

La inconventionalidad por omisión

The unconventionality by omission

Alex Rojas Ortega (*)¹

(Recibido: 15/08/21 • Aceptado: 15/08/22)

¹ (*) Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con diplomas en técnica legislativa y control parlamentario por la Agencia de Cooperación Española para el Desarrollo (AECID) y el Congreso de los Diputados de España. Doctorando en Derecho Constitucional por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla – La Mancha. Juez del Tribunal Contencioso Administrativo. Profesor universitario.
Correo electrónico alex.rojas.09@hotmail.com Teléfono: 2220-0936.

Resumen: La inconvencionalidad por omisión apareja el incumplimiento del bloque de convencionalidad -regional o universal- en lo relativo a una cláusula o norma programática que requiere para su efectividad, precisamente por ello, de políticas legislativas o reglamentarias de los Estados signatarios para que aquella se haga efectiva; su acreditación configura, en sí misma, una vulneración al *corpus iuris* interamericano o universal.

Palabras clave: Inconvencionalidad, omisión, cláusula programática, bloque de convencionalidad, control de convencionalidad.

Abstract: Unconventionality by omission entails the breach of the conventionality block - regional or universal- in relation to a clause or programmatic rule which requires for its effectiveness, precisely for this reason, legislative or regulatory policies of the signatory states so that it becomes effective; its accreditation constitutes, in itself, a violation of the inter-American corpus iuris or universal.

Key words: Unconventionality, omission, programmatic clause, conventionality block, conventionality control.

Índice

Introducción

1.- El principio de supremacía de la Constitución; 2.- El control de convencionalidad; 2.1.- Origen; 2.2.- Concepto; 2.3.- El bloque de convencionalidad como parámetro de validez multinivel para los Estados; 3.- La inconvencionalidad por omisión; 3.1.- Derivación de la inconstitucionalidad por omisión; 3.2.- La inconvencionalidad por omisión.

Conclusión

Bibliografía

Introducción

Bajo una perspectiva de respeto hacia el derecho internacional de los derechos humanos y, considerando que tal ordenamiento jurídico internacional constituye una garantía en beneficio de las personas que, conforme al numeral 48 de la Constitución Política, reviste rango constitucional o, inclusive, supra constitucional, cuando resguarda en mayor medida o extensión lo previsto por el ordenamiento interno de los Estados, puede afirmarse que el bloque de convencionalidad posee una relevancia manifiesta en un Estado constitucional de derecho.

De esa manera, cuando los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) – o del sistema universal de protección-, omiten el dar cumplimiento o desarrollo a una norma o cláusula de naturaleza programática prevista en el *corpus iuris* interamericano o universal, es decir, de una previsión normativa que requiere del desarrollo legislativo o reglamentario para ser llevada a la realidad, se produce una lesión directa al bloque de convencionalidad, derivada de la conducta omisiva del Estado. A partir de ese contexto, este estudio abordará en qué consiste la figura específica de la inconvencionalidad por omisión como vulneración del bloque de convencionalidad, su origen, su tipología y presupuestos.

1.- El principio de supremacía de la Constitución

La preponderancia de la Constitución Política se ha traducido en el principio de supremacía de la Constitución, el cual hace referencia a que la Constitución Política -y podríamos adelantar, el Derecho de la Constitución-, es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico y a ella se subordinan las demás normas de ese ordenamiento. Puede afirmarse, sin duda, que este principio tiene un componente histórico particular, tal como lo ha expresado Víctor Orozco, en el siguiente sentido:

“(...) el principio de supremacía de la Constitución, así como el reconocimiento de la Constitución como norma jurídica constituyen un aporte del constitucionalismo

*norteamericano, así como de los criterios doctrinales y jurisprudenciales que culminaron en la famosa sentencia dictada por el Juez Jhon Marshall, en 1803, en el caso Marbury vs Madison.”*²

Aunado a ello, a nivel de derecho comparado, el principio de supremacía constitucional también encuentra asidero en los artículos 1.3 y 20.3 de la Ley Fundamental de la República de Alemania, en tanto manifiestan, respectivamente que “(...) *Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.*” y “*El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.*” A su vez, la Constitución española, en el artículo 9.1 dispone “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. (...)*”

Y, en lo que concierne a Costa Rica, también lo encontramos previsto en los artículos 10 y 48 de la Constitución Política, cuando asignan en forma exclusiva a la Sala Constitucional, el control de constitucionalidad y el ejercicio de la llamada jurisdicción de la libertad, a través de los recursos de amparo o de hábeas corpus; lo anterior, siendo la jurisdicción constitucional, la encargada de (...) *garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.*” (Artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley n^a 7135 de 1989).

