

Inconstitucionalidad por omisión e inconvenionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antídotos para enfrentar estos males contemporáneos*

*Unconstitutionality and Unconventionality by Omission.
Some Reflections and Antidotes
to Solve Those Contemporary Irregularities*

Gerardo Eto Cruz (Perú)**

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2015.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2015.

RESUMEN

En este artículo se plantea un modelo explicativo de la inconstitucionalidad por omisión en una de sus vertientes contemporáneas. Además, se propone un esquema de clasificación de las distintas formas de inconvenionalidad por omisión que pueden presentarse en la práctica, a partir de una visión renovada del control de convencionalidad y con base en jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú.

PALABRAS CLAVE: jurisdicción constitucional, tribunal constitucional, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, inconstitucionalidad por omisión, omisión legislativa, sentencia constitucional, sentencia exhortativa.

* Una primera versión de este trabajo fue presentada en el Seminario Internacional sobre Omisión Legislativa, organizado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que se llevó a cabo los días 26 y 27 de marzo de 2015.

** Doctor en Derecho Público. Exmagistrado del Tribunal Constitucional de Perú. gerardoeto@gmail.com.

ABSTRACT

In this article, the author proposes a model to explain the phenomenon of unconstitutionality by omission in its contemporary aspects; while in the second part, presents a classification scheme of different forms of unconstitutionality by omission that may occur in practice, from a renewed vision of conventionality control, and based on relevant case law of the Constitutional Court.

KEYWORDS: constitutional jurisdiction, constitutional court, constitutional control, conventionality control, unconstitutionality by omission, legislative omission, constitutional sentence, hortatory statement.

Introducción

Desde sus orígenes kelsenianos hasta la actualidad, no cabe duda de que el espectro de la jurisdicción constitucional se ha redimensionado en gran medida, tanto en las constituciones contemporáneas —que muchas veces quedan en el mismo estado que ya tenían— como en sus intérpretes y los académicos que reflexionan a partir de las contingencias y acontecimientos de una realidad constitucional que se desborda de las pretensiones normativas. Latinoamérica, por ejemplo, sigue viviendo, en el legado de Gabriel García Márquez, en un realismo mágico que supera la idílica norma y en el que los intérpretes se ven obligados a realizar una alquimia hermenéutica constructiva y creativa, a fin de enfrentar los nuevos retos que la norma no ha previsto.

El siglo *xxi* tiene un horizonte de creación y reflexión no sólo en la academia y sus teóricos, sino en las diversas jurisdicciones constitucionales de Europa y Latinoamérica. Tal es el caso de la heurística e inventiva de la magistratura constitucional relacionada con la problemática presente de la inconstitucionalidad por omisión.¹

Recuérdese que si bien Hans Kelsen configuró un rol en los tribunales constitucionales para controlar la inconstitucionalidad por acción y correspondió a estas cortes o tribunales identificar su naturaleza como un legislador negativo (Kelsen 2001), él mismo había percibido implícitamente que la infracción a la Constitución no sólo podía devenir cuando el poder constituido producía una norma infraconstitucional que afectaba por la forma o el fondo a la carta fundamental. Aunque sin dar solución a las manifestaciones de inconstitucionalidad por omisión, también había previsto que: “La violación de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción o por omisión” (Kelsen 1999, 3).

¿Cuál es el escenario actual respecto de la inconstitucionalidad por omisión? Se sostiene que este concepto se ha expandido o redimensionado a

¹ Véase Bazán (2014).

tres vertientes o variables; desde luego, cada una de ellas con su particular problemática y con sus correspondientes antídotos a estas patologías constitucionales. Estas manifestaciones son:

- 1) La inconstitucionalidad por omisión propiamente dicha, la cual, como se verá, tiene ya una larga tradición en la reflexión constitucional y soluciones en diversos modelos de jurisdicción constitucional, bien sea porque la propia Constitución prevé este problema o porque la propia jurisdicción o sus intérpretes constitucionales han dado soluciones intermitentemente a cada manifestación que se presenta.
- 2) La inconstitucionalidad por omisión proveniente del incumplimiento de sentencias exhortativas, que constituye una nueva manifestación de este fenómeno omisivo.
- 3) La inconvencionalidad por omisión.

Enseguida, se abordará cada uno de estos ejes temáticos.

Inconstitucionalidad por omisión

Excurso preliminar

- 1) La pretensión de una Constitución es que ésta se cumpla, que tenga vigor, vigencia y facticidad. Para esto, son dos los escenarios que se deben observar:
 - a) Los factores externos que condicionan su vigencia. Se habla del que Héctor Fix-Zamudio menciona en torno al concepto de defensa de la Constitución: su protección, el cual está integrado por diversos elementos e instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica.
 - b) El otro factor que permite que una Constitución se cumpla —como un mapa o cartografía de navegación— es la categoría de las garantías constitucionales (llámese tribunales de justicia o jurisdicción constitucional) (Fix-Zamudio 2011, 10).

- 2) Hoy nadie discute que la Constitución se puede violar por acción, es decir, cuando se producen actos de distinta naturaleza, contrarios a la suya. Típica manifestación es la producción de leyes contrarias a la ley fundamental por la forma o por el fondo. Ya existe toda una tradición frente a este tipo de males: el control abstracto de las leyes.
- 3) También se viola la Constitución por menoscabo o por omisión. Así lo entendió Kelsen desde sus orígenes en la reflexión de su clásica obra *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*.

Inconstitucionalidad por omisión.

Diversidad de acepciones y su naturaleza jurídica

A estas alturas se puede encontrar diversidad de identificaciones o terminologías para esta problemática: omisión inconstitucional, inconstitucionalidad por omisión u omisión legislativa inconstitucional. Sin embargo, más allá de estos *nomen iuris*, existen dos vertientes o corrientes para entender la inconstitucionalidad por omisión: la tesis amplia y la tesis restrictiva.

Tesis amplia

Se basa en la idea de que la Constitución se puede mancillar, violar o infringir cuando no se hace lo que ella dispone (Bidart 1996, 354-5). Esto es, se está ante un testamento histórico del poder constituyente, sujeto a ser cumplido y desarrollado programáticamente por los sucesivos poderes constituidos, y estos mandatos constitucionales simplemente no lo ejecutan o no lo cumplen. Se está ante una conducta contumaz, omisiva y renuente de las diversas entidades del Estado llamadas a ejecutar algo, pero no se cumple. Esto genera una infracción a la Constitución por *non facere*.

La conducta omisiva no sólo radica o depende del órgano legislativo, sino de cualquier órgano competente llamado a cubrir el programa que exige la Constitución, y no sólo se trata de políticas legislativas de carácter programático, sino de cláusulas explícitas o implícitas que encierran principios o contenidos que deben cubrirse con actos administrativos, de gobierno o jurisdiccionales.

Esta posición es casi unánime en la doctrina argentina (Bazán 2014). Se ubican en esta tesis Jorge Miranda, de Portugal, y Francisco Fernández Segado, de España. Así, Miranda sostiene que:

la inconstitucionalidad por omisión es una inconstitucionalidad negativa, que resulta de la inercia o del silencio de cualquier órgano de poder, durante un cierto tiempo, del acto exigido por la Constitución (Miranda 1993, 338).²

Tesis restrictiva

Aun reconociendo la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, esta tesis la reduce a determinados presupuestos:

- 1) La inconstitucionalidad por omisión se deriva *stricto sensu* de cláusulas programáticas que deben ser desarrolladas por el Legislativo, de tal manera que la omisión se limita a la inercia del Poder Legislativo.
- 2) La omisión inconstitucional sólo puede referirse a normas concretas y determinadas, no a principios de corte general extraídos del sentido global de las prescripciones constitucionales con un método inductivo (Fernández 1998, 77).
- 3) José Joaquim Gomes Canotilho plantea que para cobrar significado autónomo y relevante la omisión legislativa debe conectarse con una exigencia constitucional de acción y que no es suficiente el simple deber general de legislar para dar fundamento a una omisión inconstitucional. Es decir, que las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del no cumplimiento de exigencias constitucionales legisferantes en sentido estricto, o sea, de normas que, de manera permanente y concreta, vinculan

² La cita original dice "a inconstitucionalidade por omissão é a inconstitucionalidade negativa, a que resulta da inércia ou do silêncio de qualquer órgão de poder, o qual deixa de praticar em certo tempo o acto exigido pela Constituição". La traducción es mía.

al legislador con la adopción de medidas legislativas “concretizadoras” de la Constitución (Gomes 1993, 1089).

