRGANOS DEL ESTADO

La definición de “Estado” es sumamente problemática. Como individuos, percibimos a diario actos que identificamos como provenientes del “Estado”, como multas, reglamentos, leyes, sanciones de diversa índole, beneficios materiales como construcción de obras, servicios públicos, servicios de salud y educativos, pero no podemos ver una personificación, una entidad material que sea “el Estado”. Esta circunstancia ha llevado a una diversidad de autores a desarrollar distintas definiciones, algunos tratando de darle un carácter corporal o material, otros despojándolo de ese tipo de materialidad y asignándole más bien un carácter o una realidad ideal.

Las teorías realistas pretenden definir el Estado tomando como base algún elemento empíricamente observable. Sin embargo, las teorías formalistas (entre ellas de manera destacada la de Hans Kelsen), sostienen que el Estado no es una acción ni suma de acciones; ni tampoco es un ser humano o un conjunto de seres humanos (todo esto, en alusión a las teorías realistas). Para Kelsen, como bien se sabe, el Estado es el orden de la conducta humana que llamamos orden jurídico. El Estado es el orden jurídico. Estado = derecho.

El Estado no es, entonces, un cuerpo visible o tangible. Pero ¿cómo se manifiesta en la vida social? Kelsen nos dice que ciertos actos de seres humanos individuales son considerados como acciones del Estado. ¿En qué condiciones atribuimos al Estado una acción humana? No todo individuo es capaz de realizar actos que tengan carácter de actos del Estado, y no toda acción de una persona capaz de realizar actos estatales tienen tal carácter. ¿Cómo distinguir las acciones humanas que son actos del Estado de aquellas otras que no lo son? El concepto clave para responder a esta pregunta, según Kelsen, es el concepto de “imputación”. El juicio por el cual referimos al Estado, como persona invisible, una acción, constituye la imputación, al propio Estado, de un acto humano. El problema del Estado es un problema de imputación. El Estado es un punto común de imputación de diferentes acciones humanas. Los individuos cuyas acciones se atribuyen o imputan al Estado son los llamados “órganos” del Estado.

Ahora bien, ¿cuál es el criterio en que tal imputación se basa? Imputamos al Estado una acción humana cuando corresponde en una forma específica a un orden jurídico supuesto de antemano. La imputación de una acción humana al Estado sólo es posible en su vinculación con el orden jurídico. Se dice que un delincuente es castigado por el Estado, cuando el castigo es establecido por el orden jurídico. El Estado impone una multa a un contribuyente moroso, en cuanto la multa es señalada por el ordenamiento jurídico. El Estado

crea nuevas normas jurídicas a través de la acción de ciertos órganos facultados para tal efecto por el propio orden jurídico.

El Estado es el orden jurídico, pero se ha personificado. Esta personificación ha derivado del hecho de que para reconocer un acto como “acto de Estado” se tiene que realizar la operación que llamamos “imputación”. Un acto se imputa a un órgano del Estado, y al hacerlo se imputa también al Estado mismo como si fuera una persona, pero esa persona, como ya explicó Kelsen, no existe materialmente, porque el Estado es el orden jurídico.

Ahora bien, la teoría de Kelsen es útil porque da un criterio formal para identificar cuándo estamos ante un órgano del Estado. Ello no obstante, se queda corta en el sentido de que toma en cuenta nada más la realidad normativa del Estado (el derecho), y no toma en cuenta la su realidad fáctica: la eficacia y los instrumentos de la eficacia (coacción y legitimidad). Esto es precisamente lo que hace Reinhold Zippelius, cuando nos dice que la comunidad estatal se distingue de otros tipos de comunidades (familia, escuela, asociación civil, sociedad anónima, club, etcétera) por dos factores: *a*) tiene un poder último de regulación (supremacía de competencias) y *b*) otorga a ciertos individuos la facultad de regular obligatoriamente la conducta en esa comunidad y forzar la conducta prescrita con los medios del poder, en caso extremo, con el empleo de la fuerza física. Estos individuos son los que conforman los órganos del Estado.

En el Estado constitucional y democrático de derecho, el derecho constitucional sienta las bases normativas más generales que se refieren a la estructura de órganos del Estado, a sus ámbitos competenciales, a las relaciones entre los órganos estatales y sus límites frente a los gobernados. Pero el desarrollo de esas bases normativas generales se da a través de leyes. Por ejemplo, en relación con los órganos del Poder Ejecutivo, la Constitución solamente establece las bases principales de su organización, pero no llega al detalle de la misma. El Ejecutivo (y también los Poderes Legislativo y Judicial) requiere para su funcionamiento de una multiplicidad de órganos secundarios, entre los que necesariamente deben existir las relaciones indispensables para conservar la unidad del poder del que forman parte. Así, el derecho administrativo es derivado del constitucional. Pero entre ellos hay diferencias importantes, si bien son más cuantitativas que cualitativas. Finalmente, como indica Fraga, las leyes que regulan en detalle la organización de las autoridades administrativas (y también las legislativas y judiciales), han de tomar como base los principios constitucionales respectivos (Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 26a. ed., México, Porrúa, 1987, pp. 94-96).

José Ma. Serna de la Garza

OVERRULING

En el ámbito de la teoría del precedente vinculante, el *overruling* indica la abrogación de una regla enunciada en un juicio anterior y la sustitución con una nueva regla. Realizando una simplificación se puede diferenciar el *distinguishing* del *overruling*. A través del primero, el juez de *Common Law* se aleja de un precedente sin sustituirlo; mientras que en segundo caso “elimina” del sistema

de las fuentes la regla previamente elaborada por un tribunal inferior. Por lo que respecta las cortes superiores, generalmente pueden *overrule* los propios precedentes. Empero, debe recordarse que la *House of Lords* británica, al contrario de la Suprema Corte estadounidense, no es jurídicamente vinculante por los propios precedentes sino a partir de 1966. El *overruling* no debe confundirse con el *reversal of judgment*, el cual hace referencia a la anulación, en apelación, de una sentencia impugnada.

Sara Pennicino
(traducción de Mario Cruz Martínez)