Bajo el principio de supremacía de la Constitución, ésta, la Constitución Política, es la norma jurídica por excelencia del ordenamiento jurídico y a ella, se subordinan todos los poderes públicos y los administrados o particulares. Tal supremacía constitucional, también se manifiesta en el servir de base de todo el ordenamiento, de fuente legitimadora de la conducta de los poderes públicos y en la rigidez de la Constitución Política en el

² Orozco Solano, Víctor. *Justicia Constitucional y Convencional*. Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., Costa Rica, 1999, p. 65.

ordenamiento costarricense, de modo que el Poder Legislativo no puede reformar ni derogar a la Constitución Política mediante leyes ordinarias, sino solo a través de los procedimientos agravados para su reforma parcial o general. Sobre el particular, la Sala Constitucional ha afirmado:

“La jurisprudencia constitucional ha reconocido a la Constitución Política su carácter normativo supremo (principio de supremacía) del cual se derivan una serie de consecuencias entre las que están, el deber de remoción de todo obstáculo para su plena efectividad. Para eso se han creado mecanismos procesales conducentes a hacer valer y respetar los principios y valores en ella contenidos, entre ellos, el hábeas corpus y el amparo, contra actos, y la inconstitucionalidad y consulta judicial, como vías para la anulación de normas de rango inferior que contradigan la normativa constitucional y sus principios. Naturalmente que el principio de supremacía, implica una eficacia directa, es decir, vinculante sin necesidad de intermediación de ninguna otra norma.” (Voto n° 9384-2001 del 19 de setiembre del 2001).

Lo antes expuesto era necesario, ya que este principio, guarda una relación íntima con el tema objeto de este estudio, pues es precisamente el principio de supremacía de la Constitución, del cual surge como su máxima expresión el control de constitucionalidad -no de convencionalidad- por omisión. El principio de supremacía de la Constitución es, entonces, la fuente normativa directa tanto del control de constitucionalidad, como de -posteriormente- a través de una mutación positiva de éste, del control de convencionalidad, ante conductas omisivas.

2.- El control de convencionalidad

Podría afirmarse que mientras el siglo XX fue el propio de la justicia constitucional, el siglo XXI lo es el del control de convencionalidad, puesto que la convergencia de una tutela multinivel de los derechos humanos y el impacto que posee sobre el derecho interno de los Estados es hoy una realidad evidente.

Con base en ese hecho innegable, es preciso abordar el origen del control de convencionalidad, en qué consiste y lo que, actualmente, podemos entender por ese tipo de control; veamos:

2.1.- Origen

Si bien el control de convencionalidad, en la expresión de ese concepto jurídico es de reciente creación, también podría afirmarse que se trata de un instituto que, de alguna manera, ya se manifestaba; por ejemplo, la Sala Constitucional en la famosa sentencia “hombre/mujer”, resolución n^a 3435-1992, de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992, dispuso en relación con el artículo 14 constitucional, que en aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, *"cuando en la legislación se utilicen los términos "hombre" o "mujer", deberán entenderse como sinónimos al vocablo "persona", y con ello eliminar toda posible discriminación "legal" por razón de género"*.

Así, desde los años noventa, la Sala Constitucional empezaba a mostrar la aplicación directa e inmediata de normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y adecuaba el derecho interno a esos parámetros convencionales; precisamente, en la sentencia antes indicada, esto es, la n^a 3435-1992, la Sala Constitucional manifestó que el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política contenía una disposición que resultaba inaplicable por ser contraria a los valores fundamentales de igualdad jurídica y su complemento de no discriminación, tutelados con igual trascendencia por las normas internacionales, cuyo efecto *erga omnes* es de obligada vigencia y acatamiento en el ámbito nacional por su misma naturaleza y por imperativo del artículo 48 de la Constitución.

Aunado a ello, existen tres antecedentes en los que, a pesar de que no se utiliza en forma expresa el término “control de convencionalidad”, éste va dando algunas muestras de asomo; así, tenemos: (i) El **caso Suárez Rosero vs. Ecuador** en sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo), donde la Corte Interamericana abordó la importancia de tomar

las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH); (ii) El **caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú**, sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), en la cual, la Corte Interamericana señaló que el violar diversas disposiciones de la Convención Americana, es incumplir el deber de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio; y el **caso Barrios Altos vs. Perú**, sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo), en la que se dispuso que Estados partes de la CADH tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz.