Tratamiento comparado

Una pregunta que los académicos se hacen es la siguiente: ¿qué han hecho los constituyentes para solucionar esta forma de violación a la Constitución? La interrogante resulta lícita en la medida en que el monopolio gira sólo en torno al control de la constitucionalidad de las leyes; esto es, cuando el legislador dicta una ley que viola la carta política (inconstitucionalidad positiva). Sin embargo, poco se sabe que una forma muy sutil de agraviar a la Carta Magna es no dictar leyes que ella misma exige para que sus normas tengan vigor.

Estrictamente, la inconstitucionalidad por omisión se configura cuando existen determinadas cláusulas constitucionales denominadas programáticas, las que requieren de leyes de desarrollo constitucional; pero cuando éstas no son creadas por el legislador, se menoscaba la Constitución por la actitud omisiva del órgano legislativo, que no cumple con lo exigido por la carta fundamental.

En líneas generales, el derecho comparado tiene varias maneras de enfrentar esta compleja forma de violación a la Constitución, las cuales se podrían sintetizar en las siguientes tesis:

- 1) Denunciar la inconstitucionalidad por omisión por parte del órgano de justicia constitucional ante la constatación del ocio del legislador (régimen de la antigua Yugoslavia) (Daranas 1979, 2272).
- 2) Formular las recomendaciones al legislador o verificar que haya infracción de la Constitución por mora del legislador (régimen de Portugal) (Gomes 1999, 714 y 1982, 329; Nunes de Almeida 1988, 859-89; Miranda 1996, 507).
- 3) La intimación, es decir, que el órgano de jurisdicción constitucional exija al legislador que dicte la ley faltante (caso de Brasil) (Silva 1992, 48). La

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha dado un paso más audaz, pues no sólo intima, sino que la Sala Constitucional está autorizada para fijar los lineamientos con los cuales el legislador renuente pueda ser suplido por el órgano jurisdiccional, dictando, como ya se dijo, los lineamientos para su corrección (Brewer-Carías 2000, 232).

- 4) La cobertura por parte del tribunal constitucional, que suple las deficiencias en la substanciación mediante el *mandado de injunção* (caso de Brasil, igualmente).
- 5) Existe otra tesis en la que no sólo se prevé la intimación y que el Poder Judicial esté autorizado para que supla la omisión, sino que éste debe resarcir el daño mediante una indemnización por la mora del legislador. Aquí, el caso terminaría con una sentencia de daños y perjuicios, por la actitud omisiva y renuente del órgano legislativo (caso de la Provincia de Río Negro, Argentina) (Bazán 1996, 171-269).

Hasta aquí, como se podrá observar en forma por demás esquemática y sucinta, lo que ocurre en el panorama del derecho constitucional positivo. Por cierto, debe advertirse que, fuera de Portugal, los demás tribunales constitucionales europeos han enfrentado este tema, pero por la vía de la jurisprudencia, salvo el caso de Hungría, que lo ha regulado, y el de la nueva Sala Constitucional en el estado de Veracruz.

En el caso del sistema húngaro, el Tribunal Constitucional funciona desde el 1 de junio de 1990. Las competencias son muy amplias, pero lo curioso es que el tema del control de la constitucionalidad de las omisiones inconstitucionales no está recogido en el ámbito constitucional (Antal 2001, 27), sino en el legislativo. Según la Ley XXXII/1989 del 19 de octubre —reguladora de la jurisdicción constitucional y que es de gestación simultánea a la propia Ley Fundamental de Hungría—, el Tribunal Constitucional cuenta entre sus específicas competencias con la de declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador; la legitimación para la puesta en marcha de este recurso se extiende a cualquier ciudadano

por medio de la llamada *actio popularis*, y puede ser activado también a instancias del propio tribunal. La resolución declarativa de la omisión instará al órgano culpable a corregirla en el plazo que en la propia sentencia se le conceda.

Como destacan Carlos Flores Juberías y Mercedes Torres Pérez, el Tribunal Constitucional húngaro ha usado abundantemente el control de la inconstitucionalidad por omisión. Una de las primeras y más trascendentes decisiones emitidas al amparo de esta competencia fue la sentencia 37/1992 (VI. 8) AB, en la que declaró que el Parlamento había incumplido la obligación de legislar que le imponía el artículo 61.4 de la Constitución en materia de control del radio y la televisión públicos, en lo relacionado con la emisión de licencias para la radiodifusión privada y para evitar monopolios informativos, y lo emplazó a que lo hiciera en un término de seis meses. En esa ocasión, el tribunal reafirmó su competencia

para iniciar de oficio la determinación de la omisión inconstitucional del Legislativo a la hora de cumplir con sus deberes y para instruir al Legislativo a que lo haga en un período de tiempo determinado por el tribunal (Flores y Torres 2001, 136-7).

Y apuntó cómo en dicho caso “la falta de acción inhibe la realización de un derecho fundamental que posee un papel preeminente en el funcionamiento de una sociedad democrática” (Flores y Torres 2001, 136-7).

El caso más reciente es el relativo a las competencias que ha asumido el Tribunal Supremo de Justicia del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, que, en rigor, actúa como un tribunal constitucional. Así, como anota Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2002), el Pleno del tribunal supremo conoce de:

- 1) Las controversias constitucionales.
- 2) Las acciones de inconstitucionalidad (control abstracto).
- 3) Las acciones por omisión legislativa, cuando se considera que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecta

el debido cumplimiento de la Constitución local. Tendrán legitimación el gobernador del estado o la tercera parte de los ayuntamientos.

Como lo pone de relieve Ferrer Mac-Gregor:

Este mecanismo, también lo prevé el estado de Tlaxcala y representa una innovación en nuestro sistema y debería servir de pauta para su incorporación en la Constitución federal, que ha tenido un desarrollo aceptable en el derecho comparado (Ferrer Mac-Gregor 2002).

Origen jurisprudencial

Inconstitucionalidad por omisión y su vertiente de origen jurisprudencial

En su origen, la inconstitucionalidad por omisión es una figura que tiene por objeto controlar las omisiones normativas del legislador que vulneran uno o más derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. La premisa de este mecanismo es la siguiente: así como existen normas constitucionales que reconocen principios o derechos fundamentales (normas principio), en la Constitución también hay órdenes expresas que le exigen al legislador desarrollar una regulación normativa para proteger o ampliar los principios o derechos ahí mencionados (normas programáticas). Por lo tanto, cuando una corte o tribunal declara que la inercia del legislador es contraria a la Constitución y debe ser superada, no hace otra cosa que optimizar el programa normativo de esta última, y, en especial, de las normas constitucionales que reconocen derechos sociales o de prestación.