En estos casos, la Corte Interamericana daba sus primeros pasos hacia lo que sería, posteriormente, su propia creación pretoriana denominada control de convencionalidad.

2.2.- Concepto

El control de convencionalidad consiste en un mecanismo jurídico que permite a todos los operadores jurídicos y, en lo concerniente al control judicial, tanto a los jueces constitucionales como a los jueces ordinarios, el contrastar el derecho interno de los Estados -incluso su interpretación y aplicación- en relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Brewer – Carías y Santofimio Gamboa, citando un voto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reiteran que "*(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin*".³ Y, en ese mismo sentido, Hitters indicó que "*(...) en el ámbito regional el país debe tener en cuenta “la*

³ Brewer-Carías, A. y Santofimio Gamboa, J. *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2013, p. 57.

*jurisprudencia” de ese órgano supranacional y poner en marcha tales criterios en el campo doméstico”*⁴

A su vez, la Sala Constitucional también se ha referido al control de convencionalidad y, al respecto, resulta emblemático el voto n° 4491-2013 de las 16:00 horas del 03 de abril del 2013, cuando señaló:

“El control de convencionalidad es una construcción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo propósito fundamental es lograr la “supremacía convencional” en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado “parámetro de convencionalidad”, conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas. Constituye una revolución jurídica en cuanto le impone a los jueces y Tribunales nacionales, en especial, a los Constitucionales, la obligación de consolidar el “Estado convencional de Derecho”, anulando y expulsando del sistema jurídico nacional respectivo toda norma que confronte, irremediablemente, el “bloque de convencionalidad”.”

De ese modo, el control de convencionalidad apareja la cobertura a nivel interno de los Estados de un "parámetro o bloque de convencionalidad", que debe ser interpretado y aplicado por los jueces nacionales, principalmente los constitucionales; incluso, al impregnar en forma evidente sobre los Estados miembros del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, cabe afirmar que el bloque de convencionalidad, integrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus dos Protocolos adicionales, las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como cualquiera otras convenciones o instrumentos regionales de protección de los derechos humanos, determinó una mutación positiva del principio de la supremacía constitucional, que derivó en la posibilidad de declarar la "inconvencionalidad" de las

⁴ Hitters, Juan Carlos. *Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad*. Comparación. Estudios Constitucionales, Madrid, 2012, p. 114.

normas locales y de la "declaratoria de inconventionalidad" de una norma o disposición nacional o de la interpretación y aplicación de las normas que realizan los operadores jurídicos en los Estados.

2.3.- El bloque de convencionalidad como parámetro de validez multinivel para los Estados

Cabe afirmar con cierto grado de consenso, que el control de convencionalidad surge oficialmente a partir de dos sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que son el caso Almonacid Arellano y otros vs Chile de 26 de septiembre de 2006 –reiterada en otras posteriores- y el caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú de 24 de noviembre de 2006 –también reiterada en otras ulteriores-. En la primera (Almonacid Arellano y otros vs Chile), se estimó (considerando 124) lo siguiente:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

En la segunda sentencia (Trabajadores cesados del Congreso vs Perú), se indicó (considerando 128), lo siguiente:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.”

Finalmente, en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs México” de 26 de noviembre de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió a los órganos internos encargados de ejercer el control de convencionalidad, al indicar que debe ser ejercido por “(...) todos sus órganos –del Estado-, incluidos sus jueces (...) Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (...) los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia (...)”. Esta posición fue ratificada por la Corte Interamericana en la sentencia del caso Gelman vs Uruguay” de 24 de febrero de 2011.

A partir de lo expuesto, se desprende que el control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido, debido al carácter prevalente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ahora bien, la cobertura jurídica que otorga el bloque de convencionalidad, se inscribe en el marco de una tutela multinivel de protección de los derechos humanos, en la cual, existen una serie de niveles de resguardo de tales derechos. Así, los derechos humanos

son protegidos, en primer lugar, a nivel interno de los Estados, por los jueces y juezas ordinarios, como también por los Tribunales Constitucionales.

De igual forma, los derechos humanos encuentran protección en el contexto del derecho internacional público, donde ubicamos a los sistemas universal y regionales de tutela de tales derechos. En tal sentido, en lo concerniente al sistema universal, contamos con toda la estructura de protección de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que inició con la Carta de la ONU luego de la Segunda Guerra Mundial, seguida de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Mientras que, en lo relativo a los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, tenemos tres, siendo estos el interamericano, el europeo y el africano. Puntualmente, en lo que se refiere al sistema Interamericano, cuya estructura se da en el marco de la Organización de Estados Americanos, tiene como eje normativo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus dos protocolos adicionales: El Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador y el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. En su conjunto, en adición con las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se integra el parámetro de convencionalidad o corpus iuris interamericano.

Dicho parámetro de convencionalidad, debido a la constitucionalización de los derechos humanos en Costa Rica (ex artículo 48 constitucional), el principio de supremacía constitucional y convencional, así como de la eficacia extensiva y progresiva de los derechos fundamentales, constituye un bloque normativo que determina la validez de la producción normativa y de las políticas públicas del Estado.

3.- La inconvencionalidad por omisión

La noción de inconvencionalidad por omisión evoca el desconocimiento o la inaplicación del bloque de convencionalidad, que, dicho sea de paso, crea obligaciones a lo interno de cada Estado adscrito al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos -incluso, aplicable al Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos-; de tal modo, puede afirmarse que, cuando no se desarrolla alguna cláusula o norma programática de un tratado o convenio 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.

Bajo ese contexto, es preciso abordar, en qué consiste la inconvencionalidad por omisión, sus alcances y tipos de omisión, pero, al propio tiempo, en qué grado influyó para su nacimiento lo que conocemos como inconstitucionalidad por omisión. Veamos:

3.1.- Derivación de la inconstitucionalidad por omisión

En sentido estricto, la inconstitucionalidad por omisión se configura cuando existen determinadas cláusulas constitucionales calificadas como programáticas, que, de alguna forma, precisan de leyes de desarrollo constitucional; de tal modo, cuando dichas leyes no son creadas por el legislador, se le resta eficacia a la Constitución Política por la actitud omisiva del órgano legislativo, que no cumple con lo exigido por la carta fundamental.

Así, la inconstitucionalidad por omisión, como conducta omisiva del Derecho de la Constitución y de la supremacía constitucional, de la que se habló a partir de los años setenta, es la antesala de la inconvencionalidad por omisión, puesto que el desatender el contenido programático de la Constitución Política o de la jurisprudencia constitucional, es, al propio tiempo, el encontrarse ante la eventual desatención de reglas o parámetros del bloque de convencionalidad. Y es que, cabe mencionarlo, tal como lo ha afirmado Gerardo

Eto Cruz⁵, la inconventionalidad por omisión se nutre de los principios, reglas e institutos de la inconstitucionalidad por omisión.

Como aspecto de relevancia, bajo una perspectiva de derecho comparado, la inconstitucionalidad por omisión está reconocida en varios ordenamientos jurídicos alrededor del mundo; así, tenemos por ejemplo la Constitución de la República de Portugal (artículo 283), la Constitución de la República Federativa de Brasil (artículo 103.2), la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículo 336.7) y la Constitución de la República del Ecuador (artículo 436.10). También encontramos manifestaciones de ello en la legislación infraconstitucional, como sucede en los casos de Costa Rica (Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 73.f), Hungría (Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional de Hungría, artículo 1.e); y en varios Estados de México (por ejemplo, Chiapas y Veracruz de Ignacio de la Llave).

Por su parte, en 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 igualados por ley a los hijos legítimos.

Ahora bien, hay que precisar que, como señala Fernández ⁶, no toda omisión legislativa provoca, *per se*, un supuesto de inconstitucionalidad por omisión, susceptible de ser sancionado por la jurisdicción constitucional; así, los requisitos para que estemos frente a una inconstitucionalidad por omisión, pueden detallarse así: (i) La existencia de una orden u obligación constitucional de regulación normativa, (ii) que estemos frente al transcurso de

⁵ Eto Cruz, Gerardo. *Inconstitucionalidad por omisión e inconventionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antidotos para enfrentar estos males contemporáneos*. Revista Justicia Electoral, Vol. 16, México, 2015.

⁶ Fernández Rodríguez, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión*. Teoría general. Derecho comparado. El caso español. Madrid, 1998, p. 23.

un periodo razonable y (iii) la verificación de un efecto inconstitucional de la omisión (o resultado inconstitucional).