En perspectiva comparada, el instituto de la inconstitucionalidad por omisión se encuentra reconocido explícitamente en diversos ordenamientos jurídicos, como en la Constitución de la República Portuguesa (artículo 283, 2005), la Constitución de la República Federativa de Brasil (artículo

103.2, 1988), la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículo 336.7, 2009) y la Constitución de la República del Ecuador (artículo 436.10, 2011). También en la legislación infraconstitucional, como lo demuestran los casos de Costa Rica (Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 73.f, 1989), Hungría (Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional de Hungría, artículo 1.e, 1989). Y en el ámbito estatal, la Constitución de la Provincia de Río Negro (artículo 207.2.d, 1988), en Argentina; la Constitución Política del Estado de Chiapas (artículo 56, fracción III, 2014), la Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave (artículo 65.III, 2015), la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala (artículo 81.VI, 2015) y la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo (artículo 105.III, 2014), todas en México.

Mientras tanto, en aquellos países que no han recogido expresamente la figura de la acción de inconstitucionalidad por omisión, tal reconocimiento se ha efectuado por vía jurisprudencial, como fue el caso del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania, por medio de la sentencia 26/1969, del 29 de enero de 1969 (BVerfGE 25, 167), que declaró la omisión legislativa inconstitucional del régimen de derechos de los hijos ilegítimos, que por disposición del Constituyente debían ser iguales por ley a los hijos legítimos. El transcurso de 20 años sin que se expidiera esta ley de desarrollo constitucional fue considerado suficiente por el tribunal para declarar esta infracción constitucional omisiva y para proceder a ordenar a los órganos administrativos correspondientes que equipararan los derechos de la hija ilegítima demandante y sus hermanos, a despecho de la falta de regulación legal, y para exigir al legislador federal que superara dicha omisión legislativa en el lapso de la legislatura en curso.

Sin embargo, no cualquier omisión legislativa —ha dicho la doctrina con acierto— desencadena *per se* un supuesto de inconstitucionalidad por omisión, pasible de control y sanción por la justicia constitucional. En realidad, para que esto suceda, son tres los requisitos acerca de cuya exigencia

hay un amplio consenso, a saber: la existencia de un mandato constitucional de regulación normativa, el transcurso de un periodo razonable y el efecto inconstitucional de la omisión (o resultado inconstitucional) (Fernández 1998).

Ahora bien, es claro que de mandato constitucional de regulación normativa es posible hablar en un doble sentido. Por un lado, como la exigencia de que la orden de regulación al legislador figure de modo explícito y claro en la Constitución, de modo tal que la inercia legislativa sometida a control aparezca como igualmente directa y manifiesta, y, por el otro, como la posibilidad de que la configuración de tal mandato u orden de legislar venga intermediada o “concretizada” por la interpretación del Tribunal Constitucional, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, artículo 1, 2004), y sea expuesta como tal en sus sentencias.

Ciertamente, a estas alturas, ya no se podrá seguir sosteniendo que el derecho constitucional de estos tiempos se reduce a los 206 artículos de los que se compone la Constitución Política del Perú, ni aun a los tratados internacionales relativos a derechos humanos que la complementan. Por el contrario, tanto por razones de índole teórica (básicamente, teoría de la interpretación constitucional) como de orden legal (Código Procesal Constitucional, artículo VI, 2004), es ya un dato asumido pacíficamente que la jurisprudencia vinculante que emana de las sentencias del Tribunal Constitucional de Perú no sólo es fuente del derecho directamente aplicable (en cuanto interpretaciones autorizadas y definitivas del texto constitucional), sino también de normas vinculantes para todos los operadores jurídicos y ciudadanos en general (todo esto en virtud de la fuerza de cosa juzgada que tales interpretaciones revisten).

Es así como una sentencia del Tribunal Constitucional puede convertir una orden que para el legislador aparece poco clara en la Constitución en un mandato concreto, directo y perfectamente exigible a su destinatario. En efecto, ya sea por medio de los métodos específicos de

interpretación constitucional (fuerza normativa de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora, principio de unidad) o del juicio de ponderación (subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad), el criterio interpretativo que deriva de una sentencia constitucional se convierte en derecho de rango constitucional, aunque, claro está, siempre sujeto al carácter dinámico que singulariza a este ejercicio hermenéutico.

Pero, sin duda, esta “alquimia interpretativa” (Sagüés 2004) practicada por tribunales y cortes constitucionales en sus sentencias, para no perder su sentido, requiere ser garantizada en su cumplimiento cabal y efectivo por sus destinatarios, mediante los mecanismos procesales que ofrece el ordenamiento jurídico, pues de otro modo, la esencia de la jurisdicción constitucional (que es doble: garantizar la supremacía normativa de la Constitución y proteger los derechos fundamentales) se quedaría a medio camino: vale decir, se favorecería el establecimiento de obligaciones constitucionales específicas al legislador democrático (garantía primaria), pero se dejaría a salvo su aplicación o exigibilidad en cada caso concreto (garantía secundaria).

El papel del Tribunal Constitucional como órgano colaborador en el desarrollo y efectividad de las normas constitucionales exige, en realidad, que sus interpretaciones vinculen a todos los órganos del Estado y a los ciudadanos, a la manera de “mandatos normativos que se proyectan con efecto *erga omnes* conforme al artículo 204° de la Constitución y los artículos 81° y 82° del Código Procesal Constitucional” (STC N.° 0006-2008-PI, fundamento 44). A partir de ahí, y tal como se ha admitido también de modo expreso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú, es posible afirmar que la situación de renuencia del Congreso de la República ante una exhortación contenida en una sentencia constitucional entraña un supuesto de “omisión legislativa por delimitación jurisprudencial” (STC N.° 0006-2008-PI, fundamento 46) del derecho o derechos concernidos.

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿toda exhortación es vinculante? En todo caso, ¿cómo se puede diferenciar cuándo sí y cuándo no es vinculante? Y, finalmente: ¿cómo lograr que una sentencia exhortativa sea cumplida por su destinatario único y excluyente, el Congreso de la República?

Sentencias exhortativas vinculantes del tribunal constitucional. Naturaleza, efectos y mecanismos de efectivización

En la ya clásica tipología de sentencias de inconstitucionalidad que pertenecen a la jurisdicción constitucional orgánica, se encuentran las denominadas sentencias interpretativas-manipulativas, una de cuyas modalidades más peculiares es la sentencia exhortativa, la cual recibe este nombre porque si bien en ella se declara la inconstitucionalidad de la norma legal en cuestión, el tribunal no dispone su expulsión inmediata del ordenamiento jurídico, sino que concede al Congreso de la República un plazo para expedir la ley sustitutoria conforme a la Constitución (*vacatio sententiae*). Su origen se ubica en la praxis jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania, emitida con posterioridad a la modificación del artículo 31.2 de la BVerGG que permitió añadir dos nuevas categorías a la ya existente declaración de nulidad: la declaración de compatibilidad (*vereinbare Erklärung*) y la declaración de incompatibilidad (*unvereinbare Erklärung*) de la ley enjuiciada con la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (López 2004, 100).

También denominada sentencia monitoria, admonitoria o apelativa, esta clase de pronunciamientos del tribunal constitucional admite una ulterior clasificación, dependiendo del tipo de exhortación que contiene la sentencia. A decir de Sagüés (2006, 194-5), esa clasificación podría ser la siguiente:

- 1) Sentencia exhortativa de delegación. Que fija al legislador las pautas que debe satisfacer una nueva ley compatible con la Constitución.

- 2) Sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple. Que si bien constata la inconstitucionalidad de una norma, no la invalida, por los efectos desastrosos que ello podría generar, imponiéndole al legislador el deber de suprimir la situación inconstitucional.
- 3) Sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria. Cuando una norma es considerada todavía constitucional, pero puede dejar de serlo si no se toman las medidas correctivas pertinentes, a cuyo dictado se conmina al legislador.