De tal modo, la inconstitucionalidad por omisión supone la transgresión del principio de supremacía constitucional y, bajo la mutación positiva de tal principio, en tanto integrado por la jurisprudencia constitucional que ha acogido el dialogo entre cortes (internacional-nacional) y por los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, esa inconstitucionalidad por omisión desencadenó lo que posteriormente tendríamos claramente denominado como inconvencionalidad por omisión.

3.2.- La inconvencionalidad por omisión

Una vez expuestos los alcances de la inconstitucionalidad por omisión y el germen que en ella asomaba lo que hoy conocemos por inconvencionalidad por omisión, es de relevancia precisar una doble perspectiva de dicha figura, según se entienda bajo una posición amplia o bien, una de naturaleza más limitada o confinada en sus alcances. Así, entonces, la inconvencionalidad por omisión puede manifestarse en sentido amplio o bien, en sentido estricto, cuando se detecta que alguna cláusula internacional requiere de una norma interna que logre desarrollarla y darle aplicación, pero el Estado o gobierno ha omitido sistemáticamente su desarrollo normativo, con lo que la mencionada cláusula internacional queda sin contenido porque no ha sido integrada o llevada a su concreción por el respectivo ordenamiento interno del Estado.

Al respecto, puede afirmarse, que la inconvencionalidad por omisión no solo significa el incumplimiento de la obligación del Estado de dar concreción a las normas programáticas establecidas en el bloque de convencionalidad, sino que, además, provoca una vulneración directa a lo establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone lo siguiente:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los

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

Bajo ese contexto, es de relevancia abordar lo que podemos entender como inconventionalidad por omisión, los tipos de omisión que pueden presentarse bajo esa figura, así como los requisitos para que se configure; veamos:

A.- Concepto

La inconventionalidad por omisión se configura cuando alguna norma o cláusula internacional, normalmente de contenido programático, establecida por un tratado, convenio o instrumento internacional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos o del Sistema Universal, requiere de la acción del respectivo Estado para su puesta en aplicación o concreción efectiva, que permita desarrollarla y darle aplicación a través de una política legislativa o reglamentaria, no obstante, el Estado omite por completo y en forma sistemática el darle desarrollo normativo, con lo que la mencionada cláusula internacional queda sin contenido porque no ha sido integrada al ordenamiento interno del Estado.

Se produce, así, una vulneración al bloque de convencionalidad a partir de una conducta omisiva, tal como lo reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva n° 13-1993 del 16 de julio de 1993, cuando afirmó:

“Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han

adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos.” (Lo resaltado no es del original).

Pero, en mi criterio, la inconvencionalidad por omisión va incluso más allá, pues si entendemos -como en efecto lo es- al bloque de convencionalidad integrado no solo por los tratados e instrumentos regionales -o universales- sobre derechos humanos, sino también por las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podemos afirmar con contundencia que la inconvencionalidad por omisión también se origina a partir de la conducta omisiva del Estado al no dar operatividad a lo ordenado por dicho Tribunal Internacional.

Inclusive, la inconvencionalidad por omisión podría surgir a partir de la omisión del Estado legislador o administrador, que, ante una sentencia exhortativa y vinculante *erga omnes* del Tribunal Constitucional (art. 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), cuando éste ejercita el control de convencionalidad, no se emite la ley requerida o no se adopta la conducta administrativa necesaria, para dar concreción a lo ordenado por la interpretación del Tribunal Constitucional, quien como interprete máximo del Derecho de la Constitución y bajo el control concentrado de constitucional que le compete, adopta una sentencia a través de la cual determina la necesidad de aquella conducta del Estado, para dar concreción a un instrumento o tratado internacional y regional sobre derechos humanos.

Como puede apreciarse, el control de convencionalidad tiene la misma dinámica del control de constitucionalidad, pero con la diferencia de que el primero ocurre cuando la afectación se produce en el ordenamiento interno respecto de los tratados o convenios regionales o universales sobre derechos humanos, así como de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; ese control de convencionalidad puede ser vertical (cuando es ejercido por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos) u horizontal (ejercido por los Tribunales Constitucionales).

B.- Tipos

En cuanto a la inconventionalidad por omisión, siguiendo a Gerardo Eto Cruz y a Víctor Bazán⁷, podemos señalar que existen dos modalidades o tipos, a saber:

- i. **Inconventionalidad en sentido amplio:** Este tipo de inconventionalidad abarca una serie de comportamientos o conductas de la Administración pública en sentido amplio; en ese sentido, tenemos las siguientes manifestaciones:

Inconventionalidad por acto político o de gobierno: Se presenta cuando alguno de los países signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o del tratado internacional, incumple, en lo relativo a su función política (legislativa o ejecutiva), que precisamente es requerida para desarrollar, concretar o dar cumplimiento a las normas programáticas internacionales sobre derechos humanos.

En cuanto a este tipo de inconventionalidad, derivada de la omisión en el desarrollo de los parámetros normativos internacionales, puede citarse a Juan Carlos Hitters y Óscar Luján Fappiano, quienes se refirieron 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 hacer 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*

⁷ Bazán, Víctor. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales*. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. Bogotá: Konrad Adenauer. Argentina, 2014.

*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).”*⁸ (Lo resaltado es nuestro).

Al respecto, en el ámbito interno, resulta de interés lo señalado por la Sala Constitucional en el voto n° 11352-2010, en el que, el Tribunal Constitucional estimó que existían una serie de obligaciones de índole internacional, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ley 8557) y Convención Interamericana contra la Corrupción (ley n° 7670), que le imponían a la Asamblea Legislativa -y en ese caso en particular al Poder Constituyente Derivado-, el adoptar las medidas legislativas necesarias para subsanar la omisión existente en el ordenamiento jurídico e incorporar el deber de probidad de los diputados y su infracción como causal de cancelación de las credenciales.

En similar sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto de la obligación de los Estados de adoptar las medidas legislativas para dar operatividad a las obligaciones impuestas por el bloque de convencionalidad; así, en el caso “La Última Tentación de Cristo”, Olmedo Bustos y otros vs. Chile del 2001, dicha Corte afirmó:

“87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en

⁸ Hitters, Juan Carlos y Óscar Luján Fappiano. *Derecho internacional de los derechos humanos*. T. II. Vol. 1. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 219.

su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.”

Asimismo, en el caso *Boyce y otros vs. Barbados* del 2007, la Corte IDH indicó:

“69. La Corte ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que todo Estado Parte de la Convención “ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención”. También ha afirmado que los Estados, en el cumplimiento del deber general de respetar y garantizar los derechos, “deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental”⁵. Es decir, conforme al artículo 2 de la Convención Americana, los Estados no sólo tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen. Estas obligaciones son una consecuencia natural de la ratificación de la Convención Americana por parte del Estado”.

En estos casos, las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvieron como efecto el establecer las obligaciones a los Estados para que tomaran las medidas legislativas o de otra índole necesarias para la eliminación de los efectos de normas constitucionales que vulneraban disposiciones de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

Inconvencionalidad por omisión indirecta: Se presenta cuando la omisión y, por ende, el incumplimiento al bloque de convencionalidad, se genera a partir de: (i) Primero, la pasividad del Poder Ejecutivo al omitir el adoptar un reglamento ejecutivo que desarrolle y concrete normas legales que se han promulgado para impulsar el desarrollo de alguna

norma del bloque de convencionalidad; este supuesto es conocido como ilegalidad por omisión; (ii) El segundo caso está referido al supuesto que se presenta cuando, para dar concreción al bloque de convencionalidad, se requiere de algún acto administrativo que debe ser adoptado por la Administración pública, siendo que, al no adoptarse, el silencio administrativo (acto presunto) deviene en una inconvencionalidad por omisión conocida como omisión de acto administrativo; y finalmente, (iii) la omisión de la función jurisdiccional: Cuando el Poder Judicial, por omisión, afecta el desarrollo o provoca el incumplimiento de alguna norma integrante del derecho internacional de los derechos humanos o del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La inconvencionalidad, en este supuesto, puede provocarse a partir de una conducta activa - una sentencia que contravenga el bloque de convencionalidad-, o bien, por omisión, cuando el fallo omite dar cumplimiento a lo que una norma internacional prescribe, o incluso, lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus sentencias y opiniones consultivas.

- ii. Inconvencionalidad por omisión en sentido estricto:** En un sentido estricto, la inconvencionalidad por omisión, surge de las ideas constitucionales europeas, que, en primer término, a través de la vía pretoriana, luego en la propia regulación constitucional, y finalmente, en la doctrina, reconocieron lo que se ha dado en llamar la inconstitucionalidad por omisión, la cual se origina cuando el legislador omite desarrollar una determinada cláusula constitucional de carácter programático y por ende, de necesaria puesta en marcha a través de leyes ejecutivas -cláusula programática que es opuesta a la cláusula operativa, siendo ésta la que no requiere de desarrollo posterior, pues es autoaplicativa-.