Aquí se tratará principalmente de la sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple, vale decir, aquella cuya declaración de inconstitucionalidad queda suspendida hasta que el Poder Legislativo emita la ley que subsane la situación inconstitucional.

Varias son las razones por las cuales un tribunal constitucional puede obrar de este modo. Por ejemplo:

- 1) Cuando el legislador no tiene ninguna otra posibilidad reguladora teniendo en cuenta la situación histórica (derecho transitorio).
- 2) Cuando los vicios legislativos no fueran evidentes.
- 3) Cuando la declaración de nulidad no sólo no satisfaría la pretensión del recurrente ni los intereses de los excluidos, sino que además causaría un grave perjuicio al colectivo beneficiado, así como cuando se quiere evitar una injerencia en el ámbito del Legislativo.
- 4) Cuando la declaración de nulidad no puede eliminar el perjuicio que, precisamente, se trata de impedir, así como cuando se aprecia que una posible sentencia que declarara la nulidad crearía un vacío legislativo a la vez provocador de un alejamiento todavía mayor de una situación de legitimidad constitucional sustantiva (principalmente, situaciones de caos social y financiero) (Figuroa 2011, 216-7).

Sin embargo, para garantizar que esta clase de decisiones del tribunal constitucional surta los efectos requeridos, es necesario ahondar en el

tipo de obligación que de ellas se desprende para el Poder Legislativo. Son tres las consecuencias jurídicas que derivan de toda sentencia exhortativa vinculante: en primer lugar, el deber del Congreso de la República de emitir la norma en el plazo concedido por la sentencia del tribunal constitucional; en segundo, el deber de no emitir una norma idéntica a la ya declarada inconstitucional, y, por último, el deber de emitir la norma en el plazo, siguiendo las directrices fijadas por el tribunal, cuando éstas hayan sido incluidas en la propia sentencia de inconstitucionalidad.

Pero ¿cómo garantizar que el Poder Legislativo cumpla estas obligaciones? A continuación se remite a algunos casos prácticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú para extraer algunas enseñanzas.

Algunos casos paradigmáticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú

Sentencia STC N.º 0006-2008-PI (caso hoja de coca)

En la sentencia STC N.º 0020-2005-PI/TC y acumulado (STC N.º 0020-2005 y 0021-2005-AI/TC) (caso hoja de coca I), se declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el presidente de la República (junto con más de 31 congresistas como litisconsortes activos facultativos) contra dos ordenanzas expedidas por los gobiernos regionales de Cusco y Huánuco, las cuales declaraban la planta de hoja de coca como patrimonio cultural de la nación.

Al ser tal declaratoria una competencia compartida, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda. Sin embargo, también valoró el argumento de la demandada de que la ordenanza en cuestión había sido expedida debido a la inercia del gobierno nacional de cumplir su función específica en dicha competencia compartida (STC N.º 0020-2005 y 0021-2005-AI/TC, fundamento 89). Por lo cual, el Tribunal Constitucional de Perú exhortó al Congreso de la República a incluir a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como patrimonio cultural de la nación,

por la Ley N.º 28477, y al Instituto Nacional de Cultura a iniciar los trámites administrativos “para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial” (STC N.º 0020-2005 y 0021-2005-AI/TC, fundamento 111).

El segundo pronunciamiento del Tribunal Constitucional en torno a este asunto correspondió a la STC N.º 0006-2008-PI/TC (caso hoja de coca II). Nuevamente, el presidente de la República impugnó, mediante una demanda de inconstitucionalidad, una ordenanza, esta vez del gobierno regional de Puno, el cual volvía a reconocer a la hoja de coca como patrimonio cultural y símbolo del pueblo quechua-aymara de esa región, y declaraba determinadas cuencas como zonas cocaleras.

El Tribunal Constitucional admitió que, en efecto, se encontraba ante un caso similar al resuelto en su STC N.º 0020-2005-PI/TC y acumulado, por lo cual, en su jurisprudencia reiteró su desarrollo en torno al derecho a la identidad cultural y la consideración de la hoja de coca como expresión de ésta. Así, luego de recordar las exhortaciones realizadas en su anterior sentencia, el Tribunal Constitucional constató que habían transcurrido poco más de dos años desde su expedición, sin que el Congreso de la República hubiera cumplido con reconocer la hoja de coca como patrimonio cultural de la nación. Y expuso:

dada la directa relación con los conflictos sociales y jurídicos que viene propiciándose a raíz de la falta de actuación del legislador a efectos de satisfacer la razonable aspiración de los pueblos y grupos sociales directamente vinculados con el cultivo tradicional de la hoja de coca, se ha ido configurando un supuesto de omisión legislativa que es posible de control por parte de este Colegiado (STC N.º 0006-2008-AAI/TC, fundamento 35).

Así pues, y no obstante no figurar en el fallo, el tribunal declaró que el Congreso de la República estaba obligado a actuar en la próxima legislatura

emitiendo una ley que recoja las aspiraciones de los pueblos andinos y amazónicos que ven reflejada parte de su identidad constitucionalmente reconocida, en el cultivo, uso y tratamiento en general de la planta de la hoja de coca (STC N.º 0006-2008-AAI/TC, fundamento 47).

Lo que, a la par, permitiría evitar los conflictos que esta desidia generaba. Por lo que, con toda rotundidad, señaló:

si la inacción del órgano competente continúa y para evitar Ordenanzas masivas que declaren a la hoja de coca como patrimonio cultural, el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución tendría, irremediablemente, que analizar la viabilidad de considerar patrimonio cultural a la hoja de coca en relación con la Convención de 1961, desarrollando los motivos, impedimentos, o concordancias existentes en aplicación de la inconstitucionalidad por omisión realizando un desarrollo constitucional expreso (STC N.º 0006-2008-AAI/TC, fundamento 54).

Sentencia STC N.º 0014-2007-PI (caso libre desafiliación)

En la sentencia STC N.º 01776-2004-AA, el Tribunal Constitucional analizó una demanda de amparo cuyo petitorio era que se dejara sin efecto el contrato de afiliación a una administradora de fondos de pensiones de un trabajador minero. En este caso, el Tribunal Constitucional evaluó si existía o no la capacidad de retorno al sistema nacional, pues mientras la legislación había permitido el traslado del sistema nacional al privado, no había hecho lo mismo en sentido inverso, lo que juzgó inconstitucional. En ese sentido, el Tribunal Constitucional señaló que el retorno no podía ser absoluto; debía serlo en forma parcial y sólo en tres supuestos:

- 1) Si la persona cumplía con los requisitos exigidos para acceder a una pensión, pero no la había reclamado, y aun así se pasó al sistema público.

- 2) Si no existió información para que se realizara la afiliación.
- 3) Si se están protegiendo labores que impliquen un riesgo para la vida o la salud.

Luego de expedida la sentencia del Tribunal Constitucional, el Congreso de la República promulgó la Ley N.º 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementaria, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 27 de marzo de 2007, que buscaba recoger la interpretación sostenida por el Tribunal Constitucional en su sentencia de amparo mediante diversas directrices.

Sin embargo, dicha ley fue impugnada por un grupo de congresistas, con el argumento de que había excluido una causal de retorno expresamente prevista en la sentencia del Tribunal Constitucional. En respuesta a esta demanda de inconstitucionalidad, el tribunal emitió la STC N.º 0014-2007-PI (caso ley de libre desafiliación), oportunidad que le sirvió para examinar la rebeldía legislativa por omisión denunciada por los demandantes.

El tribunal determinó que el primer y el tercer supuestos habían sido debidamente recogidos en los artículos 2 y primera disposición transitoria y final de la ley cuestionada (STC N.º 0014-2007-PI, fundamento 7). Con lo cual, el único supuesto no contemplado en la ley era el caso de los trabajadores que optaron por trasladarse al sistema privado como consecuencia de una indebida, insuficiente o inoportuna información por parte de las administradoras de fondos de pensiones o de la administración pública. En tal sentido, recordó que en el punto resolutivo 4 de la STC N.º 01776-2004-AA se había exhortado

al legislador a que emita, en el más breve plazo, las normas que viabilicen a desafiliación del Sistema Privado de Pensiones (SPRP) en los casos desarrollados en su fundamentación. Entre ellos se encontraba la causal de indebida información. No obstante, el legislador ha omitido incluir esta causal (STC N.º 0014-2007-PI, fundamento 15).

En concreto, el legislador había incurrido en una inconstitucionalidad por omisión “de aquello que había sido configurado jurisprudencialmente como vinculante” (STC N.º 0014-2007-PI, fundamento 17).³

Así pues, dado que su exhortación hacia el legislador no había merecido atención, el Tribunal Constitucional señaló que era necesario cubrir la omisión legislativa,

a partir del ejercicio de una interpretación concretizadora de la Constitución, de alcance general, y vinculante para todo poder público y privado, de conformidad con los artículos 81º y 82º del Código Procesal Constitucional (STC N.º 01776-2004-AA, fundamento 18).

Y enunció la siguiente regla:

[...] en atención a lo expuesto, y en vista de que resulta constitucionalmente exigible establecer una regla de Derecho vinculante y con alcance general que permita cubrir la inconstitucional omisión legislativa, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución (artículo 201º y 202º de la Constitución y 1º de su Ley Orgánica), de conformidad con los artículos 81º y 82º del Código Procesal Constitucional, y en interpretación del artículo 65º de la Constitución, establece que: *Constituye causal de desafiliación del SPRP y de consecuente derecho de retorno al SPuP, la acreditación de que la decisión de afiliarse al SPRP fue consecuencia de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de la AFP o de la Administración pública* (STC N.º 0014-2007-AI, fundamento 20).

En suma, el tribunal declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad y, en consecuencia, inconstitucional la omisión legislativa en que

³ El Tribunal Constitucional recurrió aquí a lo expresado en los fundamentos 43 y 44 de la STC N.º 0006-2008-PI/TC.

incurrió el legislador; se interpretó que constituye causal de desafiliación la acreditación de una indebida, insuficiente o inoportuna información, no sin finalmente recordar que los criterios de interpretación así establecidos “son de alcance general y vinculan a todos los poderes públicos, de conformidad con los artículos 81° y 82° del CPConst” (STC N.° 0014-2007-AI, punto 1.5 del fallo).

Inconvencionalidad por omisión

Hacia una aproximación conceptual del control de convencionalidad

Se hará un breve exordio: cuando los tribunales, salas o cortes constitucionales ejercen jurisdicción constitucional, en rigor lo que están ejercitando es un control de constitucionalidad que tiene dos objetivos:

- 1) Verificar que las normas infraconstitucionales no contradigan a la Constitución o que no exista conflicto de competencias o de atribuciones entre entidades territoriales u órganos estatales (jurisdicción constitucional orgánica).
- 2) Verificar que no existan actos lesivos provenientes de autoridades, funcionarios o personas que violen los derechos fundamentales del individuo (jurisdicción constitucional de la libertad).

Ambos son contrastados con un parámetro normativo: la Constitución; así sucede en las jurisdicciones constitucionales de cada país, por lo que bien cabe hablar de un control constitucional en términos latos.

Lo propio ocurre con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) cuando en el ordenamiento interno de un país de la región se produce alguna afectación, sea por normas, actos o conductas que menoscaban no ya la Constitución, sino la Convención Americana sobre Derechos

Humanos; aquí lo que está ejerciendo la CIDH es, en estricto y homologable al caso, un control de convencionalidad. El parámetro de referencia será la citada Convención y los demás tratados regionales en materia de derechos humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) lo tendrá para verificar si se ha producido un agravio a la Convención.

Explicitado y descrito así, cabe señalar que el control de convencionalidad es la potestad que tiene un órgano de jurisdicción supranacional para resolver controversias que derivan de normas, hechos o actos contrarios a la Convención y a los demás tratados de la región. El control de convencionalidad tendrá como eje cotejar y comparar si un determinado ordenamiento interno se adecua y acata a la Convención o no.

Si bien la gran batalla por afirmar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de las personas corresponderá siempre, en su etapa de ejecución, al ámbito interno por medio de los jueces nacionales, esta protección puede estar precedida heterónomamente por la CIDH. Y es que, así como en la guerra convencional, aire, mar y tierra definen diversos teatros de operaciones bélicas, los jueces nacionales son quienes determinan la batalla a la que el escenario internacional coadyuva, como ocurre con la Corte IDH y su control de convencionalidad.

Si existe esa conexión clara y rotunda —o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones—, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio “control de convencionalidad”. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea —que he reiterado— de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional (Corte IDH 2006).

Clases de control de convencionalidad.

Vertical y horizontal

Se puede distinguir un control de convencionalidad vertical que surge heterónomamente, externamente, a partir de un ordenamiento supranacional, una interpretación supraconstitucional y una jurisdicción supranacional. Estos ejes convergen en un control vertical: de la Corte IDH hacia los tribunales locales. Pero también hay un control horizontal interno, detentado por los jueces nacionales y en virtud del cual fallan con apego no al orden interno, sino a partir de lo que disponen la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la CIDH.

Control de convencionalidad vertical

Puede afirmarse que el control de convencionalidad vertical es, en efecto, un control internacional homologable a un tribunal constitucional internacional y, por tanto, un control concentrado con efecto respecto de todos los fallos que emite. De ahí que el verdadero control de convencionalidad radique en la Corte IDH y que sus fallos generen toda una doctrina jurisprudencial que vincula a la región. Sus resoluciones son, como ha apuntado Eduardo Ferrer (2013), cosa juzgada convencional, resolución ésta que servirá de marco interpretativo para las jurisdicciones de cada país.

Control de convencionalidad horizontal

En cambio, el control de convencionalidad horizontal lo detentan las jurisdicciones de cada país; se trata, en consecuencia, de un control de convencionalidad difuso, cuyos efectos serán sólo para el país al cual sus jueces prefieran aplicar los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de la región antes que sus normas internas. Esto supone que los efectos de control de convencionalidad pueden significar que se declara inconveniente una norma nacional, así como que se deja sin efecto jurídico alguna disposición, hecho o acto proveniente de alguna repartición estatal del país emplazado.

Incluso, el control de convencionalidad difuso puede suponer que el juez hércules llegue a desaplicar no sólo la legislación nacional que se opone al bloque de convencionalidad, sino también los fallos de un tribunal constitucional o de la Suprema Corte si éstos no se adecuan a la filosofía de dicho control de convencionalidad.

Inconvencionalidad por omisión

En el mundo del derecho, la presencia de omisiones relevantes es un fenómeno que se encuentra en diversos sectores del ordenamiento jurídico, y del que no podía estar exento el bloque de convencionalidad.