Ahora bien, derivado de lo anterior, la inconvencionalidad por omisión, *stricto sensu*, entendida como la inercia de los Estados para llevar a cabo, concretar o desarrollar en sus ordenamientos internos una determinada cláusula programática o prestacional prevista en el bloque de convencionalidad -regional o universal-, puede ser de carácter total o parcial. Cabe agregar que, bien podría existir también una inconvencionalidad por omisión, cuando los Estados signatarios del Pacto de San José de Costa Rica y adscritos a

la jurisdicción de la Corte IDH, omiten dar cumplimiento a lo ordenado precisamente por dicha Corte en sentencias y opiniones consultivas, integrantes del corpus iuris interamericano o regional.

De esa forma, la **inconveniencia por omisión total**, surge cuando no se ha creado la respectiva norma legal por parte del Parlamento o reglamentaria por el Poder Ejecutivo – a lo interno de cada Estado- para brindar el desarrollo normativo suficiente que reclama una determinada norma del bloque de convencionalidad, propio del Sistema Interamericano o Universal de Protección de los Derechos Humanos.

Mientras que, la **inconveniencia por omisión parcial** está referida a los supuestos en los que, habiendo el legislador elaborado alguna norma legal que pretende desarrollar una cláusula programática del bloque de convencionalidad, la misma no es acabada o su desarrollo no lo es a plenitud; en este supuesto también se encuentran aquellos supuestos en los que el Estado, habiendo elaborado alguna normativa legal o reglamentaria interna para presuntamente dar ejecución a la cláusula programática del bloque de convencionalidad, dicha normativa no es más que una declaración imaginaria o ficticia de desarrollo de la cláusula convencional, dado que, al Estado, simplemente no le conviene o no le es de interés.

Cabe mencionar que ese desarrollo ficticio del bloque de convencionalidad, a través de una norma que presuntamente tiene la virtud de procurar ese desarrollo o ejecución, no solamente apareja la inconveniencia por omisión parcial, sino también representa una desviación de poder, como vicio estricto de legalidad cuyo reproche está tanto a nivel constitucional (art. 49 de la Carta magna) como legal (art. 1 del Código Procesal Contencioso Administrativo) en el tanto se ejercita – o no – una potestad para fines diversos a los establecidos en el ordenamiento jurídico -convencional-, siendo que, tales fines, pueden ser propios del gobierno de turno o de la Administración, del funcionario público o terceros.

C.- Requisitos

Es importante indicar que, a la fecha, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no ha establecido pretorianamente los presupuestos o requisitos para que se configure la inconvencionalidad por omisión, sin embargo, a partir de la doctrina más autorizada al respecto ⁹, puede afirmarse que, para que pueda configurarse la omisión inconvencional, es preciso que se verifiquen los siguientes requisitos:

Primero, que el incumplimiento o falta de desarrollo del bloque de convencionalidad o de una cláusula programática del Sistema Interamericano o Universal de Protección de los Derechos Humanos, se desprenda de la vulneración concreta de una cláusula convencional específica, taxativa y directa; es decir, la omisión inconvencional será aquella que permita constatar en forma puntual la cláusula programática omitida y no derive de una constatación abstracta de una omisión al bloque convencional.

Segundo, que la cláusula convencional sea programática, es decir, que no sea exigible en sí misma (o de naturaleza operativa) y que, para que tenga vigencia, requiere de una ley, reglamento o acto complementarios; en ese sentido, bajo un análisis plenario del bloque de convencionalidad, existen muchas normas que no requieren de un desarrollo posterior para tener total vinculatoriedad en los ordenamientos internos de los Estados, tales como los derechos de primera generación -entre los cuales destacan los relativos a las libertades fundamentales y al sufragio-, sin embargo, existen otras normas o cláusulas convencionales -en su mayoría provenientes de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁰- cuyo desarrollo -al ser de carácter programático o prestacional- está a cargo del legislador o del poder reglamentario, pero, en ambos casos, es postergado o simplemente omitido.

⁹ Eto Cruz, Gerardo. *Inconstitucionalidad por omisión e inconvencionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antidotos para enfrentar estos males contemporáneos*. Revista Justicia Electoral, Vol. 16, México, 2015.

¹⁰ Al respecto, puede verse el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando afirma: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. (...)”