En líneas generales, se puede hablar de dos tipos de inconvencionalidad por omisión:

1) Inconvencionalidad por omisión *latu sensu*, la que, a su vez, se puede expresar en:

- a) Inconvencionalidad por omisión de acto político o de gobierno. Se prefigura cuando los países signatarios de la región no cumplen con el desarrollo o el impulso del grueso de normas de derechos humanos que suponen políticas discrecionales. Este tipo de inconvencionalidad está presente en la mayoría de tratados y convenios en materia de derechos humanos, no sólo en el ámbito regional, sino incluso en los tratados internacionales en materia de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

En este punto, resulta pertinente citar las reflexiones de Juan Carlos Hitters y Óscar Luján Fappiano en torno al deber de los estados de cumplir los tratados internacionales:

La responsabilidad estatal por violación de los derechos humanos se establece como regla general en dos normas fundamentales del Pacto de San José de Costa Rica. En efecto, el artículo 1.1 señala que los

países se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidas en dicho cuerpo y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio, y el artículo 2 completa el concepto proclamando que si los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter “(...) *los Estados parte se comprometen a adoptar (...) las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para ser efectivos tales derecho y libertades*”. Estos dos preceptos perfectamente alineados e imbricados marcan las reglas generales —sin perjuicio de los deberes especiales que luego veremos— que operan como el árbol de levas de todo el sistema. El Estado debe *respetar* y *garantizar* el cumplimiento de sus deberes y, si quedara algún hueco tutelar, debe adoptar las conductas pertinentes para llenar dichos baches (art. 2) (Hitters y Luján 2012, 219).

- b) Inconventionalidad por omisión indirecta. Este tipo de omisión surge cuando, a partir del bloque de convencionalidad, no se llegan a desarrollar o cumplir dichos mandatos debido a tres tipos de situaciones específicas:
- **llegalidad por omisión.** Se presenta cuando el Estado ha impulsado alguna legislación que desarrolla algún tratado internacional en materia de derechos humanos, sea regional o de la ONU. Lo importante aquí es que, habiendo una legislación que desarrolla el mandamiento de una norma internacional, a la postre, no se llega a cumplir porque no se ha reglamentado. Es decir, hay una norma internacional, existe una ley complementaria, pero se requiere de un desarrollo reglamentario y no se ha dictado; en este caso, podría ser la presencia de un decreto supremo la que reglamente la legislación específica.
 - **Omisiones de actos administrativos.** Igualmente se puede homologar la figura de la inconventionalidad por omisión cuando ya no se trata de la falta de una ley o de un reglamento, sino de

la omisión de algún acto de la administración pública. Este silencio administrativo puede afectar alguna manifestación de las constelaciones normativas del bloque de convencionalidad o de los tratados internacionales de derechos humanos de la ONU.

- Omisiones de la función jurisdiccional. Se trata de una inconventionalidad indirecta cuando al impartir justicia, los fallos del órgano jurisdiccional, ya sea del Poder Judicial, del tribunal constitucional o del jurado nacional de elecciones, afectan por omisión el desarrollo de alguna cláusula específica de una norma proveniente de los tratados de derechos humanos regionales o internacionales.

En rigor, son muchas las hipótesis que se pueden presentar en este rubro, y no sólo el control de convencionalidad puede ser por vía de una acción —en este caso, de una sentencia que contravenga el bloque de convencionalidad—, sino de un fallo que omita al no dar cumplimiento a una norma internacional específica.

Estas tres figuras pueden delinear una manifestación de inconventionalidad por omisión en términos genéricos.

- 2) Inconventionalidad por omisión *stricto sensu*. El pensamiento constitucional europeo ha delineado, primero pretorianamente, luego en la regulación constitucional y posteriormente en la doctrina, el reconocimiento de lo que suele denominar inconstitucionalidad por omisión, fenómeno que de ordinario surge cuando el legislador no desarrolla una determinada cláusula constitucional de carácter programático —en oposición a la existencia de las cláusulas operativas que no requieren de desarrollo normativo *a posteriori*, dado que son normas autoaplicativas—. Las cláusulas programáticas son fruto del testamento histórico del poder constituyente que delega a los sucesivos poderes establecidos el desarrollo de leyes que la Constitución exige, para que esta norma fundamental pueda cumplir su ciclo de vigencia ontológica; esto es, ser aplicada y vivida en la realidad.

En los tratados internacionales en materia de derechos humanos, las normas, por lo general, no están supeditadas a la existencia de leyes que las complementen o desarrollen. Y es que, en el derecho internacional de los derechos humanos, ningún Estado puede condicionar su vigencia al ordenamiento interno. Sin embargo, de una u otra manera, no se puede negar que en los tratados internacionales, y peor aún en materia de derechos humanos, muchas cláusulas son violadas, desconocidas o no aplicadas no sólo en vía de acción; cuando se dicta una ley contraria a la filosofía de los derechos fundamentales o cuando los gobiernos, en sus actos administrativos, de gobierno, o en sede jurisdiccional, violan alguna cláusula de un tratado. A todo esto, el control de convencionalidad evalúa si algún tipo de esta manifestación normativa interna se adecua o no, afecta o no, al bloque de convencionalidad.

Hasta aquí, toda la literatura jurídica se ha encaminado a verificar el control de convencionalidad en vía de acción.

Sin embargo, ni la Corte IDH ni la Convención Europea de Derechos Humanos han desarrollado o delineado lo que ya los tribunales constitucionales han reconocido en el bloque de constitucionalidad: las omisiones relevantes que generan la inconstitucionalidad por omisión. Esto es, el fenómeno de la inconventionalidad por omisión reclama un tratamiento específico por parte de la Corte IDH y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, existen también prestaciones de carácter positivo, de las que surgen conductas que implican para los estados obligaciones para no violarlo.

Así, por ejemplo, Hitters y Luján Fappiano recuerdan que

[e] artículo 1 señala que las partes contratantes reconocen a toda persona una serie de derechos. Mas ese texto tiene distinta significación según se lo lea en francés (*reconnaissent*), o en inglés (*shall secure*),

esto es “reconocer” o “asegurar”, respectivamente. Recordemos que de acuerdo con lo establecido por el artículo 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si un tratado está escrito en más de una lengua, el mismo hará igualmente fe en cada una de ellas. El término “asegurar” tiene mayor amplitud que “reconocer”, por ello con este último sentido debe entenderse la disposición del artículo 1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Airey, dejó en claro que el cumplimiento del deber impuesto por el Convenio a veces implica acciones positivas por parte del Estado. En determinados casos, el gobierno no puede permanecer pasivo y no hay lugar a distinguir entre actos y omisiones (Hitters y Luján 2012, 648).

Entonces, cabe decir que cuando no se desarrolla alguna cláusula de un tratado internacional en materia de derechos humanos —ya sea regional o internacional— se habla estrictamente de un fenómeno concreto: se viola por omisión el desarrollo de dicha cláusula. Y la inconventionalidad por omisión puede manifestarse en sentido lato —ya desarrollado brevemente líneas arriba— o *stricto sensu*, cuando se detecta que alguna cláusula internacional requiere de una norma interna que logre desarrollarla y el Estado o gobierno ha omitido intermitente y sistemáticamente su desarrollo normativo, con lo que la mencionada cláusula internacional queda como una norma lírica, sin vida y sin sentido, porque no ha sido integrada, por decirlo así, en el ordenamiento interno del país. El planteo aquí hecho probablemente podrá tener resistencia en algunos sectores académicos. Pero una cosa es que en la dogmática los tratados según el Convenio de Viena se cumplan sí o sí por cada país que lo ha suscrito, y otra cosa es que, en los hechos y la realidad, se infrinja por omisión.

Presupuestos de la inconventionalidad por omisión

Bien podría señalarse una figura homóloga a la inconstitucionalidad por omisión. Y así se podría decir que, para que se manifieste dicha omisión inconventional, se podrían dar estos presupuestos:

- 1) Que el no cumplimiento o acatamiento de una norma internacional en materia de derechos humanos derive de la violación de una cláusula específica y directa. Esto supone que tiene que surgir de una verificación específica y no de una constatación abstracta.
- 2) Que la cláusula convencional no sea exigible en sí misma (operativa), sino de carácter estructuralmente programático. En la práctica, del universo de preceptos que rodean las constelaciones normativas en el ámbito internacional, hay muchos que no tienen mayor complejidad y se cumplen sin ningún problema; pero existen otros —la mayoría provenientes de los derechos económicos, sociales y culturales— cuyo desarrollo, al ser de carácter prestacional, es postergado o simplemente no se cumple.
- 3) Que en el ordenamiento interno concreto de cada país no se impulsen medidas legislativas, administrativas, jurisdiccionales o de gobierno para tornar exigible y eficaz una norma convencional. Y, así, este bloque de convencionalidad, a falta de desarrollo del ordenamiento interno, se ve menoscabado por omisión.

De este modo, pueden delinearse algunas ideas respecto de la inconventionalidad por omisión:

- 1) Por lo general, la inconventionalidad por omisión es la regla, y la inconventionalidad por acción, la excepción.
- 2) Pueden distinguirse dos tipos de inconventionalidad por omisión: una total y otra parcial. La primera surge cuando no existe el desarrollo legislativo que reclama alguna norma del llamado bloque de convencionalidad

o de algún tratado internacional proveniente de la ONU. Mientras que la inconventionalidad parcial se refiere a que el legislador ha desarrollado parcialmente la cláusula programática de convencionalidad, pero curiosamente no en su plenitud; es más, muchas veces se pretende reglamentar o desarrollar alguna cláusula específica sin que esto suponga una plenitud en su vigencia, por cuanto el Estado simplemente hace una declaración lírica de pretender desarrollar algo que políticamente no le conviene o no le interesa.

- 3) A la fecha, y de acuerdo con lo que existe en el ámbito de la jurisdicción supranacional, el control que se ejerce es mediante la inconventionalidad por acción, y el fenómeno omisivo de inconventionalidad es una patología silenciosa, pero que genera mayores daños al no cumplirse la vigencia interna de los derechos humanos en cada país.
- 4) Con el objetivo de ser más claro, se habla aquí de inconventionalidad. Este concepto sólo comprende a los tratados regionales de derechos humanos cuyo órgano jurisdiccional es la Corte IDH, pero no existe un término similar para aludir a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el ámbito internacional de la ONU; de ahí que bien puede hablarse de una inconventionalidad regional y de un bloque internacional de derechos humanos de la ONU, en ambos sectores el fenómeno es el mismo: tratados que regulan los derechos humanos sea en sede regional (convencional) o internacional (ONU) y que no se cumplen por los supuestos ya mencionados.⁴

⁴ El tema de la inconstitucionalidad por omisión tiene ya una larga tradición de desarrollo reflexivo. Aquí sólo se consignan algunos autores que han escrito sendos trabajos al respecto. En Argentina, Germán Bidart Campos, Néstor Pedro Sagüés, Víctor Bazán y María Sofía Sagüés; en Costa Rica, Rubén Hernández Valle; en Portugal, en el pensamiento lusitano, así como en Brasil, se tiene a José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Paulo Bonavides, Anna Cândida da Cunha Ferraz, Ivo Dantas, José Afonso da Silva, Gilmar Ferreira Mendes y Marcelo Figueiredo; en España, José Julio Fernández Rodríguez y Francisco Fernández Segado, y en México, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, entre otros.

Aporte del Tribunal Constitucional de Perú para delinear implícitamente la inconvencionalidad por omisión

Como es sabido, a raíz de la aprobación del Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales Independientes en 1989, se estableció específicamente en el artículo 6 el régimen de la consulta previa. Al margen de si este Convenio No. 169 puede ser el único instrumento que se aplique en los países de la región que lo suscriben, el propio Convenio No. 169 exige políticas legislativas de implementación y desarrollo para cada país.

En efecto, en su artículo 2 se explicita que

[l]os gobiernos deberían asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados; una *acción* coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos (Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales Independientes, artículo 2, 1989).[§]

En el artículo 2.2 se enfatiza que tales acciones deben incluir medidas; es obvio que todo esto debe significar el desarrollo legislativo de la consulta previa, que menciona entre otros aspectos el Convenio No. 169.

En 1997, en su Recomendación General No. 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas (51 periodo de sesiones), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial exhortó a los estados parte

a que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando,

[§] Énfasis añadido.

por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial 1997).

En este contexto, de la jurisprudencia constitucional relativa a este asunto, resalta la sentencia STC N.º 05427-2009-PA/TC (caso AIDSESEP). En agosto de 2007, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESEP) interpuso un proceso constitucional de cumplimiento exigiéndole al Ministerio de Energía y Minas que cumpliera el Convenio No. 169 y que adecuara sus normas reglamentarias y directrices al texto internacional.

Esta exigencia partía de que dicho Convenio había sido ya suscrito por el Estado peruano y ratificado por el Congreso mediante la resolución legislativa 26253 promulgada y publicada el 2 de diciembre de 1993. Desde esa época hasta 2007, el Estado no había impulsado políticas legislativas que desarrollaran temas relativos al derecho a la consulta, tierra, territorios y recursos naturales.

El Tribunal Constitucional, a la postre, declaró estimativa la demanda y ordenó al Estado que promulgara la Ley de Consulta Previa. Si bien en el fallo el Tribunal Constitucional maneja *in extenso* la categoría de la inconstitucionalidad por omisión (STC N.º 05427-2009-PA, fundamentos 10 al 22), en rigor, implícitamente, se desarrolla la figura homologable a la inconventionalidad por omisión (STC N.º 05427-2009-PA, fundamentos 8, 9 y 23 al 27). En el caso concreto, habían pasado 15 años desde que el Estado no desarrollaba el Convenio No. 169 (que había sido aprobado en el Perú el 2 de diciembre de 1994 y había entrado en vigor el 2 de febrero de 1995).

Es más, en los diversos procesos que iniciaron tanto los dirigentes nativos (Gonzalo Tuanama Tuanama) como la AIDSESEP, irónicamente el Estado, por medio de sus procuradores, alegaba que el Convenio No. 169 no había sido reglamentado, “por lo que no podría ser aplicado”, dado que

“sería una norma programática, no pudiendo ser aplicada sin que previamente exista una regulación doméstica que la desarrolle” (STC N.º 0022-2009-PI/TC, fundamento 11).

Epílogo

Actualmente, el control constitucional y convencional no sólo debe ser atendido por violaciones por comisión, sino también por esa silenciosa afectación al desarrollo programático y principista (*non facere*) que tanto el bloque de constitucionalidad como el bloque de convencionalidad diseñan para un justo desarrollo democrático de los estados contemporáneos.

En efecto, las políticas públicas, las diversas políticas legislativas y actos administrativos y de gobierno, el cumplimiento y desarrollo de las complejas sentencias atípicas de interpretación constitucional —como son aquellas aditivas, exhortativas o de recomendaciones al legislador— son los nuevos retos que debe enfrentar el derecho procesal constitucional en estos primeros lustros del siglo XXI.

Queda pues a la creación heroica de los tribunales, salas o cortes de las diversas jurisdicciones constitucionales, independientemente de sus modelos, tener que construir y desarrollar soluciones para este tipo de inercia; sobre todo para el cumplimiento de los derechos de naturaleza prescricional. También el desarrollo y cumplimiento de las futuras generaciones que claman por preservar los derechos ecológicos y del medio ambiente; así como las diversas urdimbres que comprende el multiculturalismo, que compromete el desarrollo y las identidades de pueblos originarios y marginales de los estados oficiales. En buena cuenta, se trata de impulsar nuevos programas que están en el contenido esencial de la propia Constitución, y de que sus políticas legislativas o de gobierno sean impulsadas, y de controlar estos mecanismos de la inconstitucionalidad por omisión, inconveniencia por omisión y de las diversas sentencias constitucionales que muchas veces quedan en el lirismo sin su ejecución práctica.