Y **tercero**, precisamente relacionado con lo antes expuesto, que, a nivel interno de cada Estado, en lo relativo a su ordenamiento jurídico propio, no se impulsen, lleven a cabo o desarrollen las medidas legislativas, administrativas, judiciales o gubernamentales para dar efectividad a la cláusula programática o prestacional de rango convencional. Es así cómo, el bloque de convencionalidad, a falta de desarrollo del ordenamiento interno, se ve menoscabado por omisión.

Conclusión

Si bien la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos no ha abordado en sus fallos, de manera puntual y específica la figura de la inconvencionalidad por omisión y sus presupuestos para que se presente, lo cierto es que la doctrina sí se ha encargado de analizar la figura y ha delineado en qué consiste y cuándo, en cada caso concreto, podría afirmarse que aquella se configura.

Puede afirmarse, que la inconvencionalidad por omisión es una manifestación de la mutación positiva del principio de supremacía constitucional, entendiendo a ese instituto como garantía, también, de la supremacía convencional y, con ello, de la eficacia progresiva y extensiva de los derechos fundamentales y de los derechos humanos; lo anterior, con un énfasis especial en nuestro ordenamiento jurídico, en el que los tratados internacionales del derecho internacional de los derechos humanos, poseen rango constitucional (art. 48 de la Constitución Política) o supra constitucional, cuando tales normas internacionales brinden una mayor tutela a las personas.

Finalmente, en criterio del autor, el órgano interno encargado de controlar la omisión del Estado en dar cumplimiento a las cláusulas programáticas del derecho internacional de los derechos humanos, declarando la inconvencionalidad o no de tal conducta omisiva, lo es la Sala Constitucional, en razón del carácter concentrado de constitucionalidad imperante en el ordenamiento jurídico costarricense (art. 10 de la Constitución Política) y, en virtud de la supremacía constitucional -y convencional- que la jurisdicción constitucional está llamada a

resguardar (art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y art. 48 constitucional). Lo anterior, claro está, no impide que los jueces y juezas ordinarios, puedan y deban interpretar las normas y actos sujetos a su conocimiento de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución y dentro del margen de lo establecido por el bloque de convencionalidad, aunado a la imposibilidad que tienen los jueces y juezas ordinarios de aplicar e interpretar las leyes o actos de cualquier naturaleza de forma contraria al Derecho de la Constitución (art. 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), el que comprende el derecho internacional de los derechos humanos -regional o universal-.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Costa Rica, 1949.
https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871
- Asamblea Legislativa. *Ley de la Jurisdicción Constitucional*. Costa Rica, 1989.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797
- Asamblea Legislativa. Código Procesal Contencioso Administrativo. Costa Rica, 2008.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=57436
- Asamblea Legislativa. Ley Orgánica del Poder Judicial. Costa Rica, 1937.
https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=33635
- Bazán, Víctor. *Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva*. En *Desafíos del control de constitucionalidad*, coord. Víctor Bazán, Argentina, 1996.
- Bazán, Víctor. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. Bogotá: Konrad Adenauer. Argentina, 2014.
- Bundesrat. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. Alemania, 1949.
<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Brewer-Carías, A. y Santofimio Gamboa, J. *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2013.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo), 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas, 1999).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo), 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile* de 26 de septiembre de 2006, 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú* de 24 de noviembre de 2006, 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México* de 26 de noviembre de 2010, 2010
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs Uruguay* de 24 de febrero de 2011, 2011.
- Congreso de los Diputados. *Constitución Española*. España, 1978.
<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>
- Eto Cruz, Gerardo. *Inconstitucionalidad por omisión e inconvencionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antídotos para enfrentar estos males contemporáneos*. Revista Justicia Electoral, Vol. 16, México, 2015.
- Fernández Rodríguez, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión*. Teoría general. Derecho comparado. El caso español. Madrid, 1998.
- Hitters, Juan Carlos. *Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad*. Comparación. Estudios Constitucionales, Madrid, 2012.
- Hitters, Juan Carlos y Óscar Luján Fappiano. *Derecho internacional de los derechos humanos*. T. II. Vol. 1. Buenos Aires: Ediar, 2012.
- Orozco Solano, Víctor. *Justicia Constitucional y Convencional*. Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., Costa Rica, 1999.
- Sala Constitucional. Sentencia n° 4491-2013 de las 16:00 horas del 03 de abril del 2013, Costa Rica, 2013.
- Sala Constitucional. Sentencia n° 9384-2001 del 19 de setiembre del 2001, Costa Rica, 2001.