Conclusiones

Con base en lo expuesto, es posible plantear las siguientes conclusiones:

- 1) A partir de la ubérrima jurisprudencia de los tribunales, cortes y salas constitucionales en el mundo, es posible afirmar que el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión se ha expandido o redimensionado a tres vertientes o variables: la inconstitucionalidad por omisión propiamente dicha, la inconstitucionalidad por omisión proveniente del incumplimiento de sentencias exhortativas y la inconvencionalidad por omisión.
- 2) En el caso de la segunda vertiente, ésta se produce cuando el legislador no emite la ley reclamada en una sentencia exhortativa vinculante del tribunal constitucional, esto sucede cuando se consiente que el mandato u orden de legislar previsto en la Constitución puede venir intermediado o “concretizado” por la interpretación del tribunal constitucional, como su supremo intérprete, es decir, por una jurisprudencia que es fuente del derecho de rango constitucional.
- 3) Por lo anterior, es necesario avanzar en la reflexión acerca de los mecanismos que serían idóneos para garantizar el cumplimiento de las sentencias exhortativas. Un buen ejemplo de esto es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú, que ha ensayado diversas fórmulas que van desde la conminación al legislador para cubrir el vacío normativo ante su inacción hasta la innovación directa de una ley ya promulgada para introducir un extremo no advertido por el legislador, pero reconocido en la sentencia del tribunal.
- 4) En su esencia, el control de convencionalidad tiene la misma lógica que el control de constitucionalidad, pero con la diferencia de que el primero ocurre cuando la afectación se produce en el ordenamiento interno respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y puede ser vertical (cuando es ejercido por la propia Corte IDH) u horizontal (lo que constituye en estricto un control de convencionalidad difuso).

Desde este enfoque, es posible afirmar la existencia de un fenómeno, análogo con el ya descrito, que bien podría denominarse inconveniencia por omisión, que puede ser *latu sensu* o *stricto sensu*, para cuya configuración también es exigible una serie de presupuestos procesales. La evidencia de que tales presupuestos también pueden ser diseñados por la propia jurisprudencia la constituye la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú acerca del reglamento de la consulta previa, en la que de forma implícita se desarrolló la figura de la inconveniencia por omisión.

Fuentes consultadas

- Antal, Adam. 2001. "Le système constitutionnel de la Hongrie". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 5 (julio-diciembre): 3-31.
- Bazán, Víctor. 1996. Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva. En *Desafíos del control de constitucionalidad*, coord. Víctor Bazán, 171-269. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- . 2014. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenientes. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*. Bogotá: Konrad Adenauer.
- Bidart Campos, Germán. 1996. *Manual de la Constitución reformada*. T. I. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Brewer-Carías, Allan R. 2000. *La Constitución de 1999*. Caracas: Arte.
- Código Procesal Constitucional. 2004. Perú: Tribunal Constitucional de Perú.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. 1997. Recomendación General No. 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas. 51 periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248.
- Constitución de la Provincia de Río Negro. 1988. Argentina: Legislatura del Pueblo de la Provincia de Río Negro.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 2009. Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia.

- Constitución de la República del Ecuador. 2011. Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
- Constitución de la República Federativa de Brasil. 1988. Brasil: Senado Federal.
- Constitución de la República Portuguesa. 2005. Portugal: Parlamento de Portugal.
- Constitución Política del Estado de Chiapas. 2014. México: Poder Judicial del Estado de Chiapas.
- Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. 2015. México: Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo. 2014. México: Tribunal Superior de Justicia del Estado de Quintana Roo.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala. 2015. México: Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tlaxcala.
- Constitución Política del Perú. 1993. Perú: Tribunal Constitucional de Perú.
- Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales Independientes. 1989. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre. Serie C Nº 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=192&lang=es (consultada el 30 de noviembre de 2015).
- Daranas, Mariano. 1979. *Las constituciones europeas*. Madrid: Nacional.
- Fernández Rodríguez, José Julio. 1998. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*. Madrid: Civitas.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2002. La nueva Sala Constitucional en el Estado de Veracruz. Ponencia presentada en el "VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional", 8 al 10 de agosto, en Piura, Perú.
- . 2013. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta

- hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*). Sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay. En *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, 1021-62. Madrid: Marcial Pons.
- Figuroa Mejía, Giovanni Azael. 2011. *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*. México: Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Fix-Zamudio, Héctor. 2011. *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*. 2ª ed. México: Porrúa/UNAM.
- Flores Juberías, Carlos y Mercedes Torres Pérez. 2001. "Los tribunales constitucionales y su papel en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa Central y Oriental". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 5 (julio-diciembre): 89-143.
- Gomes Canotilho, José Joaquim. 1982. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra.
- . 1993. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina.
- . 1999. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina.
- Hitters, Juan Carlos y Óscar Luján Fappiano. 2012. *Derecho internacional de los derechos humanos*. T. II. Vol. 1. Buenos Aires: Ediar.
- Kelsen, Hans. 1999. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- . 2001. Traducción. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán. México: UNAM.
- Ley de Jurisdicción Constitucional. 1989. Costa Rica: Suprema Corte de Justicia.
- Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional de Hungría. 1989. Budapest: Tribunal Constitucional.
- Ley del Tribunal Constitucional Federal. 1993. Alemania: Tribunal Constitucional Federal.

- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 2004. Perú: Tribunal Constitucional.
- López Bofill, Héctor. 2004. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Miranda, Jorge. 1993. *Manual de Direito Constitucional*. T. II. Coímbra: Coímbra.
- . 1996. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. T. II. Coímbra: Coímbra.
- Nunes de Almeida, Luis. 1988. "El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones". *Revista de Estudios Políticos* 60-61 (abril-septiembre): 859-89.
- Sagüés, Néstor Pedro. 2004. *Interpretación constitucional y alquimia interpretativa (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- . 2006. "Las sentencias constitucionales exhortativas". *Estudios Constitucionales* 2 (noviembre): 189-202.
- Sentencia STC N.º 01776-2004-AA. Demandante: Víctor Augusto Morales Medina. Demandado: Resolución de Vista de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 9 de enero de 2004, que confirmando la apelada, declara improcedente la demanda de amparo de autos. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01776-2004-AA.html> (consultada el 12 de marzo de 2015).
- STC N.º 0020-2005 y 0021-2005-AI/TC. Demandante: Presidente de la República del Perú. Demandado: la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, promulgada por el Presidente del Gobierno Regional de Cusco, y las Ordenanzas Regionales N.os 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH, promulgadas por la Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005-AI%2000021-2005-AI.html> (consultada el 12 de marzo de 2015).
- STC N.º 0014-2007-PI. Demandante: Más del 25% del número legal de congresistas, representados por don Yonhy Lescano Ancieta. Demandado: contra la Ley N.º 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada,

- Pensión Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, publicada en el diario oficial El Peruano, el 27 de marzo de 2007. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00014-2007-AI.html> (consultada el 12 de marzo de 2015).
- STC N.º 0006-2008-AAI/TC. Demandante: Presidente de la República del Perú. Demandado: Gobierno Regional de Puno. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00006-2008-AI.html> (consultada el 12 de marzo de 2015).
- STC N.º 0006-2008-PI. Demandante: Presidente de la República del Perú. Demandado: Gobierno Regional de Puno. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00006-2008-AI.html> (consultada el 12 de marzo de 2015).
- STC N.º 0022-2009-PI/TC. Demandante: Gonzalo Tuanama Tuana, en representación de más de 5000 ciudadanos. Demandado: el Decreto Legislativo N.º 1089. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html> (consultada el 12 de marzo de 2015).
- STC N.º 05427-2009-PA. Tribunal Constitucional de Perú.
- Silva, José Afonso da. 1992. *Curso de direito constitucional positivo*. 8ª ed. Sao Paulo: Malhios.